

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**TEMA: EL NEPOTISMO Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL
SECTOR PÚBLICO.**

AUTOR:

Ab. María Verónica Zúñiga Rendón

DIRECTOR. Dr. Lenin Baca Mancheno

Loja, 2011

DECLARATORIA DE AUTORÍA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de la autora”

Nombre de la autora

Firma

María Verónica Zúñiga Rendón

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, María Verónica Zúñiga Rendón, declaro conocer y aceptar la disposición del Art.67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Nombre de la autora

Firma

María Verónica Zúñiga Rendón

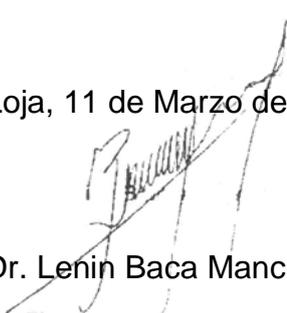
Dr. Lenin Baca Mancheno

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación, realizado por la estudiante María Verónica Zúñiga Rendón, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 11 de Marzo del 2011


Dr. Lenin Baca Mancheno

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer a Dios, por estar presente en cada momento de mi vida, por inspirar e iluminar mi mente, por influir en mí para manifestar su práctica apostólica en las actividades diarias que desempeño.

Agradezco a mi familia, mis padres, hermanos e hija, quienes son los motores que impulsan mi vida, para progresar y que han formado parte fundamental en la elaboración de esta tesis, por su apoyo y comprensión.

También dejo constancia de mi sincero agradecimiento al Dr. Lenin Baca Mancheno, Director de la presente tesis, por su guía y ayuda recibida.

Mi reconocimiento hacia las autoridades y el personal docente de la Universidad Técnica Particular de Loja, que formaron parte de la Maestría de Derecho Administrativo, tanto de la ciudad de Guayaquil como de la ciudad de Loja, quienes me han brindado las facilidades para realizar esta tesis.

DEDICATORIA:

A mi Papá, Mamá, Hermanos

 Mi hija amada Ariana,

 Mi sobrina querida Valeria.

ESQUEMA DE CONTENIDOS:

Capítulo I. Generalidades y Definiciones

1.- Generalidades:

- Etimología del Nepotismo
- Antecedentes Históricos del Nepotismo

2.- Definiciones de temas relacionados al tema de estudio en esta tesis:

- El Nepotismo.
- El Conflicto de Intereses.
- Amiguismo.
- Funcionario Público.
- Servidora y Servidor Público.
- Función Pública
- Bienes Públicos
- Sector Público
- Administración Pública
- Carrera del Servicio Público.
- Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.
- Contratos de servicios ocasionales.

Capítulo II. La Administración Pública sus principios y su finalidad.

1. La Administración Pública.
2. Los principios que deben regir en la Administración Pública.
 - Constitución 2008.
 - Ley Orgánica del Servicio Público.
 - Caso de Legislación de Sudáfrica, respecto de los principios y valores que deben regir la administración pública.
3. La finalidad del Servicio Público.
4. El Servicio Público de Carrera y el principio del mérito.

Capítulo III. Nepotismo y Conflicto de Intereses en el Ecuador

- 1.- El Nepotismo.
 - Constitución de la República del Ecuador.
 - Ley Orgánica del Servicio Público.
 - Concordancias.
- 2.- El concepto de nepotismo determinado en la legislación ecuatoriana.
- 3.- El Conflicto de Intereses.
 - Constitución de la República del Ecuador.
 - Ley Orgánica del Servicio Público.
- 4.- Casos en que ocurre un conflicto de intereses.
- 5.- Medidas preventivas para controlar o evitar los conflicto de intereses.
- 6.- Legislación Nacional que regula el nepotismo y el conflicto de intereses.
- 7.- Jurisprudencia.

CAPÍTULO IV. Análisis desde diferentes perspectivas del Nepotismo y el Conflicto de Intereses - Casos Prácticos:

1. Como un problema o fenómeno ético y moral.
2. Como un problema o fenómeno político- social.
3. Como un fenómeno que afecta los derechos constitucionales.
4. Casos prácticos - Experiencias de casos de nepotismo y conflicto de intereses en el Ecuador.

Capítulo V. Instrumentos Internacionales y Legislación Comparada:

1.- Convenios Internacionales de Lucha Contra la Corrupción:

- Convención Interamericana Contra la Corrupción.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

2.- Legislación comparada:

2.1.- Análisis de la legislación de Perú y de Paraguay.

2.2.- La necesidad de que existan leyes que combatan la corrupción.

Capítulo VI: Conclusiones y Recomendaciones.

1. Conclusiones.
2. Recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

El Ecuador en los últimos años se ha visto inmerso en varios actos de corrupción, donde las servidoras y los servidores públicos, así como quienes cumplen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, de las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que hay participación mayoritaria de recursos públicos sobreponen sus intereses personales y particulares sobre los intereses del Estado, lo que le ha provocado un perjuicio y atentado contra el sistema democrático, la justicia, el orden moral y social.

En el código penal ecuatoriano en su título III que trata de los Delitos contra la Administración Pública, encontramos que se tipifica y sanciona entre otros delitos, al peculado, el prevaricato, el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito como delitos que atentan a la administración pública, por los cuales, las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las Instituciones del Estado, están sujetos a las sanciones establecidas por su cometimiento.

La Constitución de la República del Ecuador determina respecto a estos delitos que la acción para perseguirlos así como sus penas son imprescriptibles, incluso que los juicios se pueden iniciar y continuar aún en ausencia de las personas imputadas o acusadas, haciendo extensiva la aplicación de estas normas a quienes participen en su cometimiento, aunque no tengan las calidades de servidoras y servidores públicos.

Sin embargo, observamos que en la administración pública se realizan otros actos de corrupción de manera continua y frecuente, como es el caso del nepotismo y conflicto de intereses, que si bien existe normativa legal que los prohíbe en el ejercicio del servicio público, como es la Constitución y la actual Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial número 294 del 6 de octubre de 2010 (anteriormente Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa), más no se encuentra tipificado como delito. Sin considerar, que el nepotismo y conflicto de intereses constituyen prácticas que atentan contra los principios que caracterizan la administración pública como son la eficacia, eficiencia, calidad, participación, planificación, transparencia, evaluación, competitividad, equidad, igualdad, oportunidad, responsabilidad, honestidad y probidad.

Hay que considerar también que tanto el nepotismo como el conflicto de intereses al no estar tipificados como delito en el código penal se presta o facilita a que sean medios para cometer otros actos de corrupción que si están tipificados como delitos, convirtiéndose en mecanismos para incurrir en actuaciones que destruyen los fundamentos de los regímenes políticos democráticos, menoscaban la dignidad y honorabilidad de la gestión pública que afectan el bien común.

Otra situación o debilidad que acarrea nuestra normativa legal respecto de este tema, es que existen en la práctica varias formas o maneras de incurrir en nepotismo y/o en conflictos de intereses, lo cual no se especifica en los cuerpos legales vigentes, dejando una salida para que se incurra en estos actos y se dé su impunidad.

Existen instrumentos internacionales que promueven el combate y prevención de la corrupción, como son la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de los cuales el Ecuador se ha suscrito y ratificado. Estos convenios facilitan la cooperación entre los países miembros para combatir la corrupción y erradicar la impunidad. Sin embargo, la legislación ecuatoriana contiene ciertos vacíos o falencias legales que hacen difícil la aplicación de las normas internacionales anticorrupción.

En el desarrollo de esta tesis se analizará las diferentes perspectivas del nepotismo y conflicto de intereses, sean estas, como un problema ético y moral, como un fenómeno político y social, y/o como actos que atenta contra derechos constitucionales. Considerando como lo más importante, el crear conciencia de que existe un problema jurídico que se manifiesta en la necesidad de realizar una reforma a la normativa legal.

Para lograr lo que se propone, es necesario revisar la normativa nacional existente, así como también se realizará un estudio de la legislación comparada y de los Convenios Internacionales para dar una solución a las carencias de nuestra legislación, detectando los aciertos y desaciertos que se encuentran en la legislación ecuatoriana para combatir estos actos de corrupción y sancionarlos de la mejor manera.

Se expondrán casos prácticos y relevantes de nepotismo y de conflictos de intereses que se han dado en el Ecuador y en otros países, para analizar cuál es el común denominador en el que inciden estos hechos, sus generalidades y afectaciones.

Así como también se tomará como referencia lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, que establece como un deber primordial del Estado Ecuatoriano garantizar a sus habitantes el derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Rescatando y haciendo consciencia sobre el derecho a la participación que tienen las ecuatorianas y los ecuatorianos para ejercer la participación ciudadana, mediante procesos de deliberación pública y mecanismos de control social para rescatar y promulgar los valores, la transparencia y la lucha para combatir estos actos de corrupción.

Capítulo I

Generalidades y Definiciones

1.- Generalidades

Etimología del Nepotismo.-

La palabra nepotismo viene del griego antiguo nepos, que quiere decir “sobrino”. Otra teoría sostiene que el término deriva del nombre del emperador romano Julio Nepote.¹

Antecedentes Históricos del nepotismo.-

En la enciclopedia virtual Wikipedia, se puede revisar como antecedentes que dieron origen al nepotismo, los siguientes:

Imperio Romano

En los tiempos de la República romana hubo un caso muy destacado, el de Pompeyo y su yerno Metelo Escipión. Pompeyo legó a Escipión dos legiones aunque Escipión mostraba una gran ineptitud en ámbitos militares. El caso fue denunciado en el Senado por Marco Antonio que era un tribuno de la plebe domesticado por César pero no se pudo hacer nada debido a que el Senado en esos momentos estaba dominado por los boni.

Iglesia Católica

En la Edad Media, algunos Papas y obispos católicos criaban sus hijos ilegítimos como “sobrinos” y les daban preferencia. Varios papas son conocidos por haber elevado a sus parientes a ser cardenales de la iglesia.

¹ <http://es.Wikipedia.org/wiki/Nepotismo>

Tales técnicas se usaban a menudo como una forma de continuar una dinastía papal. Así, el Papa Calixto III, de la familia Borja, convirtió a dos de sus sobrinos en cardenales; uno de los cuales, Rodrigo, usó esta posición para finalmente llegar a ser pontífice (Alejandro VI). El mismo Alejandro VI promovió al joven Alejandro Farnesio, hermano de su amante Julia Farnesio, como cardenal; que llegaría a ser Papa con el nombre de Pablo III. Pablo III también practicó el nepotismo al promover como cardenales a sus dos sobrinos (de catorce y dieciséis años).

La práctica del nepotismo finalmente acabó cuando el Papa Inocencio XII prohibió en 1692 el dar cualquier hacienda, oficio o ingreso a un pariente con la excepción si éste de verdad está calificado para ser hecho cardenal como máximo.

2.- Definiciones de términos relacionados al tema de estudio en esta tesis.

El Nepotismo.-

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española define al nepotismo de la siguiente manera:

Nepotismo. (De Nepote). m. “Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos.”

La enciclopedia virtual Wikipedia, define al nepotismo así:

“Es la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares o amigos sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor, sino su lealtad o alianza. En países donde se practica la meritocracia su uso es generalmente negativo y se considera corrupción.”

El Conflicto de intereses.-

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española define al conflicto de la siguiente manera:

Conflicto. (Del lat. Conflictus). M. “Combate, lucha, pelea. U.t. en sent fig.// 2. Enfrentamiento armado. // 3. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. // 4. Problema, cuestión, materia de discusión.// 5. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos. // 6. Desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta. // - colectivo. M. En las relaciones laborales, el que enfrenta a representantes de los trabajadores y a los empresarios.”

La enciclopedia libre, de Wikipedia, define al conflicto de intereses como:

“Son aquellas situaciones en las que el juicio del científico concerniente a su interés primario, la integridad de una

investigación, tiende a estar indebidamente influenciado por un interés secundario, de tipo generalmente económico o personal.

*Existe conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las labores dentro de una institución, sobreviene una contraposición entre los intereses propios y los de la institución”.*²

Los conflictos de interés surgen cuando el individuo que trabaja para su entidad ejerce influencias y utiliza su posición para obtener un interés económico y personal con dicha entidad.

Amiguismo.-

En la web en la página reflexiones.pais-global.com.ar se define al amiguismo así:

*“Toda acción política en la que preponderan mecanismos de promoción en los que se destaca a personas pertenecientes a un entorno determinado más allá de la capacidad o idoneidad para el desempeño de un cargo, función o representación”.*³

² www.es.wikipedia.org

³ Reflexiones.pais-global.com.ar

Funcionario Público.-

Es una persona que brinda una utilidad a la sociedad, prestan servicios al Estado y por lo general manejan recursos estatales, lo que le confiere una responsabilidad particular a su labor.

En la Convención Interamericana contra la Corrupción, encontramos la siguiente definición:

“Art. 1. Definiciones.- Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

... “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor Público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos los niveles jerárquicos”.⁴

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, define al funcionario público como:

“Art.2.- Definiciones. A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

⁴ Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Vademécum Legal

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, se podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;”⁵

Servidoras y Servidores Públicos.-

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, determina lo siguiente:

Art.229.- “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

....La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y

⁵ Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Vademécum Legal

valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”

La Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 4, define como servidoras públicas y servidores públicos, lo siguiente:

Art. 4.- “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.”

Función Pública.-

La Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo I define a la función pública, como:

“Art.1. Definiciones.- Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función Pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”

Bienes Públicos.-

La Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo I, define a los bienes como:

“Art. 1. Definiciones.- Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

.... “Bienes”, los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

6

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, define a los bienes de la siguiente manera:

“Art. 2. Definiciones.- A los efectos de la presente Convención:
*d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activo;”*⁷

Sector Público.-

La Constitución de la República del Ecuador, determina en su artículo 225, lo siguiente:

⁶ Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Vademécum Legal.

⁷ Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Vademecum Legal.

Art.225.- *“El sector público comprende:*

1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3.- 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.

4.- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Administración pública.-

La Constitución de la República del Ecuador, establece lo siguiente:

Art.227.-“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”.

Art.228.-“El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de

elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

La carrera del servicio público.-

La Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 82 define a la carrera del servicio público, de la siguiente manera:

Art.82 “Es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a motivar el ingreso y la promoción de las personas para desarrollarse profesionalmente dentro de una secuencia de puestos que pueden ser ejercidos en su trayectoria laboral, sobre la base del sistema de méritos.

La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación e incentivos económicos, para cumplir con el rol social de atender con eficiencia y oportunidad las necesidades sociales para el desarrollo del Buen Vivir como responsabilidad del Estado.”

Art.87.- Servidora y servidor amparados por la carrera del servicio público.- “Quedan amparados por las disposiciones de este Título, las servidoras y servidores que obtengan nombramiento permanente mediante concurso de méritos y oposición y que se posesionen en su cargo.” ...

Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.-

La Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 85 expresa lo siguiente:

Art.85.- “Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”.

Concordancia:

Con el Art.83 de la ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 83.- “Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

- a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado;....*
- h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional;.....”*

Contratos de servicios ocasionales.-

La Ley Orgánica del Servicio Público, determina lo siguiente respecto a los contratos de servicios ocasionales:

Art.58.- “ La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.

.... Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos.

.... En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior.”

Capítulo II

La Administración Pública sus principios y finalidad.

1.- La Administración Pública.-

El sector público de un país es uno de los componentes más representativos e importantes para la aplicación de manera satisfactoria de los programas de desarrollo generados como política de Estado por el gobierno de turno. La gestión del sector público dentro de esta época de constantes cambios en que vivimos, se ha convertido en un difícil reto para los que se encargan de la toma de decisiones, la elaboración de normas y la administración pública de cada país.

La Administración Pública es el sistema administrativo de un estado o de una ciudad cuya finalidad consiste en prestar servicios públicos a la comunidad a quien se debe y ejercitar controles públicos a las personas y la propiedad dentro de su competencia. Motivo por el cual las normas y leyes que regulan la administración pública deberían proveer de los medios necesarios y suficientes para hacer cumplir las decisiones administrativas hechas en el ejercicio de estos poderes; y de esta manera, poder proporcionarles un sistema que brinde seguridad jurídica contra las acciones administrativas arbitrarias, discriminatorias o no autorizadas muy comunes en la práctica.

En el Ecuador, la Constitución de la República del 2008, en su título IV, capítulo séptimo dispone que la administración pública constituye un servicio a la colectividad, y así mismo, señala a las instituciones que integran el sector público y las personas que tienen la calidad de servidoras y servidores públicos.

En el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de la República dispone que en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública y los que no se incluyan en esta categoría estarán amparados por el Código de Trabajo.

De igual manera la Constitución establece que son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Garantiza los derechos de las servidoras y servidores públicos que son irrenunciables y el derecho al trabajo sustentados bajo los principios de equidad, justicia y proporcionalidad, lo que refleja para las servidoras y servidores públicos una remuneración justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valor a la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

La Ley Orgánica del Servicio Público determina que el Ministerio de Relaciones Laborales y las Unidades de Administración del Talento Humano de cada entidad, institución, organismo o persona jurídica de las establecidas en el artículo 3 de la misma ley, son los organismos rectores en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público en cambio están sujetos al Código de Trabajo.

La Constitución de la República del Ecuador establece que el Sector público comprende: 1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3.- 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 4.- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para prestación de los servicios públicos.

Por su lado la Ley Orgánica del Servicio Público determina que la administración pública comprende: 1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional; 2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales; 3.- 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, 4.- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

Sin embargo la misma Ley Orgánica del Servicio Público establece que los organismos previstos en la Constitución de la República del Ecuador que comprenden el sector público en su artículo 255, así como las entidades que comprenden la administración pública en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se sujetan a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo que concierne a remuneraciones e ingresos complementarios.

2.- Los principios que deben regir en la administración pública.-

La Constitución del 2008

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 227 establece lo siguiente:

Art. 227.-“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”

La Ley Orgánica del Servicio Público

En el artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se determina lo siguiente:

Art.1.- Principios.- “La presente Ley se sustenta en los principios de: calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promueven la interculturalidad, igualdad y la no discriminación.”

En el Ecuador las servidoras y servidores de las instituciones y organismos que conforman el sector público se rigen por lo establecido en la Constitución y la Ley Orgánica de Servicio Público. Estableciendo estos cuerpos legales los principios fundamentales en los que se debe sustentar el desarrollo de sus actividades, en mira de promover interculturalidad, la igualdad y la no discriminación, convirtiendo sus actividades y funciones en un servicio óptimo para la ciudadanía en general.

El servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propiciar el desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones para el adecuado desempeño de la administración pública por medio de la regulación de normas de aplicación general que mediante su cumplimiento se responda a las necesidades y exigencias de la sociedad, a través de un servicio público eficiente, eficaz y de calidad.

Caso de la Legislación de Sudáfrica, respecto de los principios y valores que deben regir la administración pública

La organización Transparencia Mexicana en su página web www.transpaenciamexicana.org.mx, publicó un artículo relacionado a la Constitución de Sudáfrica y lo que establece en cuanto a los principios de la administración pública. El mismo que dice lo siguiente:

En la Constitución de Sudáfrica de 1996 en la Sección 195, se estipula que la administración pública, establecida en tres niveles como son: a) La administración en todas las esferas gubernamentales; b) Los organismos de

Estado, y c) Las empresas públicas; debe garantizar por medio de la legislación nacional la promoción de valores y principios, que a continuación se mencionan:

- 1.- Debe alentarse y mantenerse un nivel elevado de ética profesional.
- 2.- Debe estimularse un uso eficiente, racional y eficaz de los recursos.
- 3.- La administración pública debe orientarse al desarrollo.
- 4.- Los servicios deben proporcionarse de manera imparcial, justa, equitativa y sin prejuicios.
- 5.- Deben atenderse las necesidades de las personas y debe alentarse al público para que participe en la formulación de políticas.
- 6.- La administración pública debe someterse a la rendición de cuentas.
- 7.- Debe estimularse la transparencia, ofreciendo al público información oportuna, accesible y precisa.
- 8.- Debe cultivarse una administración adecuada de los recursos humanos y de las prácticas de desarrollo profesional para elevar al máximo el potencial humano.
- 9.- La administración pública debe representar ampliamente al pueblo gobernado, y las prácticas de empleo y administración de personal deben basarse en la capacidad, objetividad, justicia y necesidad de corregir los desequilibrios del pasado con objeto de lograr una representación amplia.

3.- La finalidad del Servicio Público.-

La finalidad del servicio público es asistir a la administración del Estado en la formulación de políticas, la ejecución de las decisiones y la administración de los servicios públicos de que es responsable. Toda administración forma parte del Estado, y a su vez por estar sujetos a lo que la Constitución establece, las servidoras y los servidores públicos deben ejercer sus

funciones teniendo presente: la rendición de cuentas de los servidores públicos; el deber de todo funcionario de desempeñar las funciones públicas de manera razonable y con la debida legalidad; el deber de apegarse a la ley, incluyendo las obligaciones que establecen la legislación nacional y los tratados internacionales; así como las normas éticas que deberían rigen a las diferentes profesiones.

Las servidoras y los servidores públicos deben actuar con integridad, imparcialidad y honestidad, así como manejar los asuntos de lo público con simpatía, transparencia, eficacia, eficiencia, rapidez y sin prejuicios ni malos manejos. Deben también esforzarse por garantizar el uso apropiado, eficaz y eficiente de los fondos públicos.

De igual manera, las servidoras y servidores públicos deben estar siempre conscientes de que sus autoridades y/o gobernantes también tienen deberes y son responsables de diversas maneras, en los cuales ellos forman parte de un papel fundamental para su apropiado cumplimiento. Las obligaciones que las autoridades del sector público deben tener presente son las siguientes:

- Deben rendir cuentas ante los representantes electos a través del poder legislativo como es la Asamblea Nacional, sobre el resultado de sus gestiones;
- Tienen el deber de proporcionar la información lo más detallada posible sobre sus políticas, decisiones y acciones, de acuerdo a lo determinado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública;
- No deben utilizar los recursos públicos para fines políticos partidistas; deben defender la imparcialidad política del servicio público y no

deben solicitar a los servidores públicos que actúen de manera que contravenga a las obligaciones a las que están sujetos;

- Tienen el deber de otorgar la debida consideración e importancia a la opinión informada e imparcial de los servidores públicos, así como a otras consideraciones y opiniones para la toma de decisiones, y
- Tienen el deber de apegarse a la ley, incluyendo las obligaciones que establecen las leyes y tratados internacionales y deben defender la administración de justicia, rindiendo cuenta ante los organismos competentes cuando excedan o hagan mal uso de sus atribuciones.

4.- El Servicio público de carrera y el principio del mérito.-

La Constitución del 2008, establece.-

Art. 228.- “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.”

La Ley Orgánica del Servicio Público, determina lo siguiente.-

Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- “Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública,

mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.”

Art.82. La carrera del servicio público.- “Es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a motivar el ingreso y la promoción de las personas para desarrollarse profesionalmente dentro de una secuencia de puestos que pueden ser ejercidos en su trayectoria laboral, sobre la base del sistema de méritos.

La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación e incentivos económicos, para cumplir con el rol social de atender con eficiencia y oportunidad las necesidades sociales para el desarrollo del Buen Vivir como responsabilidad del Estado.”

Art.87.- Servidora y servidor amparados por la carrera del servicio público.- “Quedan amparados por las disposiciones de este Título, las servidoras y servidores que obtengan nombramiento permanente mediante concurso de méritos y oposición y que se posesionen en su cargo.”

La tarea principal del servicio público es poner en práctica las políticas de Estado que determina el gobierno de turno. No se encarga de formular las políticas, sino más bien ejecuta las políticas gubernamentales con apego al derecho.

Quienes reciben nombramientos políticos quedan, por lo general, personalmente comprometidos con las políticas del nuevo gobierno, mientras que las servidoras y servidores públicos ya existentes pueden no experimentar tal compromiso. Sin embargo, los servidores públicos poseen con frecuencia una gran cantidad de experiencia en la formulación y ejecución de políticas a la cual recurrir cuando asesoran a las autoridades de las entidades en las que laboran, y por lo mismo gozan de una posición profesional más sólida para ayudar a las nuevas autoridades a evitar errores que puedan representar un costo muy elevado en la administración del Estado; también pueden estar mejor situados para poner en marcha de manera eficaz las políticas nuevas, debido a las redes o nexos establecidos por el tiempo que se han desempeñado en el sector público.

La carrera del servicio público garantiza cierto grado de continuidad, con lo que disminuye la disfunción que implica cualquier cambio de gobierno. Gran parte de los asuntos cotidianos del gobierno y sus políticas deben continuar como antes, y es importante que su ritmo no se vea innecesariamente perturbado. Un servicio público profundamente politizado se desquebraja en tiempos de cambio de administración, particularmente si un determinado partido político ha estado en el poder por un periodo prolongado.

Para lograr alcanzar un verdadero profesionalismo en el desarrollo del servicio público, las servidoras y los servidores deberán mantenerse

políticamente neutrales, y realizar sus gestiones con imparcialidad respecto del asunto administrado y/o con la ideología política con la que se identifican.

El compromiso del servidor público tiene que ver con poseer la capacidad de servir, leal y eficazmente, a los gobiernos con diferentes ideologías. Las servidoras y los servidores públicos de alto rango deben poder expresar ante las autoridades su opinión de manera inteligente y franca, y transparentar la información que deban dar a sus jefes, así sea que esta no sea precisamente algo positivo o algo que esperan, puesto que de esta manera estaríamos hablando de una administración pública democrática.

Esto, también implica que en ocasiones las servidoras y los servidores deberán ser capaces de mantenerse firmes cuando una autoridad les dé instrucciones políticas ilícitas, o cuando intenta intervenir en cuestiones administrativas que no son de su competencia.

La politización puede también interferir en el reclutamiento y la conservación del personal de verdadera calidad, ya que los puestos principales o estratégicos están reservados para la gente de preferencia o de confianza de los políticos de turno, y que no se pueden obtener gracias al mérito. Por tanto, los nombramientos y las promociones para ascensos dentro del servicio público deberían darse en razón al mérito y no en base a afinidades o preferencias, que no son transparentes puesto que podrían esos lazos de cercanía entre la autoridad o gobierno, ser el camino para dejar pasar asuntos sin muchos cuestionamientos, sin importar el servicio y deber de la administración pública con la ciudadanía.

En nuestro país existe la necesidad de adoptar políticas de inclusión, tanto para permitir que los grupos marginados sean por diferencias de ideología política o por carecer de nexos de amistad o políticos, participen en el gobierno, así como también para contribuir a remediar estos tipos de discriminación.

Capítulo III.

Nepotismo y Conflicto de intereses en el Ecuador

1.- El Nepotismo.-

Constituye una práctica inadecuada que propicia el conflicto de intereses entre el interés personal y el servicio público, restringe el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, así como también, dificultad que las entidades públicas puedan cumplir objetivamente con las funciones para las que fueron creadas, debilitando el control interno y la evaluación. También afecta el orden y disciplina laboral por la falta de imparcialidad del superior para ejercer su potestad de mando de manera equitativa sobre los servidores vinculados en los grados de parentesco y afinidad con los servidores con poder de decisión.

El nepotismo se encuentra estipulado en la legislación ecuatoriana en diferentes cuerpos legales, que a continuación se detallarán, entre los más importantes en la Constitución de la República del Ecuador y en la nueva Ley Orgánica de Servicio Público, que entró en vigencia en Octubre del 2010, derogando la anterior Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Constitución de la República del Ecuador.-

La Constitución del 2008, determina lo siguiente:

Art.230.- “En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determina la ley:

1.- Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.

2.- El nepotismo.

3.- Las acciones de discriminación de cualquier tipo.”

Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa (Derogada).-

La Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que estuvo vigente desde 2005 y fue derogada en octubre de 2010 por la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 7, definía al nepotismo como:

Art.7.- “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.

También constituirá nepotismo cuando el acto ilegal antes señalado, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto.

Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no se

registrarán y no causarán egreso económico alguno, los nombramientos o contratos incursos en los casos anteriormente indicados.

Será sancionada con la destitución de su cargo, la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo, establecida en esta disposición.

La misma sanción se impondrá al servidor o funcionario que hubiere registrado el nombramiento o contrato, quien responderá solidariamente por los pagos efectuados, sea a título de sueldos, honorarios o contratos.

No procederá jurídicamente ni se admitirá a ningún título o calidad, la herencia de cargos o puestos de trabajo.

Lo previsto en este artículo, se aplicará obligatoria e imperativamente a todas las instituciones, entidades, organismos, personas jurídicas de derecho público o privado, detalladas en el Art. 3 de esta Ley.”

Ley Orgánica del Servicio Público.-

La Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial número 294 del 6 de octubre de 2010, estipula lo siguiente respecto al Nepotismo:

Art.6.- Del Nepotismo.- “Se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta Ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y

segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho.

La prohibición señala se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución. También se extiende a los parientes de las autoridades de las superintendencias respecto de las instituciones públicas que son reguladas por ellos.

Si al momento de la posesión de la autoridad nominadora, su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, estuvieren laborando bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales sujetos a esta Ley, en la misma institución o en una institución que está bajo el control de esta autoridad, o para el caso de las superintendencias, de las instituciones del Estado que estén vigiladas, auditadas o controladas por éstas, los contratos seguirán vigentes hasta la culminación de su plazo y la autoridad nominadora estará impedida de renovarlos. Los cargos de libre nombramiento y remoción se darán por concluidos al momento de la posesión de cualquiera de las autoridades nominadoras. Tampoco se podrá contratar o nombrar personas que se encuentren dentro de los grados de consanguinidad establecidos en este artículo mientras la autoridad a la que hace referencia este inciso, se encuentre en funciones.

En el caso de delegación de funciones, la delegada o delegado no podrá nombrar un puesto público, ni celebrar contratos laborales, contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales, con quienes mantengan los vínculos señalados en el presente artículo, con

la autoridad nominadora titular, con la autoridad delegada, con miembros de cuerpos colegiados o delegados de donde emana el acto o contrato. Se exceptúa a las servidoras y servidores de carrera que mantengan una relación de parentesco con las autoridades, siempre y cuando éstas hayan sido nombradas con anterioridad a la elección y posesión de la autoridad nominadora.

En caso de que exista conflicto de intereses, entre servidores públicos de una misma institución, que tengan entre sí algún grado de parentesco de los establecidos en esta ley y deban tomar decisiones en relación al citado conflicto de interés, informarán a su inmediato superior sobre el caso y se excusarán inmediatamente de seguir conociendo el procedimiento controvertido, mientras sus superiores resuelven lo pertinente.

En ningún caso se podrá contratar asesoras o asesores que tengan parentesco, dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con la servidora o el servidor público al cual deban prestar sus servicios de asesoría.

No podrán ser nombrados jefes de misiones diplomáticas ni consulares, el cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente de la República o Vicepresidente de la República, salvo que se trate de diplomáticos de carrera que hayan sido nombrados con anterioridad a la posesión de las mencionadas autoridades con quien tenga relación de parentesco.

En caso de incumplimiento de lo señalado en el presente artículo, se notificará sobre el particular a la Contraloría General del Estado, para que proceda a ejercer las acciones que correspondan para recuperar lo indebidamente pagado,

así como para el establecimiento de las presuntas responsabilidades administrativas, civiles y/o penales correspondientes.

No se admitirá a ningún título o calidad, la herencia de cargos o puestos de trabajo.”

Art.7.- Responsabilidades y sanciones por Nepotismo.- “Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no causarán egreso económico alguno y serán considerados nulos, los nombramientos o contratos incursos en los casos señalados en el artículo 6 de esta Ley.

Será sancionada con la destitución de su puesto previo el debido proceso la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo establecida en esta Ley, conjuntamente con la persona ilegalmente nombrada o contratada, además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la Institución.

El responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como la servidora o servidor encargado que a sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo. Se excluye de esta sanción a los servidores que previo al registro y posesión del nombramiento o contrato notificaron por escrito a la autoridad nominadora, sobre la inobservancia de esta norma.

En los Gobiernos Autónomos Descentralizados sus entidades y regímenes especiales, tal advertencia se realizará a la

máxima autoridad administrativa y a la Contraloría General del Estado.”.

Concordancias:

El Código Civil, determina los grados de consanguinidad y afinidad, así como la unión de hecho, de la siguiente manera:

*Art.22.- Parentesco de consanguinidad.- “Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí
Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.”*

Art.23.- Parentesco de afinidad.- “Afinidad es el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor. La línea y grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado.”

Es decir que los grados de consanguinidad o afinidad quedarían definidos así:

Primer grado de consanguinidad: Padres e Hijos.

Segundo grado de consanguinidad: Abuelos, Hermanos y Nietos.

Tercer grado de consanguinidad: Tíos y Sobrinos.

Primer grado de afinidad: Padres del cónyuge e Hijos del cónyuge.

Segundo grado de afinidad: Abuelos del cónyuge y Hermanos del cónyuge

Tercer grado de afinidad: Tíos del cónyuge y Sobrinos del cónyuge.

El mismo Código Civil, determina respecto a la unión de hecho, lo siguiente:

Art.222.- “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.”

Art. 223.- Presunción de la unión de hecho.- “Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones

sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.

El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente.”

La Constitución de la República del Ecuador (2008), señala respecto del reconocimiento de la familia y de las uniones de hecho, lo siguiente:

Art.67.-“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

Art.68.- “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

La Ley Orgánica del Servicio Público:

Art. 5.- Requisitos para el ingreso.- "Para ingresar al servicio público se requiere:

c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;

g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente:

g.3 Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones previstas en la Constitución, de la República y en el ordenamiento jurídico vigente.

Dentro de la normativa legal ecuatoriana el nepotismo se da en el momento de la ejecución del acto administrativo por parte de la autoridad nominadora, que puede consistir en una designación, un nombramiento, una posesión y/o un contrato, en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica que comprende la administración pública, a favor de los vinculados por el parentesco, matrimonio, o unión de hecho. Por lo tanto, si en la vinculación de una persona a una entidad pública no intervino la persona con la cual se encuentra emparentada, esto no es considerado como nepotismo.

En efecto, lo que ocurre dentro de la función pública es que quien tiene un alto cargo público se vale de otras personas para que sean éstas las que designen, nombren, posesionen y/o contraten a parientes de la primera, de esta manera no adecúan su conducta a lo prohibido por la ley, pero el efecto negativo y nocivo contra la probidad en la administración pública sigue siendo la misma.

Otra forma de nepotismo, es que quien ostenta un alto cargo o designación pública ubica a sus parientes en otras instituciones, eludiendo también la prohibición de nepotismo establecida en la Ley.

Estas formas de nepotismo disfrazado traen consecuencias, como son la falta de compromiso de los beneficiados en la contratación o nombramiento hacia la Institución, por su facilidad y no por su esfuerzo o normal procedimiento como sería mediante un concurso de merecimiento público para acceder a un puesto en el sector público.

Así como la falta de continuidad en las labores, puesto que por querer satisfacer o cumplir con los compromisos políticos adquiridos, estos beneficiados de los nombramientos o contratos que incurren indirectamente en los casos de nepotismo disfrazados, son rotados continuamente por contratar a más personas, entonces hablamos que sus contratos duran un período, máximo se les renueva un período más y luego los reemplazan con otra persona con quien también se tienen compromisos políticos; lo que puede repercutir en otros actos de corrupción por el hecho de durar poco tiempo trabajando en una entidad pública quieran o puedan sacar provecho al máximo durante el tiempo que duren en sus funciones, incluyendo en este tema supuestos actos de corrupción. Estaríamos hablando que el nepotismo podría convertirse en una fuente que genera otros actos de corrupción.

2.- El concepto de nepotismo determinado en la legislación ecuatoriana.-

El nepotismo se define como el favoritismo dirigido a familiares o amigos al conferir cargos o privilegios. Es una forma particular del conflicto de intereses.

Su concepto se aplica estrictamente a una situación en la cual una persona usa su poder público con el fin de obtener un trabajo para un miembro de su familia. Por lo que se estaría hablando que con el nepotismo a quien se busca favorecer es a su círculo familiar, en base a esto resulta necesario revisar los nuevos conceptos y estructura de familia que existen en la actual Constitución, y que se citaron en el punto anterior. Resulta también necesario revisar la nueva Ley Orgánica del Servicio Público y ver si se ajusta a la realidad, o necesita hacersele reformas que abarquen nuevos casos de nepotismo.

Actualmente, cada vez con mayor frecuencia las relaciones familiares no se limitan a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o de afinidad por matrimonio o por unión de hecho, ya que se ha ampliado el tipo de relaciones sin ningún vínculo previo, como es el caso de las familias reconstituidas. Por ejemplo, familias que después de una separación o un divorcio, uno de los progenitores ha vuelto a contraer nupcias, o bien ha formado una nueva pareja estable, en ese caso el nuevo miembro no es padre ni madre biológica del hijo del que contrajo nupcias por segunda ocasión.

En la anterior Constitución se determinaba a la familia por la existencia de parentesco o de matrimonio, incluyendo las uniones de hecho por estar legalmente reconocidas; por lo que sólo estos grupos eran calificados o considerados como familia; sin embargo, con la nueva Constitución, se introducen nuevas realidades que surgen con el desarrollo social, por lo que el concepto de familia es mucho más amplio.

Por ejemplo, en los artículos 67 y 68 de la Constitución del 2008, citados anteriormente, establecen que se reconoce a la familia en sus diversos tipos.

Especificando que el matrimonio y la adopción está reservada para las uniones entre hombre y mujer; pero no especifica tal cosa, al mencionar que la unión estable y monogámica entre dos personas, libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, generarán los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Es decir, se reconoce como familia, la simple unión de dos personas sin especificar que sean del mismo sexo o no, y que el requisito sea que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley. La ley a la que hacen mención, es el código civil. El mismo que en su artículo 222, determina que la unión de hecho es la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones establecidas en ese código.

Lo que se observa es que estos nuevos tipos de familia reconocidos en la Constitución del 2008, deberán ser incorporados en las definiciones que tienen que ver con las uniones de hecho, y como tal con las definiciones de nepotismo y conflicto de intereses, estudio de la presente tesis. Ya que se estaría dejando de lado, a estas nuevas unidades consideradas como familias, que podrían ser objeto de favoritismo y coincidir fácilmente en el perfil de nepotismo.

3.- El Conflicto de intereses.-

La Constitución de la República del Ecuador:

Sobre el Conflicto de intereses, la Constitución del Ecuador establece lo siguiente:

Art.232.- “No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan. Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.”

Ley Orgánica del Servicio Público:

Respecto al conflicto de intereses, la Ley Orgánica del Servicio Público estipula lo siguiente:

Art. 5.- Requisitos para el ingreso.- “Para ingresar al servicio público se requiere:

c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;

g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente:

g.3 Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones previstas en la Constitución, de la República y en el ordenamiento jurídico vigente.

Un conflicto de intereses surge cuando una persona, como servidor o empleado del sector público, es influenciado por consideraciones personales al realizar su trabajo.⁸

Existe una situación de conflicto de intereses cuando el interés personal del funcionario público colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.⁹

En igual sentido se puede señalar que “los conflictos de intereses se producen cuando los funcionarios públicos tienen oportunidad de utilizar su poder para obtener una ganancia personal, independiente de las demandas que pudiesen efectuar los actores privados, en ese sentido, estas situaciones constituyen un conflicto en la medida en que el interés particular se antepone al rol público”.¹⁰

En algunos países, la ley obliga a los organismos públicos a tener códigos de Ética, que cubran estos asuntos. La mayoría de los países consideran a este asunto tan importante y fundamental para una buena administración de la cosa pública, que tienen una ley específica para casos de conflictos de intereses. Esta ley puede disponer por ejemplo que: “un funcionario del Estado o empleado no debe actuar en su capacidad oficial en ningún asunto en el cual éste tenga un interés financiero directo o indirecto que posiblemente pudiera afectar su objetividad o independencia de Juicio”.¹¹

⁸ www.transparency.org

⁹ Terry L. Cooper, *The Responsible Administrator*, Kennicat Press Corporation. 1982, Pág.86.

¹⁰ Conf. Cooper, OP. Cit., Pág.88.

¹¹ www.transparency.org

El régimen de conflicto de intereses se ha establecido a fin de evitar que el interés particular afecte la realización del fin público al que debe estar destinada la actividad del Estado.¹²

En definitiva, lo que se pretende evitar es que el funcionario adopte decisiones que lo beneficien personalmente y en las cuales su criterio no se encuentre influenciado por el interés que impidan ejercer dicho cargo con absoluta imparcialidad. Sin sobreponer sus intereses personales y particulares a los intereses de la administración pública, es decir de la ciudadanía administrada.

El conflicto de intereses no debería tener cabida dentro de un sistema democrático, donde se entiende que prevalece la justicia y la equidad. La ciudadanía esperan que las servidoras y servidores públicos actúen de manera imparcial en la toma de decisiones que conlleva su cargo público, por lo que se entendería que es importante resaltar nuevamente los principios de la administración pública, y específicamente para evitar el conflicto de intereses, estaríamos hablando de la equidad y de la imparcialidad, rechazando así, todo acto o decisión arbitraria y discrecional.

Como se revisará más adelante, en la legislación comparada se presentan diferentes ejemplos de regulaciones sobre la materia; en algunos casos con carácter de ley y otros con un rango legal inferior.

Ejemplo:

¹² Zin, Máximo, Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Pág.8. Editorial Depalma, Buenos Aires-1986.

En Argentina, existe la Ley 25.188 de Ética Pública, en su artículo 14 establece la prohibición para ocupar cargos públicos, regulado bajo el capítulo de conflictos de interés:

Art.14.- “Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios.”

4.- Casos en que ocurre un conflicto de intereses.-

Existen diferentes formas o maneras en que se manifieste un conflicto de intereses, sin embargo, a continuación se menciona algunos de los casos más frecuentes:

- Si depende de la decisión de una servidora o servidor público para favorecer a ella o él mismo, a un familiar, a un amigo o un asociado, para obtener un empleo, un ascenso o una promoción dentro de la misma institución pública.
- Si una servidora o servidor público toma una decisión, de la cual depende que ella o él, o un familiar, un amigo o un asociado, pueda ganar o perder financieramente a causa de dicha decisión o acción que ésta o éste adopte.

- Si un servidor público, un familiar, un amigo o un asociado puede ganar o perder su reputación debido a una decisión o acción en la que el servidor público intervino.
- Si un servidor público recibió algún beneficio de alguien que ganó o perdió a consecuencia de una decisión o acción de dicho servidor público.
- Si el servidor público intervino de alguna forma a título personal en el asunto sobre el cual habrá que decidir o actuar en la institución pública y con lo cual se beneficiará el, o un familiar, un amigo o un asociado.
- Si el servidor público es miembro de alguna organización, asociación u organización profesional, o tiene vínculos o afiliaciones particulares con organizaciones o individuos que ganen o pierdan como resultado de la decisión que adopte la institución pública respecto de algún asunto.
- Si podría haber en el futuro beneficios personales para el servidor público quién emitió o tomó una resolución, lo cual podría ocasionar dudas sobre su objetividad.
- Si existe una evaluación o toma de decisiones, en la que participe un servidor público, y dicha participación no demuestre imparcialidad, contrario a esto se conozca que ha existido asociación o conexión con el servidor público.

- Si es evidente y notable que una servidora o un servidor público fue influenciado por un interés personal al desempeñar sus responsabilidades públicas.

5.- Medidas preventivas para evitar los conflictos de intereses.-

Algunos conflictos de intereses pueden ser de poco interés público, relevancia o afectación, que solo necesitarían ser registrados y dados a conocer a los otros participantes o al resto de la Institución pública, para que estén al tanto de lo que está o pueda estar pasando y como una manifestación de transparencia de parte del servidor público involucrado, donde no se ponga en duda su integridad ni de la Institución.

Así como también para los casos en los que sea inevitable que se dé un conflicto de intereses, o en los casos en que se vea obligado el servidor, al escoger el daño menor a la institución, sea precisamente entrar en un conflicto de interés. Cuando no sea así, es claro que el servidor público deberá eximirse de involucrarse de cualquier manera, donde se garantice la imparcialidad. Y en el caso de que exista duda, se acuda a una asesoría legal, o una consulta a la Procuraduría General del Estado, a fin de proteger el interés público.

Sin embargo, respecto al tema del conflicto de intereses en el sector público, la Organización de Transparencia Mexicana pone en consideración algunas estrategias que pueden adoptar las instituciones para evitar comprometer o parecer que compromete su integridad:

- Mantener registros completos y precisos de su proceso de toma de decisiones;
- Garantizar la apertura, poniendo a disposición del público información precisa acerca de los procesos de la organización o institución, decisiones y acciones;
- Cuando exista el riesgo de que se perciba un conflicto de intereses, garantizar que pueda ser sustentado el juicio técnico/experto de los participantes en la toma de decisiones.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción propone una medida preventiva que es imponer restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

A pesar de esta observación, hay que considerar que los plazos de carencia no necesariamente van a resolver el problema. Lo que genera un inconveniente laboral para quien es especialista en un tema específico y deja la gestión pública, además de ser contrario a los principios constitucionales de libertad de trabajo y contratación. Lo que sí se debe controlar y tomar las medidas necesarias es para evitar que un ex servidor público pueda influir en la toma de decisiones dentro de una entidad pública.

También se podrían establecer otras medidas para remediar, prevenir o controlar situaciones donde se vea inmerso un conflicto de intereses:

1. La excusa o abstención de parte del servidor público para apartarse de la toma de decisión que origine un posible conflicto de intereses.
2. La posibilidad de una recusación, como mecanismos para que terceros aparten al servidor de la situación en conflicto.
3. El traslado del servidor a otro cargo, por medio de una reasignación de funciones, al menos durante el tiempo que dure el conflicto de intereses.
4. Como situación posterior ante las anteriores medidas, sería la renuncia del servidor.
5. Acudir a los mecanismos de acceso a la información, y de participación ciudadana mediante audiencias públicas, o procesos consultivos de la situación previo a la toma de decisión de parte de la servidora o servidor público inmerso en un posible caso de conflicto de intereses.

6.- Legislación Nacional que regula el nepotismo y el conflicto de intereses:

A continuación algunas normas de la legislación ecuatoriana, que tratan sobre el nepotismo y conflicto de intereses:

1.-CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Título IV PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER. Capítulo VII ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Sección III SERVIDORAS Y SERVIDORES PÚBLICOS:

Art. 230.-“En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.

2. El nepotismo.

3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo.”

2.- LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. Capítulo XVIII DEL PRESUPUESTO, PERSONAL, REMUNERACIONES, VIÁTICOS Y DEMÁS EMOLUMENTOS:

Art. 159.- Del personal para las y los asambleístas.- (Reformado por el Art. 14 de la Ley s/n, R.O. 63, 10-XI-2009).-

“Cada asambleísta podrá solicitar la contratación de dos asesores y dos asistentes, cuya relación contractual terminará a solicitud de la o el asambleísta o por resolución del Consejo de Administración Legislativa.

El Consejo de Administración Legislativa señalará el procedimiento y condiciones de estas contrataciones; así como los requisitos de formación y experiencia. Se establecerán las prohibiciones de nepotismo con la autoridad nominadora y las o los asambleístas.

La nómina de asesores contratados será publicada en el portal Web oficial de la Asamblea Nacional.”.....

3.- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO:

Art. 24.- Prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos.- “Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente:

d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas;

i) Mantener relaciones comerciales, societarias 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 personalmente dichos asuntos;

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;”

4.- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO:

Art.48.- Causales de destitución.- “Son causales de destitución:

K) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su Reglamento;

n) Ejercer presiones e influencias, aprovechándose del puesto que ocupe, a fin de obtener favores en la designación de puestos de libre nombramiento y remoción para su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

o) Las demás que establezca la Ley.”

5.- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO. DISPOSICIONES GENERALES:

Tercera.- “El Nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el artículo 3 de esta Ley.”

6.- REGLAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DE LA COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN. Capítulo II DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL Y DEL INGRESO AL SERVICIO CIVIL (Derogado por el actual Reglamento interno de administración del personal del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social):

Art. 27.- Nepotismo y conflicto de intereses.- “ No podrán ingresar a prestar funciones en la C.C.C.C., bajo ningún régimen, los cónyuges, convivientes en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y personas que tengan conflicto de intereses con los miembros del pleno de la comisión.

Los miembros del Comité de Selección de Personal, en caso de conflicto de intereses, deberán excusarse y el Presidente del comité nombrará su reemplazo.”

7.- REGLAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL INSTITUTO NACIONAL GALÁPAGOS INGALA. Capítulo V DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO:

Art. 25.- Destitución.- “Serán sujetos de sanciones disciplinarias con destitución, previo el sumario administrativo correspondiente, los servidores que hayan incurrido en las siguientes causales del Art. 49 de la LOSCCA, consideradas como causas graves:

h. Haber sido nombrado contraviniendo disposiciones expresas que prohíben el nepotismo;” ...

8.- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL:

Art. 78.- Incompatibilidades por relación familiar.- “No podrá ser nombrado ni desempeñar cargo en la Función Judicial:

1. Quien sea cónyuge, tenga unión de hecho o sea familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la autoridad nominadora o un miembro de ella si esta fuere colegiada; y,

2. Quien sea cónyuge, tenga unión de hecho o mantenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otra servidora o servidor de la Función Judicial que preste sus servicios en la misma dependencia.”

Art. 251.- Incompatibilidades y prohibiciones.- “Las incompatibilidades y prohibiciones de la jueza o juez de paz son las siguientes:

1. Ejercer los cargos públicos de prefecta o prefecto, alcaldesa o alcalde, consejera o consejero, concejala o concejal, miembro de la junta parroquial, gobernador o miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;

2. Ausentarse del ámbito territorial donde ejerce la judicatura por tres meses o más, o en forma reiterada;

3. Ser cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la prefecta o prefecto provincial o de la alcaldesa o alcalde del cantón al que pertenezca la parroquia; y,

4. Conocer controversias en las que estén comprendidos el mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.”

Art. 311.- Incompatibilidad.- “Las depositarias y los depositarios judiciales; las síndicas y los síndicos; las martilladoras y los martilladores; las liquidadoras y los liquidadores de costas no podrán actuar en causas en que tuvieran interés ella o él, su cónyuge o conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.”

9.- LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO:

Art. 25.- Independencia del personal de auditoría.- “El personal ejecutor de auditoría gubernamental mantendrá total independencia respecto de las Instituciones del Estado y de las personas y actividades sujetas a su examen.

Los auditores de la Contraloría General del Estado no efectuarán labores de auditoría en Instituciones del Estado en las que hubieren prestado sus servicios dentro de los últimos cinco años, excepto en calidad de auditor interno. Tampoco auditarán actividades realizadas por su cónyuge, por sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni cuando existiere conflicto de intereses.”

Art. 34.-Incompatibilidades e Inhabilidades.- “No podrá ser designado Contralor General:

- a) *El cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del Presidente o Vicepresidente de la República;*
- b) *El que hubiere recibido sentencia condenatoria o auto de llamamiento a juicio, por delitos dolosos de acción pública, sancionados con penas privativas de libertad;*
- c) *El que tenga contrato con el Estado, como persona natural o como representante o apoderado de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, siempre que el contrato haya sido celebrado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual;*
- d) *Los miembros de la fuerza pública en servicio activo; y,*
- e) *Quien tenga intereses o represente a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas.”*

10.- LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO:

Art. 6.- “No podrá ser elegido ni desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo:

- a) *Quien haya sido condenado, en sentencia ejecutoriada, a pena privativa de la libertad por delitos dolosos;*
- b) *Quien sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los titulares de los entes públicos señalados en el artículo 72 (118) de la Constitución Política de la República; y, de los miembros de la Fuerza Pública que ejerzan mando.”*

Nota: Por Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 20-X-2008), se abroga la Constitución Política de la República del Ecuador (R.O. 1, 11-VIII-1998), y toda norma que se oponga al nuevo marco constitucional.

11.- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:

Art. 108.- Suspensión de la representación legal por causa de conflicto de intereses.- “Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos.”

12.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:

Art. 856.- (Reformado por la Disposición Reformatoria segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- “Una jueza o juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes:

1.- Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de

afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;” ...

13.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:

Art. 67.- Excusa o separación.- “La Fiscal o el fiscal debe excusarse o puede ser separado del conocimiento de una causa:

a) Cuando el sospechoso, el imputado, el acusado, el agraviado, el denunciante, el acusador, o el abogado defensor de cualquiera de ellos sea su cónyuge o conviviente, o tenga con él parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

b) Cuando hubiere sido abogado de alguna de las partes;

c) Cuando tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con la jueza o juez de garantías penales o con los miembros del tribunal de garantías penales; y,

d) Cuando esté ligado con cualquiera de las personas mencionadas en el literal a) de este artículo, por intereses económicos o de negocios de cualquier índole.

e) Cuando asuma el conocimiento de causas en que intervengan o tengan interés sus amigos íntimos o enemigos manifiestos.”

Art. 264.- Causas de excusa y de recusación.- “Son causas de excusa y recusación de las juezas y jueces del tribunal de

garantías penales las determinadas en el Código de Procedimiento Civil y además, las siguientes:

1.- Ser cónyuge o pariente del acusador, del ofendido, del acusado o de sus defensores, o de la Fiscal o el Fiscal, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

2.- Haber intervenido en el proceso, como jueza o juez, testigo, perito, intérprete, defensor, acusador o secretario; y,

3.- Estar ligado a las partes, al ofendido o a sus defensores por intereses económicos o de cualquier índole.

Las juezas y jueces del tribunal de garantías penales presentarán sus excusas con juramento.”

14.- LEY DE COMPAÑÍAS:

Art. 275.- “No podrán ser comisarios: 3. Los cónyuges de los administradores y quienes estén con respecto a los administradores o directores dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad;”

7.- Jurisprudencia:

1.-) -9-VIII-75 (R.O. 853,24-VII-75)

CONSULTA SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La H. Corte Superior de Azogues consulta a este Tribunal diferentes casos de nepotismo atentas las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Judicial, circunscritos a los siguientes: “a) entre Agentes Fiscales de una misma provincia; b) entre un Notario y un Registrador de la Propiedad que laboran en el mismo cantón; c) entre un Juez de lo Civil y un conserje de un juzgado de lo Penal; y, d) entre un Juez de lo Civil y un Alguacil.”

Tramitada en legal forma la consulta y tomando en consideración las normas constantes en las leyes pertinentes,

Resuelve:

a) Atento lo dispuesto en el Inc. 5º. Del Art. 5 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, entre Agentes fiscales de una misma provincia existe incompatibilidad, debiendo en consecuencia el últimamente nombrado ceder el cargo al anterior;

b) No existe incompatibilidad por razón de parentesco entre un Notario y un Registrador que laboran en un mismo cantón, por cuanto la ley notarial aplicable al punto cuestionado no prevé el caso;

c) Entre un Juez de lo Civil y un conserje de un juzgado de lo Penal, no existe incompatibilidad por cuanto el Art. 175 inc. 3º de la Ley Orgánica determina que el impedimento sea con el Juez y no con cualquier Juez; y,

d) Tampoco existe incompatibilidad entre un Juez de lo Civil y un Alguacil atento lo expuesto en el numeral anterior. Sin embargo, se prohíbe al Alguacil prestar sus servicios en el Juzgado con cuyo Juez esté dentro de los grados de parentesco prohibidos por la ley.

Publíquese la presente resolución en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Corte Suprema de Justicia, en Quito, a los nueve días del mes de julio de mil novecientos setenta y cinco.

2.-) -16-IX-76 (R.O. 182, 29-IX-76)

CONSULTA SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La H. Corte Superior de Cuenca consulta:

“Si existe nepotismo entre un Secretario del Juzgado de lo Penal y un Auxiliar del Juzgado de lo Civil (provincial o cantonal)”.

Tramitada en debida forma la consulta y atento lo que dispone el inciso tercero del Art.175 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Tribunal:

Resuelve:

“Que existe incompatibilidad entre un Secretario del Juzgado de lo Penal y un Auxiliar del Juzgado de lo Civil, sea éste provincial o cantonal de la misma provincia, siempre que se encuentre dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad entre sí o de algunos miembros del Tribunal o Juez”.

Publíquese en el Registro Oficial, y en la Gaceta Judicial.

Dado, en la Sala de Sesiones del Palacio de Justicia, en Quito, a los diez y seis días del mes de septiembre de mil novecientos setenta y seis.

3.-) -13-V-77 (R.O. 341, 20-V-77)

-CONSULTA SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La H. Corte Superior de Portoviejo atenta a la facultad legal, consulta al Tribunal Supremo el siguiente caso de duda en la interpretación de la Ley;

“Si existiría o no incompatibilidad, en atención a lo que dispone el Art.175 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, entre un Juez de Trabajo y un Secretario Relator de una de las Salas de una Corte Superior del mismo Distrito Provincial, cuando entre ellos exista parentesco en segundo grado de consanguinidad”.

Tramitada en legal forma la consulta y tomando en consideración las normas constantes en las leyes pertinentes,

Resuelve:

Que existe incompatibilidad entre un Secretario Relator de una de las Salas de una Corte Superior con un Juez del Trabajo del mismo Distrito Judicial,

atento lo dispuesto en el Art. 175 inc. 3º de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Publíquese esta Resolución en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en el Salón de Sesiones del Palacio de Justicia, en Quito, a los trece días del mes de mayo de mil novecientos setenta y siete.

CAPÍTULO IV

Análisis desde diferentes perspectivas del Nepotismo y el Conflicto de Intereses - Casos Prácticos

1. Como un problema o fenómeno ético y moral.

Todo servidor y servidora pública deben saber que así como tienen derechos también tienen responsabilidades en el ejercicio de sus funciones tal como lo determina la Constitución de la República del Ecuador, puesto que pueden responder de manera penal, civil y administrativamente por sus actuaciones o/y omisiones, y el Estado puede repetir contra el servidor o servidora que ocasionó la afectación. Esto refuerza la seguridad jurídica para los ciudadanos ya que se da la garantía de que el Estado responde por sus actos u omisiones que ocasionen perjuicios.

Está claro que no solamente se trata de que los servidores y servidoras conozcan las leyes, sus deberes y obligaciones respecto a las responsabilidades de sus actos, sino que entra en juego el asunto ético y moral de las personas. De discernir entre lo correcto y lo incorrecto, y en el caso de los que están en la administración pública de manejar sus actuaciones encaminadas a cumplir con el bien común, como lo menciona la actual Constitución el *sumak kawsay* o el buen vivir.

Bajo este concepto se entendería que los servidores y servidoras públicas no deben hacer mal uso ni de su cargo ni de la información que obtengan durante el desempeño de sus deberes oficiales a favor de sus intereses particulares o de terceras personas. Ni recibir de terceras partes

recompensas o gratificaciones de ninguna clase que pudiera considerarse comprometen su juicio o integridad personales. Tampoco deben revelar, sin autorización previa, información oficial que sea reservada o se les haya comunicado confidencialmente dentro de la administración, o por parte de terceros.

No deben intentar influir en las políticas, decisiones o acciones de las autoridades por medio de la revelación no autorizada, inadecuada o prematura por fuera de la administración, de información a que hayan tenido acceso en su calidad de servidores públicos. Los servidores públicos deben continuar cumpliendo con sus deberes de confidencialidad incluso después de haber abandonado el empleo.

Se debe evitar todo acto o acción que encamine a la práctica del nepotismo y evitar situaciones de conflictos de intereses, en estos dos casos entra de lleno sobreponer la ética, el buen proceder para no caer en ello. Por lo general siempre hay la intención de ayudar o favorecer a un familiar o amistad cercana, por la naturaleza misma del ser humano de proteger a los suyos; sin embargo, cuando se trabaja para la administración pública se debe velar primero por los intereses del Estado, y evitar no solamente lo prohibido por la ley, sino situaciones que sabemos pueden ocasionar en algún momento actos de corrupción.

En el caso de conflicto de intereses, no es desde el principio que surge o se da un acto de corrupción, sino es como consecuencia del mismo. Es decir, en el desarrollo de la administración llegará algún momento en que debido a ese conflicto de interés que exista no se pueda llegar administrar correcta y honestamente, sino haciendo la balanza hacia un lado de manera parcial por el hecho de que existe una situación que compromete para bien o para mal,

lo que a su vez ocasiona intencionadamente un actuar o una omisión a favor de un tercero.

Ante lo cual se podría proponer la elaboración de un código de ética para la administración pública, y sus diferentes actores, donde se fijen normas que regulen los comportamientos de los servidores dentro de una Institución o entidad pública. Aunque la falta a la ética y lo moral no suponen castigos legales, un código de ética general para las instituciones públicas resultaría como una normativa interna de cumplimiento obligatorio.

El objetivo de un código de ética aplicable a todas las entidades públicas o las entidades privadas que manejen fondos públicas, será el de mantener un comportamiento mínimo en base a valores éticos y morales, de manera uniforme entre todos los servidores de una entidad, lo cual ayudará a lograr la misión, visión y objetivos de cada institución, con miras del bien común y evitando a toda costa actos de corrupción.

2. Como un problema o fenómeno político- social.

En los países donde el sistema de la administración pública se encuentra politizado corren riesgo la neutralidad y el profesionalismo de los servidores públicos. Si se nombra a personas que tengan vínculos o influencias políticas evidentes, cuando exista un cambio de gobierno, sin duda y sin que se den razones que lo justifiquen, estos servidores serán removidos de sus puestos, sin conocer si los factores que influyeron fueron relacionados a su competencia y lealtad.

Otra afectación es que cuando existen cambio de gobierno, o a su vez el gobierno de turno cambia a los Ministros, titulares de cargos o servidores de libre nombramiento, estos a su vez reemplazan a los servidores públicos que estaban a su cargo, se da con frecuencia que entran personas con contratos ocasionales y les renuevan bajo esa modalidad hasta en dos ocasiones su contrato y luego contratan a otras personas, creando un sistema y ambiente de inseguridad laboral.

Esto ocasiona una falta de continuidad en las labores de los servidores públicos removidos, así como también, los constantes cambios o falta de permanencia en el cargo como es el caso de los servidores públicos de alto rango que trabajan por contrato, pueden poner en riesgo los valores y principios que se debe tener en el servicio público. Por lo que resulta importante que la administración pública esté capacitada o advertida con profesionales de experiencia en los cambios de gobierno y de política, que ofrezcan asesoría transparente, sin que se altere o cambie su normal funcionamiento y sirvan de manera eficiente y eficaz al gobierno de turno.

Es importante mencionar el caso de Sudáfrica, donde su Constitución inhibe la politización de la siguiente manera, en la Sección 197 Servicio Público:

- Dentro de la administración pública existe un servicio público para la República que debe funcionar, y estructurarse, en los términos que establecen las leyes nacionales, y que debe poner en marcha, con toda fidelidad, las políticas legales del gobierno de turno.
- La legislación nacional debe regular los términos y condiciones de empleo en el servicio público. Los empleados tienen derecho a una pensión justa según lo establecen las leyes nacionales.

- No deberá ni favorecerse ni perjudicarse a empleado alguno del servicio público sólo porque apoya a un partido político o causa en particular...

Resulta interesante saber si se puede preservar los principios y valores de un servicio no politizado en los nombramientos a corto plazo. Vemos que la politización se hace efectiva en la facilidad que resulta para remover a los titulares de cargos o puestos directivos; pero si se impone que exista una justificación pública, donde se analice el desempeño que ha tenido el servidor removido, así como los motivos por los que será removido, tal vez, esto detenga un poco a los políticos y al contrario sean ellos quienes se ajusten a los titulares o directivos de los cargos y de esta manera exista continuidad en las funciones de la institución administrada.

Es fundamental que se rescate el servicio público de carrera y los procesos de contratación en base a concursos de oposición y mérito, de esta manera se contribuye a transparentar el servicio público. Así como asumir la función pública como un servicio a la colectividad, rindiendo cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley.

3. Como un fenómeno que afecta los derechos constitucionales.

Como se ha analizado a lo largo del desarrollo de esta tesis, las prácticas de nepotismo y conflicto de intereses traen consigo la afectación de los derechos constitucionales de los individuos, específicamente el derecho de la participación ciudadana.

Este derecho se lo puede percibir desde dos perspectivas, una como un derecho propio del ciudadano, de tener las mismas consideraciones para todos de obtener un trabajo en base al mérito y de manera transparente sin ser discriminados ; y también se lo puede percibir como el derecho que se tiene en participar en los actos y cuestiones de la administración pública, sea como observadores y fiscalizadores, a través de los mecanismos de control, como son las veedurías, los observatorios y la rendición de cuentas, encaminados a controlar y prevenir los actos de los que administran el sector público.

La Constitución del 2008 se caracteriza por rescatar y prevalecer la participación ciudadana ante los actos de la administración pública, de la misma manera existen leyes que la regulan, como son la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social y la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. De aquí la importancia de este derecho constitucional que sirve como una medida de mejoramiento y control de la gestión pública.

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 3.- “Son deberes primordiales del Estado: Numeral 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.”

Art.61.- “Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: Numeral 2. Participar en los asuntos de interés público; 5. Fiscalizar los actos del poder público; 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.”

Art.95.- “ Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación ciudadana en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”

Art. 204.-“El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público; y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.”.

Ley Orgánica del Servicio Público

Art.11.- Remoción de las y los servidores impedidos de serlo.-
“El Contralor General del Estado o el Ministro de Relaciones labores, por iniciativa propia o a pedido de la ciudadanía, solicitarán por escrito, en forma motivada, la remoción inmediata de la servidora o servidor público que estuviere impedido de serlo, previo el sumario administrativo correspondiente, de ser el caso, respetando los derechos a la defensa y al debido proceso.”.....

4.- Casos prácticos - Experiencias de casos de nepotismo y conflicto de intereses en el Ecuador.

Caso del Diputado Marcelo De Mora Moncayo:

Este diputado tenía trabajando a su hermano en el Congreso Nacional, y además gestionó siete nombramientos y contratos de cargos públicos en distintas entidades del sector público, a favor de su cónyuge, hijos, hermanos y yerno.

Sobre este caso la ex Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, publicó en su informe de Labores 2005, el informe de investigación donde determinó los hechos de nepotismos en mención, basando su investigación en la certificación de parte de la Dirección de Recursos Humanos del Congreso Nacional de la existencia de los contratos de servicios ocasionales, elaborados en distintos años con el señor Jhon De Mora, hermano del Diputado.¹³

Caso de presunto nepotismo en Autoridad Portuaria:

El Pleno de la ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción, inició de oficio una investigación en la Autoridad Portuaria de Guayaquil donde se determinó la presunta contratación de personal ocasional y profesional, de manera injustificada y sin que tengan el perfil profesional para desempeñar las funciones requeridas. Además de la contratación de familiares de altos oficiales de la Armada del Ecuador, en servicio activo y pasivo.

¹³ Revista Rescate, Pág.28 de Junio de 2005, Año 5 No.19.

Mediante sesión del 15 de junio del 2005, el Pleno aprueba el informe de investigación a la Autoridad Portuaria, en el que recomienda remitir el informe al Ministerio Fiscal Distrital del Guayas, con el objeto de que se logre determinar si existió o no el cometimiento de una infracción penal.

El Ministro Fiscal Distrital del Guayas, inició la Indagación previa No. 095-2005-5, la misma que por motivos de fuero de Corte de los sindicatos, es remitida al Fiscalía General del Estado. Donde posteriormente, la Dra. Cecilia Armas, ex Ministra Fiscal General del Estado Subrogante, desestimó la denuncia de la ex CCCC, alegando que los hechos denunciados, no se encuentran previsto como delito, razón por la cual solicitó el archivo de la denuncia, de conformidad con el Art.39 del Código de Procedimiento Penal.

Caso Municipio del Cantón Olmedo:

La ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción recibió el 23 de mayo del 2005, la denuncia sobre supuestas irregularidades en el Municipio de Olmedo, como el caso de que parientes del Alcalde trabajaban en ese Municipio.

De la investigación realizada, mediante su informe de investigación aprobado por el Pleno de la ex CCCC el 13 de septiembre del 2005, se concluyó que existían presuntos indicios de nepotismo, por parte del Ab. Winston Mieles, Alcalde del Municipio Olmedo, por haber otorgado nombramiento como autoridad nominadora, a su cuñada la señora Jenny Jessenia Farfán Mieles, el 2 de enero del 2002 como Jefe de Presupuesto, y el 23 de febrero del 2005 como Analista de Presupuesto.

Así mismo en el informe de investigación se recomendó que se remita dicho informe al Concejo Cantonal de Olmedo, a fin de que proceda de acuerdo con lo que dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (vigente a la fecha), respecto de los indicios de nepotismo descritos en este caso en contra del Alcalde del Municipio de Olmedo.

**Presuntos casos de nepotismo en diferentes gobiernos del Ecuador -
Publicación del Diario El Universo:**

El Diario Universo, mediante una publicación del domingo 9 de septiembre del 2007, en la sección Política, titulada “La parentela siempre está cerca del poder”, menciona diferentes casos de nepotismo y conflicto de intereses, que se han dado en el Ecuador durante diferentes gobiernos, los mismos que a continuación se cita las partes que son de interés al estudio realizado:

..... *“En el Gobierno del coronel (r) Lucio Gutiérrez, por ejemplo, Napoleón Villa, su cuñado, fue presidente del Fondo de Solidaridad. Sus hermanas Susana y Paola fueron, en su orden, consulesa en Argentina y coordinadora del Banco del Estado.*

Jeaneth, otra hermana, manejó parte de la administración de Carondelet, pero no tuvo cargo oficial. El yerno de ella, Dany Jarrín, fue miembro del Consejo de Petroecuador.

Ximena Bohórquez, esposa de Gutiérrez, fue diputada y, a la vez, presidenta del Instituto Nacional de la Niñez y la Familia; Gilmar Gutiérrez, su hermano, y Renán Borbúa, su primo, fueron legisladores.

El ex mandatario Alfredo Palacio, en cambio, tuvo a su sobrino político en la presidencia del Fondo de Solidaridad.

Se trata de Marcelo Arcos, a quien se acusó de tener un conflicto de intereses por la contratación de su flota naviera con instituciones como la Marina Mercante. Arcos era considerado como uno de los hombres de mayor confianza para Palacios en la pasada administración.

En 1996, Abdalá Bucaram Ortiz nombró a su entonces cuñado Pablo Concha como ministro de Finanzas; y a su hermano Adolfo Bucaram, ministro de Bienestar Social. Jacobo Bucaram Pulley, su hijo, tuvo injerencia en las aduanas.”

Caso contratos de Fabricio Correa con el Estado:

En Junio del 2009 según una investigación del Diario Expreso de Guayaquil, se denunció un supuesto acto de corrupción en el gobierno de Correa, por la existencia de contratos por unos 80 millones de dólares que habrían sido entregados a Fabricio Correa como contratista, hermano de Rafael Correa, bajo el actual gobierno.

Producto de las críticas que estos hechos generaron, Corea firmó el decreto No. 1793, que reformó la contratación pública, prohibiendo celebrar contratos de empresas de “firmas de papel” con el Estado y ratificó la prohibición de la contratación pública con familiares de funcionarios y prohibió que empresas que tienen contratos con el Estado puedan ceder sus acciones a terceros sin permiso oficial (Situación que ocurrió con Cosurca, que tenía un contrato con el Estado y luego la adquirió Fabricio Correa). Así

también la norma exige a las empresas que quieren ser contratistas a determinar quiénes son sus accionistas, sean personas naturales o jurídicas, para determinar quienes están detrás de ellas y analizar si incurren en las inhabilidades en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Posteriormente se inicia una veeduría ciudadana convocada por el propio Presidente Correa, para investigar los contratos del hermano del mandatario con el Estado, siendo su coordinador el Ing. Pablo Chambers, la misma que luego de un año y cinco meses de investigación concluyó de que el Presidente Rafael Correa sabía de los contratos, que hubo favoritismo e ilegalidades y que el perjuicio suma aproximadamente unos \$143 millones de dólares. Lo cual fue rechazado por los hermanos Correa, quienes en la actualidad lo han amenazado con enjuiciarlo a Chambers.

Caso Dr. Alfredo Larrea – Cervecería Nacional – Corte Constitucional:

El Asambleísta Galo Lara de Sociedad Patriótica, denunció el presunto delito de cohecho por parte de los jueces de la Corte Constitucional y otros funcionarios, que habrían cobrado presuntamente más de un millón de dólares para favorecer con un fallo a la Cervecería Nacional.

La acción de protección de trabajadores y ex trabajadores de Cervecería Nacional por utilidades no repartidas, terminó a final del año pasado con una serie de medidas cautelares, fue declarada nula por la Corte Constitucional a favor de la cervecería.

Lo cual está siendo al momento investigado por la Contraloría General del Estado, cuya investigación consiste en una actualización de las declaraciones de bienes para confirmar los hechos denunciados.

En el caso, también es investigado el Ab. Alfredo Larrea Jijón, hermano del secretario de la Corte Constitucional, Arturo Larrea, y quien además se habría desempeñado anteriormente como funcionario de la Corte Constitucional. Alfredo Jijón, habría sido contratado por la Cervecería Nacional como abogado, quien en realidad a la fecha de su contratación habría sido licenciado en ciencias jurídicas y recién el 28 de diciembre del 2010 le habrían fijado su investidura.

Posteriormente, la Corte Constitucional emite el fallo a favor de la Cervecería Nacional, el 17 de enero del 2011, configurándose ahí también la prohibición de la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público que es el conflicto de intereses, puesto que Alfredo Larrea Jijón habría trabajado anteriormente en la misma entidad de justicia y es hermano del secretario de la Corte Constitucional que ventilaba el caso en mención.

En este caso se observa que existió un conflicto de interés, que aunque no está contemplado en la ley de tal manera, con la especificación de como se dieron los hechos en la realidad, lo cual se sugiere revisar en la ley y ampliarla para que casos así no queden en la impunidad. Ese conflicto de interés como se lo comentó anteriormente, sirvió para que se configuren otro acto de corrupción como es el cohecho, lo que debería ser considerado como un atenuante.

Capítulo V

Instrumentos Internacionales y Legislación Comparada

Convenios Internacionales de lucha contra la Corrupción:

La Convención Interamericana contra la corrupción.-

Fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y conformada por los Estados miembros de la OEA. La ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción por parte del Congreso Nacional del Ecuador se publica en R.O. No.70 del 22 de mayo de 1997.

Los propósitos de la Convención Interamericana son: Que los Estados Partes promuevan y fortalezcan el desarrollo, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y, Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

En el artículo III de la Convención, trata sobre las Medidas Preventivas, y se menciona que los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (en relación al tema que se estudia se menciona las que se relacionan):

.... "1.- Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas

normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos...”...

... “3.- Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.” ...

... “5.- Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.” ...

... “11.- Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.”

“12.- El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.”.

Hay que destacar que el ámbito de aplicación de la Convención se da cuando el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Respecto a su jurisdicción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio; de igual manera cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su

territorio; o cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente. Sin excluir la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

En el artículo IV de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se mencionan los actos de corrupción a la que se aplica la convención, entre los actos que mencionan se destacan los que guardan relación con el tema del nepotismo y conflicto de intereses:

“1...c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.”...

Puede encuadrar en el tema del conflicto de intereses. O el favorecer a un tercero que sea un pariente o un amigo, como es el caso del nepotismo según los hechos antes estudiados.

Por otro lado, el numeral 2 del mismo artículo IV de la Convención, menciona lo siguiente:

“2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estado Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.”

Hay que resaltar que esta Convención tiene medidas preventivas de corrupción, y así en su artículo II, como se lo mencionó anteriormente, los estados partes aplican esta Convención dentro de sus propios sistemas institucionales destinadas a crear, mantener y fortalecer: *“1.- Las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las*

funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses....”

Por lo que en base a este aspecto preventivo de la Convención, más lo que menciona el artículo IV, de poder aplicar sus normas a cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella, se puede entender que es perfectamente aplicable para combatir el nepotismo y el conflicto de intereses en el sector público, erradicando en lo posible estos actos de corrupción.

La Convención prevé en su artículo XXIII, la adhesión, dejando la posibilidad que cualquier otro Estado se adhiera. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría general de la Organización de los Estados Americanos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.-

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se firmó en México, en diciembre de 2003. El Congreso Nacional del Ecuador la ratificó el 25 de mayo de 2005 y el 15 de septiembre del mismo año, el Ecuador entregó a la ONU la ratificación a dicha Convención.

Esta convención toma como referencia y reconoce los diferentes instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, y el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de

Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, entre otros convenios multilaterales.

La finalidad de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y lo bienes públicos.

Esta Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados en ella. De igual manera, para su aplicación, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

En el capítulo II, sobre las medidas preventivas, en su artículo 5 sobre políticas y prácticas de prevención de la corrupción, se destaca que cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

Cabe mencionar el artículo 7, de la Convención, respecto al sector público:

“1.- Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios

públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas.

Éstos:

a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;

b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;

c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;

d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.”....

Otros aspectos importantes que hay que resaltar de esta Convención, son:

- Que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción.

- Esta convención trata de la protección de los denunciantes, deja que cada Estado Parte considere la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para los denunciantes de actos de corrupción ante las autoridades competentes.
- Prevé las consecuencias de los actos de corrupción, considerando los derechos adquiridos de buena fe por terceros, por lo que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción.
- También los Estados Partes adoptarán las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.
- Habla de la cooperación internacional y específicamente de la extradición para que los delitos de corrupción no queden en la impunidad, y puedan ser extraídos los infractores o delincuentes de donde se encuentren para que sean juzgados y cumplan con su pena correspondiente.
- Esta convención también expresa que los Estados Partes podrán recopilar, intercambiar y analizar información sobre la corrupción. Así como también en base a la experiencia vivida con nuevos hechos o tipificaciones de actos de corrupción, considerar la posibilidad de que

los Estados Partes vigilen sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

En la administración pública deben prevalecer y anteponerse las buenas conductas ligadas a la ética, reconocimientos, y preparación académica sobre las relaciones de parentesco, confiabilidad entre los titulares de las instancias públicas a efecto de prevenir acciones de corrupción y obtención de beneficios ilegítimos.

De acuerdo a lo analizado en los convenios internacionales sobre materia anticorrupción, como son la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), señalan que son los Estados por medio de sus legislaciones internas los que deben establecer medidas y sistemas de prevención y control de actos de corrupción. De ahí, la importancia y responsabilidad que tiene cada país para regular estos actos, prevenirlos y establecer sanciones adecuadas.

2.- Legislación Comparada:

2.1.- Análisis de la Legislación de Perú y de Paraguay:

Legislación Peruana

Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú de 1993, en el título I De la Persona y de la Sociedad, capítulo IV De la Función Pública, establece lo siguiente respecto de los funcionarios y trabajadores públicos:

Art.39.- “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la mas alta jerarquía en el servicio de la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, lo magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.”

Art. 40.- “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.”

Art. 41.- “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formulará cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.”

Art.42.- “Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

De lo antes expuesto, se puede observar que en la Constitución peruana se reconoce el ingreso a la función pública como de carrera administrativa. Se reconoce y establece que los servidores públicos tienen derechos, deberes y responsabilidades en el ejercicio sus funciones. Se prohíbe ejercer más de un cargo público remunerado, a excepción de la función docente.

Obliga a los funcionarios y servidores públicos realizar su declaración juradas de bienes y rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al cesar del mismo, así como su debida publicación en el diario oficial, al

igual que la publicación periódica de los ingresos que perciban los altos funcionarios, por todo concepto. En caso de enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación podrá formular cargos por denuncia o de oficio. Duplicando el plazo de prescripción si se trata de patrimonio del Estado.

Código Penal del Perú

El código penal peruano fue emitido mediante Decreto Legislativo No. 635, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de agosto de 1991. En el título XVIII se establecen los delitos contra la administración pública, clasificándolos en: delitos cometidos por particulares, delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos contra la administración de justicia. Que a su vez, los reclasifica cada uno de la siguiente manera:

Delitos cometidos por particulares:

- Usurpación de autoridad, títulos y honores.
- Violencia y resistencia a la autoridad
- Desacato.

Delitos cometidos por funcionarios públicos:

- Abuso de autoridad
- Concusión
- Peculado
- Corrupción de funcionarios.

Delitos contra la administración de justicia:

- Delitos contra la Función Jurisdiccional
- Prevaricato
- Denegación y retardo de justicia.

En lo que respecta al tema analizado en esta tesis, se transcribe los siguientes artículos del código penal de Perú:

Art.381.- Nombramiento ilegal para Cargo Público.- “El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales será reprimido con sesenta a ciento veinte días – multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.”

Art.397.- Aprovechamiento ilícito de cargo.- “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

LEY No.26771 - Regula el Nepotismo en Perú:

En el Perú existe la Ley de Nepotismo No. 26771, creada el 14 de abril de 1997, que regula la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco. La misma que establece lo siguiente:

Artículo 1.- “Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas

conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Extiéndase la prohibición a los contratos de Servicios No Personales”.

Artículo 2.- “Los Órganos de Control Interno de las entidades a que se refiere el Artículo 1 quedarán encargados de velar por el estricto cumplimiento de la presente Ley, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o quien haga sus veces según corresponda, sin perjuicio de las acciones de control que ejerza la Contraloría General de la República”.

Artículo 3.- “Los responsables de los actos de nepotismo previstos en el Artículo 1, serán sancionados con arreglo a las normas establecidas en el Reglamento correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar”.

Artículo 4.- “Las acciones que contravengan lo dispuesto en la presente Ley son nulas de pleno derecho, debiendo los responsables ser sancionados, con arreglo a las normas establecidas en el Reglamento correspondiente”.

Artículo 5.- “En los contratos que impliquen prestación de servicios en el sector público, vigentes a la fecha de

promulgación de la presente Ley, si se prueba la relación de parentesco a que se refiere el Artículo 1, no podrán ser renovados”.

Artículo 6.- “El Poder Ejecutivo dictará las normas reglamentarias en un plazo no mayor de 60 días de su entrada en vigencia.”

Artículo 7.- “Derógase las disposiciones que se opongan a la presente ley.”

Esta ley establece la prohibición a los funcionarios de dirección y/o personal de confianza del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección, de ejercer dicha facultad en su entidad respecto de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Decreto Supremo No. 021-2000-PCM - Reglamento a la ley que regula el nepotismo en el Perú:

Posteriormente, la ley No.26771 fue reglamentada el 22 de Julio del 2000 con la expedición del Decreto Supremo No.021-2000-PCM, titulado: Reglamento de la Ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco.

Este reglamento está compuesto de 8 artículos y 4 disposiciones complementarias y finales. Que comprenden el ámbito de aplicación, la

configuración del acto de nepotismo, las prohibiciones, la función del órgano de auditoría interna, la nulidad, el proceso, las sanciones, y la inhabilitación de los funcionarios.

Sin embargo, dentro del texto de la ley No. 26771 ni en el Decreto Supremo No. 021-2000- PCM, no se define el concepto de nepotismo, sólo se hace mención a su configuración y momento en que se consume dicha infracción.

El reglamento determina que es responsabilidad de los órganos de auditoría interna de cada entidad el verificar que se haya efectuado un proceso de selección y evaluación transparente, así como la verificación de los documentos presentados por los que incorporen a la entidad.

Así también, determina la nulidad de los nombramientos y contratos que contravengan dicha norma legal, y las sanciones consistirán en la suspensión sin goce de remuneración del funcionario que contrata. Dependiendo de la gravedad de la falta, sin ser ésta menor a 30 días calendario, y si hay reincidencia, la sanción será la destitución o resolución del contrato.

El 07 de marzo del 2002, fue modificado este reglamento, mediante Decreto Supremo No. 017-2002-PCM. Lo que modifica tiene que ver con el ámbito de aplicación, con la configuración del acto de nepotismo y con las sanciones. Siendo la reforma más importante en lo que tiene que ver con la configuración del nepotismo, detallando que se da en los nombramientos y contratación de personal respecto a los grados de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio, o cuando exista en estos casos antes mencionados injerencia directa o indirecta en el nombramiento y contratación del personal.

Ley No.27815 – Ley del Código de Ética de la Función Pública:

Esta ley fue creada el 12 de agosto del 2002. El código de ética de la Función Pública establece los principios, deberes y prohibiciones éticos que rige a los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública del Perú.

Establece y define lo que comprende la función pública, lo que es el servidor público, así como los principios y los deberes de la función pública.

Es importante para este análisis, ver el capítulo III referente a las prohibiciones éticas del servidor público:

Art.8.- Prohibiciones Éticas de la Función Pública.- “El servidor público está prohibido de:

1.- Mantener Intereses de Conflicto. Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

2.- Obtener Ventajas Indebidas. Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.

3.- Realizar Actividades de Proselitismo Político. Realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de

infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.

4.- Hacer Mal Uso de Información Privilegiada. Participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.

5.- Presionar, Amenazar y/o Acosar. Ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas.”

Finalmente el código de ética para la administración pública del Perú dispone que el Órgano de la Alta Dirección de cada entidad pública ejecuta, en la institución de su competencia, las medidas para promover este código de ética. Así también que su transgresión genera responsabilidad pasible de sanción. Es obligación de todo empleado público comunicar y denunciar los actos contrarios al código de ética.

Legislación Paraguaya

Constitución de Paraguay:

La Constitución de Paraguay, en su Sección II que trata sobre la Función Pública, establece lo siguiente:

Artículo 101.- De los funcionarios y de los empleados públicos.- “Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos.

La ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial.”

Artículo 102. - De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos.- “Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos.”

Artículo 104.- De la declaración obligatoria de bienes y rentas.- “Los funcionarios y los empleados públicos, incluyendo a los de elección popular, los de entidades estatales, binacionales, autárquicas, descentralizadas y, en general, quienes perciban remuneraciones permanentes del Estado, estarán obligados a prestar declaración jurada de bienes y rentas dentro de los quince días de haber tomado posesión de su cargo, y en igual término al cesar en el mismo.”

*Artículo 105.- De la prohibición de doble remuneración.-
“Ninguna persona podrá percibir como funcionario o empleado público, más de un sueldo o remuneración simultáneamente, con excepción de los que provengan del ejercicio de la docencia.”*

Artículo 106.- De la responsabilidad del funcionario y del empleado publico.- “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto.”

Código Penal de Paraguay:

El Código Penal de Paraguay, establece en su capítulo III, los hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas. Entre los cuales, se encuentran:

- El Cohecho pasivo.
- El Cohecho pasivo agravado.
- El Soborno.
- Soborno agravado.
- Prevaricato
- Traición a la parte
- Lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas.
- Coacción respecto de declaraciones.

- Tortura
- Exacción
- Cobro indebido de honorarios
- Infidelidad en el servicio exterior
- Revelación de secretos de servicio
- Violación del secreto de correo y telecomunicación.
- Inducción a un subordinado a un hecho punible.

Ley No. 1.626 – De la Función Pública. El Congreso de la Nación Paraguaya sanciona con fuerza de ley:

La Ley No. 1.626 fue creada el 21 de diciembre de 2.000, la misma que regula la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar que presten servicio en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y municipales, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría, la banca pública y los demás organismos y entidades del Estado de Paraguay.

Reconoce a la función pública como de carrera administrativa y el derecho a concurrir, en igualdad de condiciones al sistema de selección para acceder a la función pública, que será el de concurso público de oposición. Disponiendo la siguiente sanción al incumplimiento de lo dispuesto para el ingreso a la función pública:

Art. 15.- “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición.

Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, curso de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificable y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaría de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.”

Art. 17.- “El acto jurídico por el que se dispuso el ingreso a la función pública en trasgresión a la presente ley o sus reglamentos será nulo, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. Los actos del afectado serán anulables, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera corresponder a los responsables del nombramiento.

La responsabilidad civil de los funcionarios, contratados y auxiliares, será siempre personal y anterior a la del Estado, que responderá subsidiariamente.”

Entre las prohibiciones para los funcionarios públicos, se encuentran la de utilizar la autoridad o influencia que pudiera tener a través del cargo, o la que se derive por influencia de terceras personas para ejercer presión sobre la conducta de sus subordinados. Así mismo, la ley considera una falta grave, el nombrar o contratar a funcionarios en transgresión a lo dispuesto en dicha ley y sus reglamentos.

Para el cumplimiento de esta ley, se crea la Secretaría de la Función Pública, siendo dependiente de la Presidencia de la República.

Ley No. 2777-2005 – Que prohíbe el Nepotismo en la Función Pública.

La Ley No. 2777-2005 creada el 2 de noviembre de 2005 y que prohíbe el nepotismo dentro de la función pública, estipula lo siguiente en cuatro artículos:

Art. 1.- “ El Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los Presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral y del Consejo de la Magistratura, el Fiscal General del Estado, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, los Presidentes de los entes autárquicos y descentralizados y los gobernadores e intendentes, no podrán nombrar en cargos públicos de designación directa, no electiva, a parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, salvo que tales nombramientos se efectúen en el marco de un concurso público de oposición.”

Art.2.- “Esta disposición no se aplicará al cargo de Secretario Privado o su equivalente.”

Art.3.- “Todo nombramiento realizado en contra de esta disposición es de nulidad absoluta y hará incurrir en la presunción del hecho punible de tráfico de influencia.”

Art.4.- “Comuníquese al Poder Ejecutivo.”

Esta ley busca prevenir el nepotismo como una práctica de corrupción en la administración pública, siendo una ley de carácter prohibitivo, sin una sanción específica, más bien de incurrir en tal hecho hará presumir que se ha incurrido en el hecho punible de tráfico de influencia.

2.2.- La necesidad de la existencia de leyes que combatan la corrupción.

El problema de la corrupción se da por la falta de leyes específicas que regulen, controlen y sancionen de manea adecuada estos actos, por las debilidades de los sistemas judiciales y de las instituciones jurídicas que no han logrado prevenir ni combatir las prácticas de corrupción.

Se debe comenzar con la Ley de jerarquía superior que rige en cada país, es decir su Constitución. En el Ecuador en el 2008 entró a regir una nueva Constitución, la misma que garantiza la democracia a través de la participación ciudadana en la toma de decisiones y descentralización de los poderes del Estado, y que combate la corrupción a través de instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Consejo de Participación ciudadana y Control Social, la Contraloría entre otros.

Es importante el tema de regular la prevención de los actos de corrupción, lo cual debería primar en el interés de las acciones de reformas judiciales. El hecho de que existan leyes donde se tipifican y sancionan la corrupción no nos aseguran que no se darán estos actos, sin dejar de darle la importancia debida a las leyes efectivas y cuyas sanciones legales son eficaces para enfrentar a quienes actúan de manera indebida. Sin

embargo, es importante trabajar en el tema de la prevención a la ciudadanía y en las instituciones públicas para evitar que se den estos actos indebidos.

En el combate de la corrupción son fundamentales las leyes de derecho penal y derecho procesal penal que nos permiten imputar a una conducta ilegal una sanción y su debido procedimiento para su juzgamiento. Pero existen un conjunto de leyes que no pertenecen a este grupo y que sirven para prevenir actos de corrupción en el sector público, como son la ley de acceso a la información, ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley Orgánica del Servicio Público, la leyes orgánicas de las entidades públicas que investigan y previenen actos de corrupción, entre otras.

Algo que se puede realizar conjuntamente con la reforma de la normativa legal existente, es asegurarse que los cuerpos legales que tratan de estos temas sean claros y limite la discrecionalidad, se definan conceptos y criterios de ser necesario, que conjuntamente se desarrollen programas de ética, haciendo campañas preventivas a la ciudadanía y servidores de incurrir en actos de corrupción, brindar un sistema de protección a los denunciantes puesto que los casos de nepotismo y conflicto de intereses pueden ser descubiertos en el interior de la Institución por servidores compañeros de los infractores, y que por temor a represalias no se animan a denunciarlo.

Estas leyes que combaten las prácticas de actos de corrupción en el Ecuador, y específicamente el nepotismo y conflicto de intereses deberían tener las siguientes características:

- Sujetarse a los principios establecidos en los Convenios Internacionales contra la Corrupción, consiguiendo así procesos justos y transparentes.
- Delimitación del periodo de tiempo durante el cual se puede perseguir estos delitos, puesto que para el nepotismo y conflicto de intereses no se lo establece.
- Fijar su temporalidad para sancionar, es decir que pese haber salido de la Institución donde se comprobó que se produjo nepotismo y el conflicto de intereses, igual se les haga resarcir al Estado lo percibido indebidamente, o los perjuicios que ocasionaron sus actos.
- Las leyes y sus penas deberán guardar racionalidad y proporcionalidad con los hechos acontecidos, sin caer en la exageración de la represión. Se trata de corregir, emendar una conducta y no de imponer sanciones severas y extremadamente estrictas, lo cual puede repercutir en su no cumplimiento o respeto.
- Las leyes que sancionen actos de corrupción deben dictar castigos ejemplares y reformatorios. Por ejemplo, para el caso de nepotismo y conflicto de intereses, podría incluirse como una sanción el de servicio comunitario. El hecho de hacer pública la sanción, no sólo con la restitución de lo ganado de manera ilegal, ni con la suspensión o cancelación del contrato, hará que se piense en realizarlos puesto que se verá afectado de manera pública su reputación.
- Debería crearse un compendio de leyes que combaten la corrupción, desde la Constitución, las leyes orgánicas y demás leyes, lo cual sea

de conocimiento obligatorio a toda persona que ingrese a laborar en el sector público. Esta fusión de diversas leyes anticorrupción en un solo instrumento debería ser de pública difusión a todos los ecuatorianos, puesto que la corrupción es activa y pasiva, es decir participan en ella tanto los servidores y servidora públicas pero con la participación también de particulares.

- Realizar un estudio cada período de 4 años sobre la eficacia de las leyes anticorrupción de parte de las entidades creadas para combatir estos hechos, y de los resultados que el estudio arroje, se proponga reformar el marco jurídico relacionado a la materia de acuerdo a lo que no está funcionando o en el caso de que aparezcan nuevos indicios de corrupción que ameriten ser sancionados. Lo que permitirá tener cuerpos legales eficaces y ajustados a la realidad.

Capítulo VI

Conclusiones y Recomendaciones.

1.- Conclusiones.-

1.- Este tipo de prácticas como es el nepotismo y el conflicto de intereses afectan a las Instituciones públicas interna y externamente. De manera externa, generan una imagen negativa en la administración pública, así como la pérdida de credibilidad en las instituciones públicas.

Y la afectación interna, se da porque con estos actos se causa un gran perjuicio en las instituciones, al contratar a servidores que no cumplan realmente el perfil requerido o se favorezca a alguien por algún tipo de influencia, situación que repercute en el resultado final de las tareas o funciones propias de la Entidad.

2.- Es importante la aplicación de un código de ética para la administración pública en general, y que sea de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos.

3.- Que se necesita fortalecer los espacios de vigilancia ciudadana y dar a las personas las facilidades necesarias para denunciar hechos de corrupción. Así como brindar la debida protección a los denunciantes, muchas veces víctimas de represalias.

4.- La Ley Orgánica de Servicio Público, contiene artículos que regulan el nepotismo y conflictos de intereses, pero necesita ampliarse los criterios definidos en ellos, los que indican que se ha incurrido en estas prácticas, habría que analizar otras maneras que de igual manera se entraría a casos

de nepotismo y conflicto de intereses, donde también se afectan los intereses del Estado, pero quedan en la impunidad por no estar establecidos en la ley.

5.- Frecuentemente se dan casos de abuso de influencias o casos en que se favorecen a las amistades, o a familiares por medio de amistades con nombramientos y/o contrataciones en las entidades públicas, pero no que al no estar comprendidos en la ley de servicio público, puesto que se requiere que exista una relación de dependencia y que se trate de la misma entidad administrativa, estos hechos serían actos legales a pesar de que existe un conflicto ético.

6.- Que el conflicto de intereses deber preverse incluso con posterioridad al desempeño de un cargo público, puesto que aún quedan los nexos y conexiones y pueden originar un conflicto de interés.

7.- Se debe capacitar a las servidoras y servidores públicos sobre los actos de corrupción y difundir normas que sirvan para prevenir y resolver consultas sobre los casos de conflictos de intereses.

8.- La Constitución del 2008 incorpora y reconoce nuevas estructuras familiares, las mismas que deberán ser incorporadas en el concepto de nepotismo y en el de conflicto de intereses, puesto que podrían surgir compromisos resultado de estas nuevas formas de familia.

9.- El nepotismo constituye de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, una falta administrativa que implica la responsabilidad administrativa y civil pero no penal. Por ello, no lo encontramos tipificado como delito en el código penal.

Sin embargo, los daños que ocasiona el nepotismo a la administración pública son altos y frecuentes siendo evidentes las manifestaciones de abuso de poder, motivo por el cual debería incluirse en el código penal, puesto que la sanción civil y administrativa no es suficiente.

10.- Se debería establecer que los procesos de contratación del sector público, deban no solo basarse en calificación de entrevistas personales y la publicación al final del proceso, que exige la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública. Sino también, debería sujetarse a un sistema de evaluación de conocimientos y experiencia comprobada, con la presencia de un representante del Ministerio de Relaciones Laborales, para efectos de que se pueda dar constancia del proceso de contratación.

2.- Recomendaciones.-

1.- En relación a los nuevos conceptos de familia reconocidos en la Constitución del 2008, reformar los conceptos del código civil en cuanto a los grados de parentesco por afinidad y por consanguinidad. De igual manera incluirlos en las definiciones de nepotismo y conflicto de intereses consagrados en la Ley Orgánica del Servicio Público y demás leyes.

2.-La Ley Orgánica de Servicio Público, que se promulgó en Octubre de 2010, tiene pendiente que se expida su reglamento, sería recomendable poder incorporar en él, los puntos que se expusieron en las conclusiones de esta tesis, en base a las realidades que se viven en la práctica y que carecen de una normativa que las regule.

Es decir que se amplíen los criterios para incurrir en el nepotismo y en el conflicto de intereses definidos por la ley, ya que en la práctica se dan muchos casos en que se benefician a un familiar o a una amistad, no haciendo coincidir los actos a lo estipulado en la ley, sin embargo se ejercen prácticas de favoritismo, discriminación e influencia de poder que afectan al Estado.

3.- Ni el nepotismo ni el conflicto de intereses están tipificados en el código penal, como pudimos observar en el desarrollo de la tesis. Sin embargo, son prácticas que se realizan de manera frecuente ocasionando perjuicios preocupantes a la administración pública. Se recomienda, que si se reforma el código penal, por lo menos revisar las sanciones que se les otorga a estos actos de corrupción e incorporar las siguientes opciones de sanción:

- Establecer sanciones para el nepotismo y conflicto de intereses, adicional de las establecidas en la ley orgánica del servicio público, como es la prestación de servicio comunitario o con jornadas de trabajo apoyando a otras entidades públicas.
- Que se inhabilite el ejercer el título profesional por un período, y en caso de reincidencia que se anule o suspenda el título profesional, debiendo asumir el que incurre en la falta con todos los gastos y procedimientos para volver a registrarse en el debido Colegio una vez que pase el tiempo de inhabilitación y suspensión del título. Lo que debe ser puesto en conocimiento y coordinado con el Colegio profesional respectivo donde se encuentre inscrito la servidora o el servidor público, para que proceda con la inhabilitación y la suspensión del registro del título profesional.

- Incorporar en las sanciones una especificación de que la sanción sea más grave, cuando sea de manera activa, es decir se comete el acto de corrupción yéndose en contra de los deberes y obligaciones que tienen los servidores en el ejercicio de sus funciones. Y de manera pasiva, cuando se cometieron estos actos sin atentar o desobedecer sus obligaciones.
- Que pese a no estar tipificados como delitos el nepotismo y/o el conflicto de intereses, y estos hechos sirvan para cometer otros delitos, por lo menos debería considerarse como un atenuante, que agrave la pena de los delitos originalmente cometidos en base de haberse beneficiado del nepotismo o del conflicto de intereses.

4.- Se recomienda que se incluya en los procesos de contratación del sector público, la presencia de un representante del Ministerio de Relaciones Labores, que de fé de la transparencia en los procesos de selección, de los concursos de oposición y mérito, lo cual deberá ser también subido en las páginas web de las entidades, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública.

5.- Se considere el estudio como materia tanto en Colegios o en las Universidades de una materia llamada la ética en el ejercicio profesional, que incluya el servicio público y el privado. Porque estos estudiantes serán los futuros profesionales que ingresarán a laborar en entidades públicas o privadas y pondrán en práctica lo estudiado, previniendo futuros casos de corrupción.

6.- Capacitar periódicamente a los servidores públicos y a la ciudadanía en general, sobre las normas para prevenir el nepotismo y conflicto de intereses y otros actos de corrupción que afecten al sector público, creando conciencia de que la administración pública es un servicio a la comunidad en busca del buen vivir.

7.- Instar a las entidades de Control, que la Constitución faculta a realizar investigaciones de actos de corrupción, para que ejerzan sus facultades y puedan realizarlo de oficio, en caso de conocimiento general.

8.- Realizar campañas y publicidad para que la ciudadanía ejerza su derecho a la participación ciudadana, siendo un medio de control y prevención de estas prácticas.

9.- Crear un sistema de protección para los denunciantes de actos de corrupción, que muchas veces son víctimas de represalias, ya que son los propios servidores públicos compañeros de quienes incurren en estos actos, quienes conocen de los hechos.

10.- Debería crearse un vademécum o compendio de leyes que combatan la corrupción, lo cual sea de conocimiento obligatorio a toda persona que ingrese a laborar en el sector público. Esta fusión de diversas leyes anticorrupción en un solo instrumento debería ser de pública difusión a todos los ecuatorianos, puesto que la corrupción es activa y pasiva, es decir participan en ella, las servidoras y los servidores públicos pero con la participación también de particulares.

11.- Realizar un estudio cada cierto tiempo, sobre la eficacia de las leyes anticorrupción de parte de las entidades creadas para combatir estos hechos, y de los resultados que arroje el estudio, se proponga reformar el marco jurídico relacionado a la materia, lo que permitirá tener cuerpos legales eficaces y ajustados a la realidad.

12.- Exigir que las entidades públicas cumplan con la ley de acceso a la información y publiquen en sus páginas web, la información referente a las contrataciones y procesos de selección de personal, lo cual transparentará dichos procesos, y que se incluya los de libre remoción o niveles directivos, de manera tal que se controlen y prevengan el nepotismo y conflicto de intereses. Sancionando a las instituciones que no cumplan con esto.

13.- Incorporar en la legislación ecuatoriana como en la Constitución, Ley Orgánica del Servicio Público disposiciones claras respecto a los casos de conflictos de intereses por estar vinculado a una afiliación gremial o asociación profesional.

14.- Desarrollar un código de ética para el sector público y sus diferentes actores, que sea de general aplicación a todas las entidades que conforman el sector público y donde se rescaten los principios de la administración pública. Que estipule los términos en que los funcionarios deben desempeñar sus funciones, así como prevenga los casos, en que podrían poner al individuo en una posición de conflicto de intereses.

Cuyo objetivo sea, el mantener un comportamiento mínimo en base a valores éticos y morales, de manera uniforme entre todos los servidores de una entidad, lo cual ayudará a lograr la misión, visión y objetivos de cada institución, con miras del bien común y evitando a toda costa actos de corrupción.

15.- Para los casos de conflictos de intereses, establecer de manera más específica cuales serían los casos en que estos se generen en la administración pública, puesto que su actual descripción es muy genérica. De igual manera que se establezcan mecanismos de consultas a través de la Procuraduría General del Estado, para que aclare y absuelvan las consultas de cuando se incurra en estos actos y poder prevenirlos de manera eficaz.

16.- Establecer durante un periodo razonable restricciones a las actividades profesionales de ex servidores públicos, que puedan incurrir en conflicto de intereses, sin que esto afecte a los derechos de los ciudadanos al trabajo.

17.- Crear una ley que trate exclusivamente el tema del nepotismo y conflicto de intereses, mediante normas claras y se reforme su concepto de manera que abarquen nuevos casos que se dan en la práctica y no se encuentran contemplados en las normas actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO CIVIL, (2008), Quito – Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CONSTITUCIÓN 2008, Quito – Ecuador, Publicación oficial de la Asamblea Constituyente.
- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO (2010), Quito – Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA (2006), Quito – Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador.
- CÓDIGO PENAL, (2010), Guayaquil – Ecuador, Editorial Universidad de Guayaquil.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (2006), Vademécum Legal de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, (2006), Vademécum Legal de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.
- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 2001, Vigésima Segunda edición, Espasa.
- Wikipedia (<http://es.Wikipedia.org/wiki/Nepotismo>)

- Diario El Universo. www.diarioeluniverso.com
- www.transparenciamexico.com
- BENDEZÚ NEYRA, Guillermo. Legislación laboral para los funcionarios y empleados públicos, Editora Fecat. Perú – 2007.
- www.sfp.gov.py/sfp/