



Universidad de las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

Ineficacia del Delito de Sobreprecio en la Contratación Pública

Alex Fernando Castillo Ardila

Quito, noviembre de 2023

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
I. INTRODUCCION	4
II. DESARROLLO	5
1. Importancia de la Técnica Legislativa.....	5
1.1. Concepto y características de la técnica legislativa	5
1.2. División de la técnica legislativa.....	5
1.3. Metodología de la técnica legislativa.	6
1.4. Técnica legislativa en Ecuador.....	8
1.5. Falta de técnica legislativa	12
2. El Sobreprecio	16
2.1. Conceptos y generalidades de este tipo penal	16
2.2. Introducción del tipo penal al Código Integral Penal.....	17
2.3. Semejanzas y diferencias entre el delito de peculado y el delito de sobreprecio.	20
2.4. El delito de sobreprecio al ser autónomo, que efectos produce en los procesos judiciales y las garantías procesales.	22
2.5. Importancia de la Sentencia Nro. 5-13-IN/19 de fecha 2 de julio del 2019, de la Corte Constitucional del Ecuador.	25
3. Análisis de Caso Denominado: Equipos Medicos-Ministerio del Deporte.....	31
3.1. Presentacion de caso-alegato de apertura.....	32
3.2. Presentación de pruebas	32

3.3.	Alegatos de clausura.....	36
3.4.	Argumentos y decisión del tribunal	38
3.5.	Análisis de la sentencia	39
III.	CONCLUSIONES.....	49
IV.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51
V.	Bibliografía.....	51

I. INTRODUCCION

El presente trabajo está encaminado a establecer la metodología para la creación de normativa que sirva de base para crear las leyes que permitan de forma fácil su comprensión y aplicación, que la técnica legislativa sea el camino adecuado para incorporar normas al marco jurídico y que quienes aplicamos no tengamos la necesidad de dilucidar o buscar el espíritu de la norma planteado por el legislador.

A la luz de la lectura del tipo penal incorporado al Código Orgánico Integral Penal se va a evidenciar como el legislativo no cumplió de forma adecuada la metodología para la creación del tipo penal de sobreprecio en contratación pública, dando lugar a subjetividades e inclusive confusión de las atribuciones entre instituciones estatales.

Encontraremos que las características para la creación de la norma no fueron debidamente desarrolladas, por lo que para solventar las falencias detectadas se hará una comparación entre los tipos penales, que se evidencia una descripción similar de la conducta y el requerimiento de elementos en los que dificultan el trabajo del titular de la acción penal pública al disponer que se cuente con informes que debe ser realizado por otra institución.

También lo mencionado en los primeros capítulos será evidenciado con un caso en concreto, para determinar cómo este nuevo tipo penal afecta a los principios procesales y garantías constitucionales, además con el estudio de caso tendremos la oportunidad de analizar varios temas que han sido parte de la enseñanza en la presente maestría, básicamente en lo referente a la expansión del derecho penal, se puede identificar lo que tiene relación con autoría y participación porque se procesa al intraneus y al extraneus y determinar la necesidad de la existencia o no del delito de sobreprecio en contratación pública.

II. DESARROLLO

1. Importancia de la Técnica Legislativa

1.1. *Concepto y características de la técnica legislativa*

Según Castells (1997), podríamos definir la Técnica Legislativa como el arte y la destreza necesarias para llegar a una correcta y eficaz elaboración de la ley. Por lo tanto, la Técnica Legislativa se conforma por los procedimientos, formulaciones, reglas, estilos ordenados y sistematizados, que tratan a la ley durante su proceso.

La técnica legislativa son los diversos pasos que hay que ir cumpliendo en el camino de definir el proyecto de ley hasta convertirlo en una ley, recopilando los insumos e ideas que conforme el tratamiento analítico que permite determinar el verdadero espíritu de la norma propuesta, para este proceso se necesita también retroalimentarse de otras ciencias vinculadas tales como la Lógica General y Normativa, la Teoría de las Organizaciones, de los Sistemas y Ciencias de la Comunicación, Derecho Parlamentario.

1.2. *División de la técnica legislativa*

- **La Técnica Legislativa Interna:** Está conformada por todos los instrumentos que son utilizados para la elaboración de la ley, su integración formal, la estructura interna y el desarrollo es decir la redacción de la norma.
- **La Técnica Legislativa Externa:** Es el proceso mediante el cual se estructura o legitima la ley, es decir la organización de la función legislativa, y los procedimientos legislativos desde el proyecto de ley, los debates hasta la sanción; proceso en el cual interviene la preparación técnica, el rol del asesoramiento legislativo y la capacitación que el legislativo realice sobre el tema a proponerse y aprobarse como una nueva ley.

1.3. Metodología de la técnica legislativa

El campo del Derecho por la amplitud de materias es una de las ciencias que más investigación conlleva por estar directamente relacionado con el ser humano y su desarrollo dentro de la sociedad, siendo que el ser humano está en constante cambio; por lo que la metodología de la investigación es una herramienta de gran importancia dentro de las ciencias vinculadas con el ser humano.

La técnica legislativa tiene inmersos ciertos instrumentos y métodos que buscan reafirmar todos los principios jurídicos, la metodología que investiga es el principio para encaminar a la verdadera esencia y como consecuencia, obtener los principios del derecho.

Ciencias que buscan encaminarse dentro del camino de la lógica jurídica que a su vez trasciende a la metodología que permite que la técnica legislativa conlleve un verdadero análisis con métodos y técnicas y a través del análisis ir solucionando los problemas planteados.

De acuerdo con Gutiérrez, la técnica legislativa utiliza diferentes métodos como son:

La investigación de campo y bibliográfica que abarca la información necesaria respecto a los textos afines de la materia tanto en el ámbito nacional como extranjero.

Método conceptual tiene como objetivo el clasificar los conceptos para arribar a definiciones precisas.

Método sistemático ayuda a ordenar los conocimientos ya sea bajo fichas particulares al momento de leer y analizar la información.

Método Inductivo para analizar las situaciones que se presenten en el desarrollo del tema y arribar a conclusiones generales y específicas.

Método de concordancias que se utiliza para estudiar supuestos diferentes y determinar sus coincidencias e interrelaciones.

Método de diferencias para comparar los hechos jurídicos y especificar sus características.

Método de variaciones concomitantes nos ayuda a determinar los cambios del suceso a examinar.

Método comparativo se dispone para analizar los fenómenos jurídicos en las distintas épocas de la actividad legislativa de nuestro país y en relación con otras naciones.

Método dialectico se utiliza la para la confrontación de ideas.

Método fenomenológico nos allega conocimientos al describir las situaciones tal como han sucedido sin darles tintes subjetivos y sin prejuizar.

Método sintético se emplea para obtener la información requerida de manera concisa y reúne las partes de un todo de forma ordenada y sistematizada.

Método analítico se examinan textos jurídicos de acuerdo a la hipótesis lógico-lingüístico se dilucidan los elementos y principios lógicos de lo que se investiga para plasmarlos con orden y claridad. (p. 25)

Concluyendo que la técnica legislativa encierra un sin número de factores que permiten que la misma tenga un amplio espectro de aplicación, constituyéndose en el material válido que determinará los factores que influyan dentro de la normativa a crearse, porque de esta manera el legislador y su equipo de apoyo determinaran si el proyecto de ley no afecta a las derechos y garantía constitucionales y de derechos humanos así como el impacto en la sociedad, las posibles duplicidades o contradicciones del proyecto de ley.

1.4. Técnica legislativa en Ecuador

La Asamblea Nacional dentro de su estructura orgánica tiene una Unidad de Técnica Legislativa la misma que tiene como misión el “Intervenir y acompañar en el proceso de creación de la norma”, señalando que tiene como propósito el “*Brindar un acompañamiento de calidad en el proceso de creación de las leyes y actos legislativos y 2.- Determinar parámetros que sirvan de referente en la creación jurídica y lingüística de las normas legales*” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021, p. 1).

Las funciones, atribuciones y objetivos de la Unidad de Técnica Legislativa devienen de lo señalado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL, 2009) la cual señala en su artículo 30 que es un órgano cuyas principales funciones tiene como objeto asesorar en el área legislativa y parlamentaria y brindar acompañamiento en el proceso de creación de las normas, cuando así lo requieran el Consejo de Administración Legislativa, las comisiones especializadas y el Pleno de la Asamblea Nacional.

Su campo de acción está enfocado a elaborar informes técnico-jurídicos, entre otros sobre los siguientes temas:

1. En relación con los proyectos de ley presentados, el informe se referirá al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 136 de la Constitución en concordancia con los artículos 135 y 301; y, 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y analizará:

- a) Si cumplen o no con los requisitos y criterios señalados en el artículo 56 de esta Ley y si existen alertas sobre posible afectación a los derechos y garantías constitucionales;

- b) Concordancia de los proyectos de Ley con la Constitución de la República, normas interpretativas y de legislación internacional vinculante, observaciones de los mecanismos del Sistema Universal de los Derechos Humanos y sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- c) Normas legales vigentes que serían incompatibles, que se verían afectadas o deberían derogarse o reformarse con la aprobación de la norma propuesta;
- d) Carácter orgánico u ordinario del proyecto de Ley;
- e) Lenguaje utilizado en la norma y revisión de lenguaje no discriminatorio.

Los informes técnico-jurídicos elaborados por la Unidad de Técnica Legislativa no serán vinculantes y se basarán en criterios de neutralidad política, viabilidad, pertinencia y factibilidad económica y jurídica de la iniciativa propuesta, cuando corresponda. (p. 19)

Serán remitidos en el plazo máximo de cinco días desde la fecha de solicitud de su elaboración, excepto en el caso de solicitudes de juicio político que se realizará de conformidad con el procedimiento específico determinado en esta Ley. Esta Unidad estará integrada por profesionales con cuarto nivel en los ámbitos económico, jurídico, politológico y similares, de conformidad con los perfiles definidos en el reglamento respectivo.

Bajo este contexto jurídico es la Unidad de Técnica Legislativa el órgano asesor que brindará su argumento tanto técnico como jurídico para las diferentes propuesta de leyes o reformas a las mismas, es así que el análisis planteado en referencia a la reforma al Código Orgánico Integral Penal en especial al que motivo este trabajo que es delito del

sobreprecio en contratación pública, determinándose en los debates previos a la aprobación del texto con la que se reformó el COIP se consideró únicamente de forma general o textual a la palabra sobreprecio sin realizar el análisis sobre el contexto jurídico de la nueva tipificación y la contradicción de conceptos entre el delito ya existente como es el peculado y el proceso planteado para la obtención de pruebas en la tipificación del sobreprecio, no deja claro las atribuciones del órgano de control y de la Fiscalía General del Estado.

La problemática del sobreprecio fue analizada dentro de los debates legislativos únicamente considerando el impacto en la sociedad, por ser los escándalos mediáticos los que generaron la idea que dentro de la norma conste escrito el sobreprecio, a fin de que a través de este medio se denote empatía en la población, que se siente burlada al ver que sus impuestos se están gastando en contratos en los que se benefician a través de actos de corrupción, a proveedores que ofrecen bienes o servicios con precios exorbitantes y muy alejados de los precios reales del mercado.

El autor Meehan (1976), establece que el acto legislativo, debe tener las siguientes características:

- a) Integralidad: debe ser un acto legislativo completo, que contenga todas las normas pertinentes; que no presente lagunas técnicas que requieran de otros actos legislativos.
- b) Irreducibilidad: no debe expresar más de lo necesario; no debe contener reiteraciones ni excesos legislativos.
- c) Coherencia: no debe presentar contradicciones o inarmonías, o soluciones diferentes para iguales supuestos.

d) Correspondencia: el acto legislativo debe insertarse correctamente en el ordenamiento jurídico, indicando con precisión las derogaciones y modificaciones de otras normas.

e) Realismo: el acto legislativo debe ser producto de un análisis integral de la realidad social y predecir que producirá los efectos que se persiguen a través de él. (Meehan, 1976, pp. 75-82)

Por lo que la Unidad de Técnica Legislativa, al momento de tipificar el delito de sobreprecio en contratación pública, no considero las características señaladas en referencia al literal a) puedo decir que la tipificación del sobreprecio presenta lagunas técnicas, en la forma que se encuentra tipificado por no poseer claridad en cuanto a la forma de aplicación ya que en concordancia con el literal b) referente a la irreductibilidad contiene en su concepto el mismo espíritu que el delito de peculado, que a su vez no guarda coherencia ya que se establecen procesos diferentes y penas diferentes para el delito de peculado y el sobreprecio, cuando de los dos artículos conllevan el desvío de los fondos públicos.

Se considera que existe laguna técnica en una norma cuando no puede producir efectos jurídicos y que no puede ser obedecida o aplicada. (Guastini, 2016).

En cuanto al realismo se puede indicar que la tipificación del sobreprecio en el Código Orgánico Integral Penal no fue producto del análisis integral de la problemática y del espectro de la corrupción en el sistema de contratación pública no se buscó aplicar soluciones que no den paso a procesos irregulares y con eso cuidar el presupuesto estatal, sino más bien se buscó generar un delito de léxico más común a fin de que la población

en general se sienta representada al castigar este tipo de procesos, una vez cometidos y no prevenir y cuidar los fondos públicos.

1.5. Falta de técnica legislativa

La Constitución del Ecuador (2008) ha determinado las funciones del Estado, estableciendo para cada una su campo de acción, sus competencias y funciones, es así que ha determinado en el artículo 118 que la Función Legislativa será ejercida por la Asamblea Nacional que a su vez estará integrada por asambleístas quienes serán elegidos para períodos de cuatro años.

Estableciendo en el artículo 120 del mismo cuerpo legal que es una de las facultades de la Asamblea Nacional el “expedir, codificar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Siendo importante considerar que esta atribución es la más importante dentro del quehacer legislativo, ya que es la generadora de las leyes que rigen el país y todos los sistemas en especial el de la justicia.

El proceso de legislar conlleva varios pasos, en los que, si bien participan también el poder Ejecutivo, es el legislativo quien tiene la obligación de revisar, analizar, profundizar con todos los actores el alcance o impacto de los proyectos de leyes que se presenten y que determinen la actuación en los diferentes ámbitos. Dentro del análisis de los proyectos de leyes, es un elemento importantísimo el conocimiento y aplicación por parte de los equipos asesores y los asambleístas de la técnica legislativa.

1.6. Debates en la asamblea nacional previos a la aprobación del delito de sobreprecio

Conforme lo determina la Constitución de la República el debate de las reformas del Código Orgánico Integral Penal se desarrollaron de la siguiente manera:

1.6.1. Primer Debate

Primer Debate, se realizó el 28 de noviembre de 2020, en la sesión Nro. 688 del Pleno de la Asamblea Nacional, denominándose al Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, proyecto en el cual además del delito de sobreprecio, se tipificó también la elusión de procedimientos de contratación pública y los actos de corrupción en el sector privado.

En referencia al Sobreprecio en contratación pública, dentro del debate legislativo se señaló lo siguiente:

“La figura de sobreprecios en contratación pública se orienta a sancionar a los servidores públicos y proveedores que en los procesos de contratación pública realicen adquisiciones con evidente y comprobado sobreprecio, con pena privativa de libertad de 5 a 7 años. A los sentenciados por este delito se les aplicará la misma inhabilitación que en el peculado para ejercer cargo público de por vida, ni cargo en entidades financieras o de la economía popular y solidaria.

El legislador ponente señor José Serrano, presidente de la Comisión de Justicia y ponente del documento, *“indicó que nuestra legislación penal no contiene normas respecto a delitos que se cometen en la contratación pública, aprovechándose de la declaratoria de emergencia o estados de excepción, al enfatizar que este proyecto es requerido por el país de manera urgente.*

Se trata, continuó, de una herramienta vital para combatir los actos de corrupción, al insistir que se tipifica como delitos la elusión de procedimientos de contratación pública, sobreprecios en contratación pública y actos de corrupción en el sector privado.

Como observaciones y aportes se estableció que: “En la fase de debate, en el que intervinieron 14 parlamentarios, las opiniones se centraron en la necesidad de que la lucha contra la corrupción sea implacable, que los corruptos vayan a la cárcel y que el Estado recupere el dinero robado.

Es clave poner en marcha un sistema de prevención en lo público y privado e impulsar la cultura de honestidad; definir un control concurrente de todos y cada uno de los procesos de contratación y suspender, de ser el caso, cuando se verifique alguna incorrección; desarrollar la inteligencia comercial y formular la Ley de Delación para proteger y amparar a los informantes, cuyos datos se pueden convertir en alertas tempranas para un seguimiento oportuno del tema, precisaron.

Insistieron que el combate a la corrupción es de todos, con transparencia, justicia y sin persecución, garantizando la presunción de inocencia. También, se propuso que la norma penal se actualice de forma permanente; revisar el catálogo de infracciones y clarificar los alcances de la figura del beneficio inmaterial; que el peculado agravado se amplíe a circunstancias regulares, no solo a los actos irregulares que se cometen en emergencia.”

1.6.2. Segundo Debate

Dentro del proceso se realizó el segundo debate se dio “El 11 de febrero de 2021 en la sesión 694 el Pleno de la Asamblea Nacional, resolvió la objeción parcial del Ejecutivo al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, allanándose en 11 y ratificándose en nueve, de un total de 20 observaciones.

En efecto, el Parlamento se pronunció por ratificarse en los artículos 14, 18, 20, 22, disposición transitoria única, disposición reformativa segunda, disposición reformativa quinta, disposición reformativa sexta, disposición reformativa décima; y allanarse en los artículos 1, 2, 3, 9, 11, 12, 16, 17, disposición reformativa tercera, disposición reformativa décima primera, disposición final única.

Dentro del análisis se recibió propuesta de legisladores entre los que se destacan al del Legislador Henry Moreno quien argumentó el contenido de su proyecto para sancionar con cárcel los sobrepuestos en contratación pública en estados de emergencia.

Expuso que los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, en alguna de las instituciones del Estado determinadas en la Constitución, que en los procesos de contratación pública realicen adquisiciones con evidente y comprobado sobrepuesto, al precio ordinario determinado por la autoridad competente, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Precisó que, si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida en el marco de un estado de emergencia serán sancionadas con pena privativa de libertad de siete a diez años.”

Del análisis realizado en torno a los informes y debates presentados por la función legislativa en el Ecuador se evidencia que los mismos únicamente hacen referencia a la pretensión de erradicar la corrupción al castigar el delito de sobrepuesto, sin analizar de modo real la tipificación propuesta y el impacto del mismo en la sociedad ecuatoriana, así mismo no se ha considerado que dentro del COIP ya se encuentra establecido el peculado en donde se castiga la desviación de fondos públicos; en la búsqueda de combatir la corrupción no se consideró la aplicación de la norma dentro del campo

judicial, que es donde se efectiviza el proceso y donde se puede determinar estas contradicciones normativas, que causan que los casos sean complejos permitiendo argucias jurídicas a la defensa de aquellas personas inmersas en estos delitos.

Ante la creación de este nuevo tipo penal de Sobreprecio en contratación pública, no se hizo un verdadero análisis de como determinar estos hechos y se le desplaza la responsabilidad a un órgano de control que es la Contraloría General del Estado para que emita un informe **determinando** el sobreprecio, situación que inclusive no delimita las funciones de cada institución como la Fiscalía y la Contraloría.

Adicionalmente tampoco se hizo un estudio de las reformas paralelas que hacían falta al tipificar esta nueva conducta como por ejemplo al disponer que se debe contar con un informe de la Contraloría General del Estado, estableciéndole como plazo el tiempo de 15 días para la emisión de este informe, situación que resulta contradictoria por el tiempo que se tiene establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para emitir sus informes y quedando la inquietud si este plazo será suficiente para que garantizando un derecho a la defensa en sede administrativa cuente con información certera, fiable y fidedigna.

Muñoz Conde también ha referido que el ámbito legislativo debe procurar la simplificación de los tipos penales y describir de la forma más clara los comportamientos penalmente relevantes, porque si no siempre se deja alguna laguna de punibilidad. (Muñoz, 2015).

2. El sobreprecio

2.1. Conceptos y generalidades de este tipo penal

Dentro de los diversos conceptos que definen al sobreprecio señalo los siguientes: En primer lugar, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Real Academia Española, 2014) se entiende como el recargo en el precio ordinario.

Asimismo, el Servicio Nacional de Contratación Pública (2022) señala que, jurídicamente, se entiende al sobreprecio como el recargo sobre el precio habitual, generalmente por razones de preferencia adquisitiva. Asimismo, en marketing, el sobreprecio se entiende como un costo que es inesperado y que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación de este costo real mediante el proceso de calcular el presupuesto.

Para el análisis de este trabajo se entiende al sobreprecio como aquel valor que se aumenta por parte del proveedor para generar un margen de ganancia excesivo y no se encuentra ajustado al precio ordinario, el mismo que se encuentra regulado por el mercado (oferta-demanda) del bien o servicio. Desde la descripción del tipo penal como refiere el COIP (2023) se entiende que para que existan sobreprecio se debe comparar el valor en el que se adquirió el bien, servicio o se contrató la obra por parte de las entidades estatales con el precio ordinario establecido en el mercado.

2.2. Introducción del tipo penal al Código Integral Penal.

El 16 de agosto del 2021 entra en vigencia el tipo penal de sobreprecios en contratación pública, mediante reforma al Código Orgánico Integral Penal (2023) en materia de Anticorrupción, tipificándose en el Art. 294.1 que establece:

Las o los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El informe de la Contraloría General del Estado que determina la existencia del sobreprecio en contratación pública deberá ser otorgado por dicha entidad, en el plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de la solicitud efectuada por la o el fiscal.

Si la conducta prevista en el primer párrafo ha sido cometida aprovechándose de una declaratoria de emergencia o Estado de excepción, serán sancionadas con el máximo de la pena prevista.

Si bien es cierto se incorpora en el catálogo de delitos de nuestro ordenamiento jurídico, es importante resaltar que no es una innovación el tipificar esta conducta ya que esta conducta esta descrita en el Art. 278 del COIP (2023) que es el peculado, la implementación de este tipo penal fue motivado por la emergencia sanitaria por COVID19 y como efecto del momento político que sufrió el Ecuador, ante el requerimiento de diversos productos para paliar la emergencia sanitaria, las autoridades de turno buscaron la forma de beneficiarse ante la imperiosa necesidad de la población.

Situación que se puede entender como populismo penal lo que dio paso a que se instaure esta conducta, como referencia de estos procesos que causaron conmoción social durante la emergencia sanitaria se conocieron los casos de compra de mascarillas y fundas de cadáveres que se adquirieron con valores excesivos al valor del mercado ordinario; datos que fueron expuestos por los medios de comunicación como compras realizadas con escandaloso sobreprecio.

Todo lo cual sirvió como discurso de las autoridades de turno que buscaban dar un mensaje a la ciudadanía el que ya no se permitiría el abuso de los fondos públicos realizando adquisiciones de bienes o servicios fuera del precio justo, buscando ganar popularidad política mediante este mensaje que desde la implementación de esta norma

habrá una sanción a las personas que permitan que de esta manera se despilfarre los recursos del erario público, lo que dio paso a que se conciba este nuevo tipo penal sin el análisis legal y el alcance de la disposición emitida en la reforma al COIP sin considerar las contradicciones y vacíos jurídicos que se han evidenciado desde su vigencia.

Determinándose que el nuevo delito no constituye una forma real de luchar contra la corrupción, ni de garantizar el buen uso de los recursos del estado, sino que únicamente se constituyó como un elemento demagógico para mitigar la grave crisis económica y política que se presentó en la emergencia sanitaria y a su vez calmar los ánimos del pueblo que veía asombrado como se enriquecían las autoridades de turno, funcionarios y ciertos empresarios, mientras la que a la población no se le garantizaba ni el derecho a la vida, ni a la salud.

Se ha podido revisar en legislaciones cercanas como la peruana, brasilera e incluso española sin poder verificar la existencia de este tipo penal, en el vecino país de Colombia se sanciona esta conducta como un tema contractual disponiendo el no pago del valor del sobreprecio o se solicita la devolución de lo pagado en exceso; en cuanto a la responsabilidad penal por sobreprecio, no se encuentra tipificado este delito y más bien esos hechos se encuadran en el delito de peculado.

Con la tipificación de este delito se ha dado paso a lo que en la doctrina se conoce como expansión innecesaria de tipos penales, amparados en esta reforma en materia anticorrupción para que los gobernantes mejoren su imagen ante la ciudadanía y potenciales electores futuros; pero en la práctica únicamente se han creado factores negativos para los operadores de justicia tales como confusión en cuanto a su aplicación y procedimiento; contradicción en cuanto a los tipos penales lo que deviene en impunidad, prescripción de las acciones, penas reducidas e incluso suspensión de la etapa de juicio cuando los procesados están prófugos.

2.3. *Semejanzas y diferencias entre el delito de peculado y el delito de sobreprecio*

2.3.1. Semejanzas

Se ha referido que hay una tipificación innecesaria, porque ya existe en el COIP una sanción cuando existe un sobreprecio en la adquisición de un bien o servicio, sin embargo, se puede verificar que existen varios elementos constitutivos del tipo penal con semejanzas muy claras, en lo que tiene que ver en la tipicidad el sujeto activo se trata de un funcionario público o el proveedor del Estado. En ambos tipos penales el sujeto pasivo siempre va hacer el Estado ecuatoriano, porque son de los fondos públicos estatales de donde proviene el dinero para una distracción o abuso.

En cuanto a la conducta o verbo rector, en el delito de peculado taxativamente se establece el abuso, la apropiación, la distracción o la disposición arbitraria, mientras que en el delito de sobreprecio si bien no se expresa textualmente, si hace referencia que debe realizar con arbitrariedad procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio; pero si se cumple este evidente sobreprecio en un proceso de contratación pública es una de las formas de abusar de los dineros del erario público, así se distrae y dispone de ese dinero.

Ya que, si el funcionario público que actúa embestido de una potestad estatal y bajo su atribución y competencia realiza el proceso precontractual realizando actividades como revisar los pliegos, los términos de referencia, las ofertas, siendo este el momento procedimental en donde se debe cumplir con el mandato legal y constitucional de eficacia, eficiencia y probidad para realizar una correcta verificación documental y determinar la oferta que este más acorde al valor del mercado para de esta manera velar por los intereses institucionales y estatales, sin embargo si en alguna de las etapas de contratación pública se falta a este deber en ambos tipos penales se va a permitir el abuso de los fondos públicos.

Ambos tipos penales son delitos de acción que es necesario realizar lo determinado en el tipo penal, es decir son delitos penales dolosos en la que las personas que ejecutan esta acción tienen conocimiento de la antijuricidad y voluntariamente se lo ha realizado con el fin de favorecer a un proveedor que ha presentado una oferta con un valor superior a la media en el mercado.

En lo que tiene relación al bien jurídico protegido ambos tipos penales protegen la eficiente administración pública, es decir que las actuaciones de las personas encargadas de realizar un proceso de contratación con los proveedores deben estar enmarcados en los principios de eficacia, eficiencia, calidad y probidad. En los dos tipos penales se debe aplicar el máximo de la pena privativa de libertad si esta se comete aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

2.3.2. Diferencias

Se puede establecer que en el delito de peculado a más del sujeto activo que establece el mismo tipo penal, también se puede sancionar a lo que en doctrina se conoce como el extraneus esto amparado en lo que refiere nuestra Constitución de la República en el artículo 233; mientras que en el sobreprecio no se puede ir más allá del funcionario público o del proveedor del Estado.

Otra de las diferencias es que en el delito de peculado la etapa de juicio puede llevarse adelante en presencia o ausencia del procesado; mientras que en el delito de sobreprecio si hay ausencia del procesado se suspende el proceso hasta que pueda comparecer al juicio. Esto tiene una repercusión importante porque en el delito de peculado se puede seguir avanzando para poder llegar a ejecutar la sentencia cuando esta ya este ejecutoriada, mientras que en el delito de sobreprecio queda suspenso el procesamiento, siendo la víctima la verdadera perjudicada por no poder acceder a una reparación integral sin dilaciones, el conocer la verdad de los hechos a una reparación del derecho violentado.

En el delito de peculado la pena establecida en el inciso primero del artículo 278 del COIP es de diez a trece años de privación de libertad; mientras que en el sobreprecio la pena es de cinco a siete años de privación de libertad. Esta diferenciación en la pena hace posible que en el delito de peculado el sentenciado tiene que cumplir la pena impuesta, mientras que en el sobreprecio el procesado pueda beneficiarse de un procedimiento abreviado cumpliendo con menos pena a pesar de haber cometido una conducta similar.

El delito de peculado es imprescriptible tanto en la acción como en la pena, mientras que en el delito de sobreprecio puede prescribir la acción o la pena y esto generaría un síntoma de impunidad. Asimismo, en el delito de peculado, el informe de Contraloría General del Estado se constituye en un elemento de convicción más para la investigación, mientras que en el de sobreprecio es indispensable la existencia del informe de Contraloría General del Estado determinando la existencia del sobreprecio e inclusive si alguna investigación iniciaría por una denuncia el Agente Fiscal debe por mandato legal solicitar a la Contraloría General del Estado que en el plazo de 15 días remita el informe determinando la existencia de sobreprecio en contratación pública .

2.4. El delito de sobreprecio al ser autónomo, que efectos produce en los procesos judiciales y las garantías procesales.

Como se mencionó anteriormente lo que se ha hecho al tipificar el delito de sobreprecio en contratación pública es extraer una parte del delito de peculado y de esta manera tipificar una conducta similar, pero con algo de subjetividad porque no se puede establecer de forma clara cuando existiría un verdadero sobreprecio, pues para poder determinar con claridad meridiana es importante verificar la fluctuación de la oferta y la demanda tomando en consideración modo, tiempo, lugar y eventos a la fecha de contratación, circunstancias que el tipo penal del Art. 294.1 no las ha establecido sino que

refiere la existencia de sobreprecio comparando el valor que ha desembolsado el estado por el bien o servicio comparado con el precio ordinario del mercado.

Al haberlo tipificado de una forma independiente también sufre varias consecuencias como, por ejemplo, que no se tiene concordancia con lo que establece la Constitución del Ecuador (2008) en el artículo 233 sobre varios aspectos y el primero que se evidencia es que en este tipo penal puede operar la prescripción tanto de la acción como de la pena, cuando la norma constitucional referida establece que el delito de peculado entre otros son imprescriptibles.

En este sentido, el artículo 233 *Ibídem* dispone la posibilidad de que el delito de peculado pueda iniciar y continuar en ausencia del procesado; situación totalmente diferente con el delito de sobreprecio en contratación pública, pues es impide el avance de la etapa de juzgamiento cuando la persona procesada se encuentra ausente, consecuentemente tiene que suspenderse y esperar a la presentación voluntaria o la captura del procesado para avanzar con esta etapa del proceso.

Dentro de la misma norma constitucional se establece que la persona que haya recibido sentencia condenatoria ejecutoriada entre otros delitos por el de peculado, se encuentran impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán los derechos de participación; mientras tanto que el delito de sobreprecio en contratación pública al ser autónomo una vez cumplida la pena no tiene limitación alguna en derechos de participación o poder ocupar un cargo público, lo único que coincide en los dos tipos penales es que queda inhabilitado para contratar con el Estado en un lapso entre diez a veinticinco años de acuerdo a lo que dispongan los jueces el momento de la sentencia.

Otro de los efectos que puede darse en la práctica, dentro de procesos que se han iniciado con la judicialización por el delito de peculado y en los que se cuente con elementos de convicción que conlleven a establecer la existencia del delito de sobreprecio es que obligatoriamente se debe aplicar el principio de favorabilidad, esto significa que si se dicta sentencia condenatoria en un proceso por peculado estableciéndose que para abusar de los fondos públicos existió un sobreprecio, se debe imponer la sanción más favorable al reo es decir ya no la pena de diez a trece años que establece el delito de peculado, sino la pena privativa de libertad de cinco a siete años, ya que así, lo determina tanto la norma constitucional como el Código Orgánico Integral Penal, principio de favorabilidad que de oficio pueden aplicar los jueces.

Además, por ser un delito relativamente nuevo dentro de nuestra legislación, no se ha podido determinar dentro de este trabajo, las consecuencias de no contar como parte de los elementos de convicción con el informe de la Contraloría General del Estado que es un requisito indispensable en el delito de sobreprecio en contratación pública, en virtud de la redacción del tipo penal evidenciándose un vacío legal que podría devenir en que se dicte un sobreseimiento o se ratifique el estado de inocencia del procesado.

Del mismo modo, siendo figuras similares el peculado y el sobreprecio en contratación pública, ya que para el delito de peculado no es un requisito indispensable el contar con dicho informe y más bien únicamente constituía en un elemento de convicción dentro del proceso, mientras que para el delito de sobreprecio en contratación pública el informe de contraloría es un elemento indispensable.

Se ha referido que la autonomía de este tipo penal inclusive podría generar impunidad porque las alegaciones de los profesionales del derecho hacen alusión a que si los hechos fueron cometidos antes de la vigencia de esta tipificación, dicha conducta no tenía sanción de carácter penal y que a partir del 16 de agosto del 2021 el hecho de haber abusado de

los fondos públicos al realizar contrataciones con un evidente sobreprecio se determina una sanción penal, señalando el principio jurídico que la Ley rige para lo venidero; es decir que puede referirse que si antes no estaba tipificado el sobreprecio es una conducta atípica que no puede ser sancionada penalmente y que solo a partir de la reforma es criminalizado el hecho de contratar con sobreprecio.

Otro camino que puede llevar a la impunidad se da por el paso del tiempo ya que desde que se establezca que es un delito de sobreprecio y tomando en consideración la fecha del cometimiento del hecho existe la posibilidad de solicitar la prescripción de la acción, situación que si siguieran los hechos en el delito de peculado jamás podría operar dicha institución jurídica de la prescripción.

2.5. Importancia de la Sentencia Nro. 5-13-IN/19 de fecha 2 de julio del 2019, de la Corte Constitucional del Ecuador.

En la sentencia de la Corte Constitucional No. 5-13-IN/19 (2019), se declara la Inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero del 2010 de la Corte Nacional de Justicia y del Art. 581 (3) del Código Orgánico Integral Penal, que decía:

Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios- de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos. (p. 2)

Para esto se analizado las competencias que tiene tanto la Contraloría General del Estado amparada en el artículo 212 de la Constitución (2008), así como las competencias de la Fiscalía General del Estado determinadas en el artículo 195 ibídem, evidenciándose que el disponer como requisito de procedibilidad el informe de Contraloría General del Estado contrariaba los artículos 178, 194, 195 y 212 (2) de la misma Constitución.

Sin embargo de la sentencia ya descrita cuando se incorpora el tipo penal de sobreprecio en contratación pública se establece de forma mandatorio que el evidente y comprobado sobreprecio sea determinado por la Contraloría General del Estado, así mismo en el segundo inciso de este tipo penal de forma reiterativa se establece que en el informe emitido por la Contraloría General del Estado determinará la existencia del sobreprecio en contratación pública, por lo que esta norma al igual que la Resolución de 24 de febrero del 2010 de la Corte Nacional de Justicia y el artículo 581 (3) del Código Integral Penal, atentaría contra las funciones de cada institución como son Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado.

Para adecuar una conducta al delito de sobreprecio quien determina este delito es la Contraloría General del Estado tal como redacta el tipo penal, y esto atenta contra las funciones de la Fiscalía General del estado, porque esta es la institución constitucionalmente encargada de la investigación preprocesal y procesal penal para determinar la existencia de un delito, así como la responsabilidad de las personas.

Si bien es cierto no se ha determinado que el informe con indicios de responsabilidad penal para el delito de sobreprecio se constituya en un requisito de procedibilidad, y así refiere el Art. 581.1 en su último inciso, pero ya en la práctica va a ser imposible el procesar a una persona sino se cuenta con el Informe de Indicios responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, porque la construcción del tipo penal así lo prevé.

Es aquí donde vemos una vez más como el populismo penal busca insertar tipos penales sin ni siquiera considerar que sobre casos similares el máximo organismo de justicia constitucional ha emitido su pronunciamiento, señalado que no es un requisito indispensable para la judicialización del delito de peculado, pero en el delito de sobreprecio obligatoriamente se va a tener que contar con este informe para poder realizar

la investigación y judicialización, verificando un retroceso en un estado de constitucional de Derechos y justicia.

El tipo penal de delito de sobreprecio en contratación pública establece que en el plazo de quince días la Contraloría General del Estado a pedido del Agente Fiscal emitirá el informe que determine la existencia del sobreprecio en los procesos de contratación denunciados, sin embargo al ser el tema central de este trabajo la ineficacia del tipo penal de sobreprecio en los procesos de contratación, es importante analizar si el plazo que determina el COIP es suficiente para la emisión de un informe determinante que sirva de base para la imputación penal.

Hay que tomar en consideración que para emitir su informe la Contraloría General del Estado debe solicitar información tanto a las partes involucradas como a diferentes instituciones, contrastar la información recibida por las partes, así mismo garantizando los principios constitucionales este proceso administrativo debe ser notificado con el inicio, el alcance y conceder los plazos necesarios para que las instituciones y servidores examinados entreguen la información, y que a su vez accedan a los medios adecuados para preparar la defensa de acuerdo a lo que establece el Art 76 numeral 7 literal b de la Carta Magna.

Igualmente tratando de vigilar el debido proceso, cuál sería el resultado si el Informe que determine el sobreprecio por parte de la Contraloría General del Estado fuese emitido en un plazo mayor a los quince días; incurriría en alguna causal que conlleve a alguna sanción administrativa por no cumplir con el proceso dentro del plazo establecido, ya que dentro del texto del artículo del COIP (2023) no establece ninguna sanción para el funcionario que no hubiere presentado dentro del plazo el informe dispuesto; se podría determinar que el documento se encuentra inmerso en una causal de caducidad al haber superado el plazo señalado en la norma; generando incoherencias en la acción penal por

no cumplir con las condiciones señaladas en el artículo 294.1 del COIP, pudiendo convertirse en otra forma de generar impunidad para este delito.

Tal como está construido el tipo penal, deviene en una duda razonable sobre qué organismo va a determinar la existencia del delito de sobreprecio en contratación pública, ya que el tipo penal establece que será la Contraloría General del Estado la que determine la existencia de sobreprecio en los procesos de contratación pública, vulnerando las funciones otorgadas por el artículo 195 de la Constitución de la República a la Fiscalía General del Estado y a su vez violentando la sentencia de la Corte Constitucional, órgano que bajo sus competencias realizó el análisis sobre un caso análogo en cuanto al delito de peculado y enriquecimiento ilícito.

2.6 Otras reformas relacionadas con el delito de sobreprecio en contratación pública.

En las mismas reformas del 16 de agosto del 2021 en materia de anticorrupción se introdujeron otras reformas relacionadas con el tipo penal de sobreprecio en contratación pública y es importante analizarlas para evidenciar como el tipo penal deja varios vacíos y contradicciones que dificultan su aplicación, así tenemos:

Artículo 581.1. Informe de la Contraloría General del Estado. Una vez que la Fiscalía conozca un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, por presuntos hechos constitutivos de los delitos contra la administración pública, dará inicio a las investigaciones.

La máxima autoridad de la Fiscalía conocerá, actuará y deberá estar presente durante toda la investigación de los hechos que puedan constituir los delitos señalados en el inciso anterior.

En estos casos, el informe de pertinencia y favorabilidad elaborado por la Contraloría General del Estado, previo a todos los procesos de contratación pública, constituirá un elemento sustancial para el desarrollo de la investigación a que hubiere lugar. Informe que podrá ser ampliado por esta institución, a fin de aportar como mínimo con elementos de convicción suficientes para que proceda la determinación de responsabilidades penales y posterior ejercicio de la acción penal, de ser el caso, que sirvan para nutrir e impulsar el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que la Fiscalía la inicie en el momento que considere pertinente acorde a sus atribuciones, de conformidad con la Ley de la materia.

En ningún caso estos informes constituyen un requisito de admisibilidad o procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía.

En el primer y segundo inciso del artículo señalado en líneas anteriores, hace referencia a que cuando llegue a conocimiento de Fiscalía un informe con indicios de responsabilidad penal por un delito contra la Administración Pública, debe ser la máxima autoridad de la Fiscalía quien conozca, actúe y esté presente durante toda la investigación, siendo el delito de sobreprecio en contratación pública atentatorio a la administración pública; al disponer que sea la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado la que conozca y actúe dentro de este tipo de procesos.

Esta disposición permite a los abogados defensores de este tipo de causas que invoquen y soliciten nulidades procesales aduciendo el incumplimiento de la norma; cuando el Código Orgánico de la Función Judicial establece que la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado actúa solo en los casos de personas que gozan de fuero de Corte Nacional.

Mientras en el tercer inciso del mismo artículo hace referencia a que previo a todo proceso de contratación pública se debe contar con el informe de pertinencia y favorabilidad emitido por la Contraloría General del Estado. Además, estos informes serán un elemento sustancial para el desarrollo de la investigación y servirán para nutrir e impulsar el ejercicio de la acción penal.

Aquí se evidencia un desorden y un desconocimiento total de las normas que rigen el proceso de contratación pública esto es la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública y su Reglamento, pues en dicha normativa establece de forma clara que el proceso de contratación pública se constituye de fases como son la preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución, por lo que este informe de pertinencia y favorabilidad se emitirá antes de la fase contractual, pues solo cuando ya se cuente con el referido informe se puede proceder a la suscripción del contrato.

Es contradictorio porque el informe de pertinencia y favorabilidad es un requisito previo en la parte precontractual del proceso de contratación pública y aún no se ha generado ninguna relación contractual con el proveedor que refiera deberes y obligaciones de las partes, es más en las reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en el artículo 22.1 se hace constar el procedimiento para la obtención del informe de pertinencia y favorabilidad, estableciendo en el numeral 4 y 5 que si se determina la pertinencia y favorabilidad se continuará con el resto del procedimiento; y, de existir algún tipo de irregularidad en la contratación que se pretende efectuar se suspenderá temporalmente hasta que la entidad contratante lo subsane o aclare.

Que acción relevante para un proceso penal se puede establecer mientras se realiza el informe de pertinencia y favorabilidad, si la misma norma señala que deben suspender temporalmente la contratación para que la entidad contratante subsane o aclare, ante eso existe dos escenarios cumplir con el pedido de subsanación o aclaración y seguir el

proceso de contratación o no cumplir y no continuar con el proceso de contratación, de lo señalado en ninguno de los dos casos se ha configurado una conducta penalmente relevante que permita sancionar delitos contra la administración pública.

Como se mencionó anteriormente, no existe todavía una relación contractual ni un contrato en firme que genere responsabilidades para las partes, entonces se puede concluir que el informe de pertinencia y favorabilidad no constituyen un elemento verdaderamente relevante para iniciar una investigación que permita judicializar algún proceso de contratación, debido a que en este informe lo que se analiza es el presupuesto referencial, el monto de la contratación, el tipo de contratación, el plazo y la legalidad como parte de la fase precontractual e incluso la entidad estatal de verificar que no hay una opción que beneficie a los intereses institucionales puede declarar desierto el proceso de contratación.

3. Análisis de caso denominado: Equipos Médicos – Ministerio del Deporte

Con el caso que se ha escogido para el análisis, se va a poder establecer al final como se pone en riesgo varios principios que han sido establecidos en este trabajo, tomando en consideración la fecha de los hechos, el cambio de normativa del Código Penal (1971) y Procedimiento Penal (2002) con el que se tramita esta causa y así mismo dejando constancia que este tipo penal de peculado por el que se procesa.

También tiene vigencia en el actual COIP (2023), pero que el hecho principal se refiere del abuso de los fondos públicos que se sanciona por peculado, es por un evidente sobreprecio y que a la fecha de los hechos no existía el nombre del tipo penal, más si quiero dejar en claro que la conducta siempre ha estado tipificada. Adicionalmente, para evitar confusión se da a conocer que la audiencia de juzgamiento del caso en análisis se realizó en febrero del 2022 y que los hechos que se juzgan son de diciembre del 2007.

3.1. *Presentación de Caso – Alegato de apertura*

La sentencia que se va analizar hace referencia a un contrato para la compra de equipos médicos que realiza la que se conocía como Secretaria del Deporte (SENADER) y después Ministerio del Deporte, este es el contrato No. 076-DL-2007 suscrito entre el señor R.E.C.F, en calidad de Ministro de Deportes y el señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, en calidad de representante legal de la empresa JAILNET S.A., el 13 de diciembre del 2007, cuyo objeto de contratación era la adquisición de equipos médicos por un valor de 138.566,80 y que la suscripción de este contrato causo un perjuicio económico al estado ecuatoriano por 49.611,60 y también se estableció la participación del señor Rafael Corinto Mendoza Martínez, quien a esa fecha ostento el cargo de Director de Gestión de Servicios Institucionales en el Ministerio.

Por estas circunstancias se acusó por el delito de peculado establecido en el Art. 257 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, dando a conocer que la conducta sigue siendo sancionada en el COIP en el Art. 278, acusación que se realiza para R.E.C.F y Rafael Corinto Mendoza Martínez, en calidad de autores haciendo referencia que son los intraneus y se acusa al señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, en calidad de representante legal de la empresa JAILNET S.A. en calidad de cómplice amparándose en la Constitución Política del Ecuador. Las defensas técnicas han referido que Fiscalía no podrá demostrar la materialidad de los hechos acusados y que los señores jueces tendrán que dictar sentencia ratificatoria de inocencia.

3.2. *Presentación de pruebas*

Ya en la etapa de prueba se contó con los testimonio de la señora Alexandra Marisol Sosa Castro, quien refiere ser funcionaria de la CGE, y en lo relevante para el estudio del caso menciono: que realizo el exámenes especiales de auditoria al Ministerio de Deporte; del

periodo comprendido desde el 01 de abril 2006 al 30 de noviembre de 2008, a LA SENADER y luego denominado Ministerio de Deporte; refiere que se analizaron varios contratos, entre estos consta el 076-DL-2007; que era una contratación amparada en el Reglamento Interno del Ministerio del Deporte por cuanto el monto no superaba el 0.0002 del Presupuesto General del Estado. Para este proceso se crea un Comité Especial de Contrataciones que estaba integrado como Presidente el Ministro R.C, la Directora Jurídica Elizabeth Cárdenas, como miembro, y el tercer miembro es de la unidad técnica requirente.

En octubre del 2007, el Director de Servicios Institucionales, Rafael Corinto Mendoza, informa al Secretario del Comité, el Doctor Sandoya, que hay un requerimiento de necesidad de equipamiento por lo que se hace la convocatoria al Comité; no se convocó a Rafael Mendoza, porque no formaba parte de este Comité. Sin embargo en el acta 001, se encontraba Rafael Mendoza. Se solicita que se certifique partida presupuestaria para el equipamiento médico. Además se pide recabar información de proformas y llegar las cotizaciones de las casas comerciales Carnitiv y Medilabor y Avamedic.

Sin embargo Rafael Mendoza, solicitó al asistente un listado de los proveedores calificados, y se le entrega un listado impreso de 30 casas comerciales que venden equipamientos médicos, y ahí no estaba la Empresa JAILNET SA, que es a la que adquirió el equipamiento médico. Evidenciándose que al final estaba escrito con esfero la palabra Empresa JAILNET SA.

La Empresa JAILNET SA, no cumplía los requisitos para que sea la proveedora calificada por el Ministerio. En acta 003, del 01 de noviembre, asistieron el Ministro R.C. y la doctora Elizabeth Cárdenas como Directora Jurídica, para conocer los documentos precontractuales y certificación. No se proporcionó los documentos precontractuales para conocer las condiciones técnicas, económicas y legales que tenía la entidad contratante

para que el proveedor pueda adherirse a esas condiciones, por eso era el contrato por adhesión. El 09 de noviembre, el Ministro, mediante carta invita a la Empresa JAILNET S.A a que participe, señalando que el Comité lo aprobó, pero en el acta 003 no se trató ni se resolvió invitar a la Empresa JAILNET S.A., invitación que es aceptada lo que es aprobado por el Subsecretario Antonio Vargas, incluido el Economista Rafael Mendoza.

Posteriormente, R.C. mediante carta indica a la Empresa JAILNET S.A que se adjudicó el contrato. Se firma el Contrato 076-DL- 2007, el 13 de diciembre del año 2007, lo suscriben el Doctor R.C. como Ministro, con el Representante legal de la Empresa JAILNET SA, por un monto de \$138.500 aproximadamente, más el IVA, dando un valor de \$155.100. La Tesorería del Ministerio transfiere el 70 por ciento de anticipo del valor, esto el 20 de diciembre, más de 90 mil dólares, y un día después, el 21 de diciembre, la Empresa JAILNET S.A emite un cheque a la Empresa BOETTY S.A, Casa en donde compró a la Empresa JAILNET S.A los equipos, por un monto de \$74.000 dólares. Lo que hizo Auditoría es comparar el valor de equipos vendidos por la Empresa BOETTY S.A a la Empresa JAILNET SA por los valores que ésta última vendió al Ministerio, de donde se tiene perjuicio de \$45.628 dólares; porque había los mismos equipos a precios menores.

Carlos Bolívar Sosoranga Huaicha, quien refiere trabajar en el Ministerio de Deporte en la Dirección Planificación e inversión; que el Director de Servicios Institucionales era el Economista Rafael Corinto Martínez, manifiesta que de la Contratación de equipos médicos que realizaron a través del Comité de Contrataciones; los proveedores calificados tenían como actividad la venta de equipos médicos; al Economista Rafael Corinto Mendoza Martínez le hice llegar un memo con 30 proveedores.

La No. 30 era el nombre de PROVINEDA; ese listado las obtuve de las carpetas que reposaban en la Dirección de Servicios Institucionales, la Empresa JAILNET SA no

estaba en ese listado; el listado se presentó con fecha 31 de octubre de 2007. Mi función llegó hasta entregar el listado al Economista Rafael Mendoza para a su vez él entregue al Comité de Contrataciones, desconozco quién colocó el nombre de la Empresa adjudicada.

Cabe destacar, que el testimonio del perito Nelson Ronquillo Vargas, no aporta al tema del presente trabajo.

No obstante, resalta el testimonio del perito contable financiero, Diego Fernando Páez Salgado, quien, manifestó:

Mi trabajo consistió en realizar una pericia contable financiera al contrato 76-DL-2007, suscrito entre el señor R.C.F. en calidad de Ministro de Deporte y el señor Lorenzo Campo Campoverde, representante legal de la Empresa JAILNET S. A, y determinar si existió o no en ese contrato un perjuicio económico para el Estado. En base a la revisión que hice de la documentación que se encuentra en el expediente judicial, existió perjuicio económico para el Estado de 49.611 dólares. Las conclusiones se basan en siguientes hallazgos: El contrato que consta en el expediente, debidamente firmado por el Doctor R.C.F. y el Señor Campoverde en el cual se formaliza la adquisición de 12 equipos médicos por un valor total de 138.566 dólares. Documentación que demuestra que la Empresa JAILNET S. A, adquirió 8 equipos a la Empresa BOETTI S.A. por 82.438 dólares, la Empresa JAILNET S. A. vende estos equipos al Ministerio de Deporte por 128.066 dólares. En esta transacción se genera un sobreprecio de 45.627 dólares equivalente al 55% de incremento del precio entre los equipos vendidos. Se incluyen proformas de otros proveedores que presentaron en este proceso de adquisición de 4 equipos médicos que forman parte del contrato, por un valor total de 12. 268 dólares, los precios de estos mismo 4 equipos vendidos por la Empresa JAILNET S. A, al Ministerio de Deporte ascienden a 28.282, se evidencia sobreprecio equivalente

al 77%, por lo que concluye que hay perjuicio económico para el Estado.”

Contrainterrogatorio P: ¿Qué significa para usted sobreprecio? R: La variación significativa de un precio a otro...

Se presentó varias pruebas documentales encaminadas a determinar la existencia contractual entre el Ministerio del Deporte y la empresa JAILNET S.A., en lo principal tenemos copias certificadas del contrato 076-DL-2007; de las actas en las que se aprobó adjudicar el proceso; las cartas enviadas por el Ministro del Deporte para que participe la empresa JAILNET S.A.; la carta de aceptación de la empresa; los documentos que se establecieron las cotizaciones de los mismos equipos a menor precio y el documento del valor que pago la empresa JAILNET S.A., a la empresa BOETTI S.A.; el documento donde constaba el listado de proveedores designados en el Ministerio del cual no constaba la empresa JAILNET S.A.; la certificación de tesorería del Ministerio del Deporte donde consta el pago realizado a la empresa JAILNET S.A., así como el decreto ejecutivo del nombramiento de Ministro y la acción de personal del señor Rafael Mendoza.

3.3. Alegatos de clausura

Con toda la prueba aportada se procede a realizar los alegatos de clausura en donde la Fiscalía establece que se ha demostrado con prueba documental la designación de Ministro del Deporte del señor R.C.F. y como Director de Servicios Institucionales del Ministerio el señor Rafael Mendoza y la actuación como extraneus del señor Lorenzo Campoverde Palacios. Adicionalmente da a conocer como se ha evadido los procesos de contratación pública.

Esto es, con la división de contratos para que no sobrepasen los montos y tener que hacer otro proceso de contratación, así como también se adjudicó a una empresa que no cumplía los requisitos y no estaba calificada como proveedora del Ministerio del Deporte y que

recién después de la adjudicación la empresa remite al Ministerio del Deporte las especificaciones técnicas y valores de los equipos, es así que se adjudicó el contrato que tuvo un incremento del 55% , realizando acciones fuera de la normativa y adjudicando a quien no estaba como proveedor.

Por lo que se afirma que R.C.F. y Rafael Corinto Mendoza abusaron de bienes públicos que se encontraban en su poder por virtud de su cargo. Actos que beneficiaron a terceras personas como es el señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, quien fue el que coadyuvó a la consumación de la infracción, firmando el contrato con sobreprecio, provocando el perjuicio a la administración pública por más de 49.611 mil dólares, por lo que habiéndose probado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados pide se declare culpables del delito de peculado establecido en el Art. 257 a los señores R.E.C.F. y Rafael Corinto Mendoza, en calidad de autores según lo establece el artículo 42 ibídem. Y al señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, al no tener la calidad de funcionario público, en calidad de cómplice por haber participado como extraneus de conformidad con el artículo 121 Constitución de la República vigente.

La defensa refiere que existe contradicción entre el valor determinado por la auditora y el perito contable, que el perito no ha determinado como hizo la comparación para establecer un sobreprecio, que no se ha probado la existencia del dolo y que si bien ha referido que existió dolo no se ha determinado que clase de dolo es, que desde la imputación objetiva no se puede sentenciar a R.E.C.F. y que no se ha roto el estado de inocencia por lo tanto se ratifique el estado de inocencia.

La defensa de los otros procesados hace referencia en cuanto Rafael Mendoza que el hecho de haber estado en el comité que no le correspondía no es parte del delito sino más será para una sanción administrativa, que no se ha determinado su participación

subsumida al tipo penal y que si existió una hoja donde consto el nombre de la empresa pero que él no ha sido la persona que ha puesto ese nombre.

Por el señor Lorenzo Campoverde refiere que fue invitado a participar y que no se ha demostrado que tenga una relación con los servidores públicos para que él pueda obtener un beneficio, solo que presento su oferta y ha ganado, por lo que no ha coadyuvado para el cometimiento del delito.

3.4. *Argumentos y decisión del tribunal*

El tribunal hace un análisis de la existencia material de la infracción, pero toma como pilar fundamental el principio de legalidad estableciendo que el peculado está tipificado en el Código Penal. Para la existencia de materialidad hace referencia a la prueba documental presentada en especial la adjuntada con relación al contrato Nro. 076-DL-2007, la presentada en los anexos del informe de contraloría y las actas de reunión del comité de contrataciones, las proformas de los otros proveedores de los que se establece el perjuicio y la certificación de la forma de pago a la empresa JAILNET S.A.

Esta prueba documental es respaldada con los testimonios rendidos por los que han comparecido a juicio. Posterior el Tribunal procede hacer el análisis dogmático para establecer si los hechos descritos son objeto de sanción, entonces analiza la tipicidad objetiva, sujeto activo y pasivo del delito, objeto material, bien jurídico protegido, conducta, tipicidad subjetiva, antijuridicidad, culpabilidad, autoría y participación, dosimetría penal. Para cada categoría el tribunal va realizando la adaptación de las pruebas actuadas y determinando el cumplimiento de todos estos parámetros.

Una vez que de forma motivada se ha establecido tanto la existencia de la infracción si como la participación de cada uno de los procesados, se llega a dictar la resolución en la que se declara culpables del delito de peculado tipificado en el Art. 257 del Código Penal

en calidad de autores a los señores R.E.C.F. como Ministro de Deporte y Rafael Corinto Mendoza, como Director de Servicios Institucionales con la agravante del Art. 30.4 del C.P. que es actuar en pandilla por lo que se les impone una pena de 12 años de reclusión mayor ordinaria; y la culpabilidad del procesado Lorenzo Walter Campoverde Palacios, representante legal de la compañía JAILNET S.A., en el grado de cómplice, con la agravante de pandilla, prevista en el artículo 30.4 del C.P. imponiéndole la pena privativa de la libertad de seis (6) años de reclusión mayor ordinaria.

3.5. Análisis de la sentencia

Es importante empezar haciendo un análisis del ámbito temporal de aplicación, ya que aquí nos establece que las infracciones deben ser juzgadas y sancionadas de acuerdo a las leyes vigentes el momento de la comisión del delito, es importante recordar que en el presente caso los hechos se dan cuando el señor R.E.C.F. como Ministro de Deporte suscribe el contrato No. 076-DL-2007 con el señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, representante legal de la compañía JAILNET S.A. esto es el 13 de diciembre del 2007, a esa fecha la norma vigente que tipifica y sanciona la conducta de los procesados es el Código Penal (1971) de acuerdo a lo que establecía el Art. 257 ejusdem.

Porque es la importancia del ámbito temporal porque se sanciona de acuerdo a la norma vigente, si se impusiera la sanción que actualmente consta en el COIP la pena se incrementaría, porque ahora la sanción es de diez a trece años, mientras que con la normativa vigente la penas es de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, por lo que eso considera el Tribunal el momento de imponer la pena, claro está que en el presente caso se impone una pena de doce años porque se atribuye la existencia de la circunstancia agravante de actuar en padilla.

Me he permitido tomar esta sentencia para el análisis, no con el objetivo de entrar en discusión sobre si se está de acuerdo o no con lo resuelto por los señores Jueces, sino para realizar un ejercicio práctico de porque resulta ineficaz el nuevo tipo penal de sobreprecio en contratación pública. Y precisamente el caso en análisis nos va a permitir ver paso a paso lo que ya se advertido anteriormente, que cuando una norma no es clara o es una conducta ya existente no hace más que dar complejidad a los operadores de justicia.

Esto lo hacemos desde la experiencia del día a día de tener que asistir a audiencias, tener que atender escritos donde el nivel académico de los abogados permiten generar inquietudes y dudas al momento de resolver ciertos procesos, más aun cuando desde el legislador les facilitan realizar su trabajo enmarcados en la normativa que supuestamente trata de combatir la corrupción.

La discusión jurídica con el tipo penal de peculado es una lucha incansable porque es el tipo penal que mayor número de reformas ha tenido a lo largo de la historia democrática del Ecuador, es así que hace poco tiempo tuvimos algo similar a lo que está pasando hoy en día con la tipificación del delito de sobreprecio en contratación pública.

Este hecho reciente al que me referi se trata del delito de Trafico de Influencias tipificado en el Art. 285 del COIP (2023), cuando entra en vigencia el segundo inciso lo que antes era conocido como peculado impropio, sufriendo estas consecuencias jurídicas que hoy nuevamente se han puesto en riesgo, ya que justamente en algunos casos amparados jurídicamente en los principios de legalidad, de favorabilidad los operadores de justicia no tuvimos otra alternativa que ratificar el estado de inocencia o retirar la acusación; en otros casos que estaban en fase investigación tocaba verificar la fecha de los hechos, pues antes de que se independice el delito de tráfico de influencias no se podía avizorar una prescripción ya que la constitución establecía que el delito de peculado es imprescriptible,

sin embargo, cuando consta como autónomo, era obligación aplicar favorabilidad y se evidenciaba como en algunos casos había operado la prescripción.

Y en otros casos donde la corrupción se vuelve otro camino de la misma corrupción se realizaban interpretaciones extensivas para poder dictar autos que declaraban la extinción de la causa por desaparición del tipo penal, es así que el inciso segundo del Art. 285 que estuvo vigente hasta febrero del 2021 y que decía:

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. (COIP, 2014)

Este inciso segundo que constaba dentro del tráfico de influencias era una conducta que anterior a la entrada en vigencia del COIP (2023) estaba en el delito de Peculado, que de una forma poco justificada desde la legislatura o de forma habilidosa le dieron autonomía y con eso se generó impunidad a gran escala y si algún momento se pensaba que fue en busca de sanción tratando de evitar exista corrupción cuando se hacían negocios con el estado, en la actualidad ya no queda dudas de que eso solo favoreció a grandes empresarios y a funcionarios públicos del nivel jerárquico superior que entregaron contratos a dedo, contratos direccionados, contratos amaneados.

Se benefició a empresarios a quienes se les adjudicó jugosos contratos, porque estaban amparados bajo el paraguas de la ley ya que si nos detenemos a leer el tipo penal del Art. 285 vemos que a pesar de haberle independizado del peculado seguía siendo exigente en un sujeto activo calificado, es decir cometía la conducta el funcionario público que gozaba

de la potestad estatal, entonces aquí cabe la pregunta ¿y el que se beneficiaba? No par él no había sanción por que la Ley lo disponía. La única opción que tenían de sanción era anteriormente cuando era parte del delito de peculado amparados en el Art. 233 de la Constitución (2008) y sustanciar una acusación como un extraneus y siendo esa la única posibilidad los legisladores permitieron, solaparon y fueron parte que en todo ese tiempo de bonanza en contratos no existiera justicia, no existiera procesamiento a quienes de forma fraudulenta firmaron contratos con el estado.

Me he detenido para hacer esta comparación porque a la presente fecha el tiempo ya ha dado la razón, después de declaración de prescripciones, de extinciones de acciones por desaparición del tipo penal ya el legislador se dio cuenta que estaba demás este inciso y lo elimino tratando de volverle a incorporar en el peculado, pero sin claridad y volviendo a dificultar a quienes tenemos que aplicar lo que los legisladores tratan de normar y hago este análisis, porque desde mi punto de vista personal es lo que muy probablemente puede pasar con este tipo penal de sobreprecio en contratación pública.

La sentencia motivo de estudio es una sentencia dictada por una de las Salas de la Corte Nacional, de la cual se ha presentado un recurso de apelación por uno de los sentenciados, en lo que tiene que ver con el señor Rafael Corinto Mendoza Martínez no existe constancia procesal de una interposición de recurso ante la sentencia condenatoria, sin embargo si en la apelación planteada por el otro sentenciado se determinaría otro resultado, este procesado puede verse beneficiado; y en cuanto al señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios, que es el extraneus, posteriormente de dictarse la sentencia condenatoria se ha declarado la extinción de la acción, por cuanto ha fallecido.

Voy hacer un antecedente de este caso y solo recordar que la fecha de los hechos fue en diciembre del 2007, que se da inicio con una formulación de cargos en el año 2011, se dicta auto de llamamiento a juicio el 10 de diciembre del 2015, la audiencia de

juzgamiento se realiza el 18 de febrero del 2022 y se notifica la sentencia el 21 de febrero del 2022, solo quiero dejar constancia el tiempo en que se ha demorado dictar una sentencia en primera instancia que por cierto no está ejecutoriada y aquí es donde se abre la puerta para empezar a discutir cual va hacer el fin de esta causa, tomando en consideración que en la sentencia original de este caso alrededor de una ocho veces se hace referencia a que existe un sobreprecio y si una de las formas de abusar de los dineros públicos es justamente adquiriendo bienes o servicios con precios más elevados que los que se encuentran en el mercado.

Hago esta referencia del caso motivo de análisis al tiempo, determinándose que han pasado más de diez años que inicio el proceso judicial, que gracias al tipo penal de peculado que tiene la característica de imprescriptible todavía tiene vida jurídica el caso, pero que pasaría si en la audiencia de apelación ya se hace referencia que esa conducta se ha individualizado o que ya hay un tipo penal autónomo que es por el que se debe juzgar, entonces solo contabilizando el tiempo considerando la pena establecida para este nuevo tipo penal y verificado que si se adecue a esta normativa no quedaría ya ni discutir el tema de fondo que sería la fundamentación de un recurso de apelación en la que el procesado buscaría se revoque la sentencia y la acusación fiscal con la acusación particular buscaría esa ratificación de la sentencia.

Pero como sabemos en nuestro ordenamiento jurídico existe una institución denominada prescripción, vigente en el Código Penal (1971) en el Art. 101 y en el actual COIP (2023) en el Art.417 que no es otra cosa que el poner fin a un proceso por el paso del tiempo, en el caso en análisis ha excedido en demasía el tiempo para que en caso de que se logre determinar que los hechos ahora están adecuados a otra norma que tiene sanción de cinco a siete años habría operado la prescripción, y no tomando en cuenta la fecha de los hechos,

sino considerando la fecha de formulación de cargos, por lo que una vez más sería un camino a la impunidad.

La discusión central está en los principios procesales y en especial el de legalidad, que en la norma con la que se sustancio el presente caso (código penal) en cuanto a este principio, establece en el:

“Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”.

(Comisión Legislativa Permanente, 1971, pp. 1-2)

En la sentencia dictada también dentro de la motivación los señores jueces hacen referencia a este principio cuando están analizando el ítem de dosimetría penal y refieren: “El principio de legalidad, juega un papel fundamental dentro del Estado de derechos, toda vez que implica la tipificación previa, clara y precisa de aquellas conductas que serán catalogadas como delitos, además que, se debe fijar con anterioridad la pena que se impondrá, la forma de procesamiento; y, la autoridad que será la competente para el efecto, lo cual maximiza el principio de nulla pena nullum crimen sine lege. Por tanto, al presente proceso, tanto en lo sustantivo (delito y pena), como en lo adjetivo (ámbito procesal) por la fecha de iniciación del presente proceso, corresponde aplicar el Código

Penal y Código de Procedimiento Penal.” (Sentencia 21-02-2022, Corte Nacional de Justicia).

Es lo que se viene advirtiendo el principio de legalidad es el pilar fundamental del respeto a la garantía de la seguridad jurídica y de una tutela judicial efectiva, y porque se cita en esta sentencia estoy seguro que el juzgador quiere dejar constancia que esta conducta estaba vigente cuando se cometió el delito en el 2007 y que a pesar que el cuerpo normativo con el que se sustancia este caso ya no está vigente para los casos nuevos, si estaba normado antes y que en la actualidad también se encuentra sujeto a sanción en el mismo tipo penal.

Justamente porque el hecho se cometió cuando esta conducta estaba en el Código Penal por lo que no es muy difícil que amparado en este principio se quiera argumentar que la conducta que en primera instancia era un peculado, en la actualidad ya existe una norma soberana que es la que sanciona los hechos en los que se ha encuadrado la conducta de quien ha sido sentenciado en primera instancia, pero que hoy ya no se trata de un peculado, sino de un sobreprecio en contratación pública y para eso bastaría hacer un repaso de la prueba testimonial, pericial y documental que fue presentada.

Pero puede existir un abanico de posibilidades para la discusión jurídica, pues no sería algo descabellado decir que no ha existido tipicidad y que recién desde el 2021 al incorporarse en el catálogo de delito el sobreprecio en contratación pública, esta conducta pasa a ser punible y que por lo tanto no existía ni tipicidad de estos hechos en el año 2007.

Hay que recordar que el cumplimiento del principio de legalidad nos da una garantía de seguridad jurídica, en la sentencia de estudio vemos una condena a los procesados por el delito de peculado por cuanto se evidencia un abuso de fondos públicos, pero a lo largo

de la sentencia se identifica que la forma de abuso es con un sobreprecio en un proceso de contratación pública.

Las partes procesales, los testigos y en especial el perito contable hacen referencia al sobreprecio con el que se compró los equipos médicos y que para determinar ese sobreprecio se compara el valor de las facturas determinándose en un caso un incremento del 55 % y en el otro caso un incremento del 77 %, por eso se ha dicho en este trabajo que la conducta de peculado y sobreprecio son las mismas, porque en ambos delitos se distraen recursos del erario público y se causa un perjuicio a las instituciones estatales.

Con el cambio mundial que tiene que ver con globalización si puede existir la necesidad de incrementar nuevos tipos penales que combatan la criminalidad, la corrupción, el ciberdelito, sin embargo esta expansión del derecho penal debe ser razonable, el permitir la invasión de medios de comunicación, de políticos desesperados por ganar popularidad, que quieren dar una apariencia de seguridad, de lucha contra la corrupción llega *una expansión del derecho penal irracional* como ha referido el profesor Silva (2011).

El querer normar, regular o sancionar lo que ya está en la legislación vigente, es lo que no permite a los operadores de justicia una solvencia en sus actuaciones, como es en el caso que estamos analizando y que como se manifestó anteriormente que la propuesta de este tipo penal fue por los acontecimientos que se presentaron en un momento de pandemia, generándose la inquietud, esto es si del legislador se busca una verdadera sanción o si es todo lo contrario y se pretende favorecer a ciertos grupos de poder, ya que antes de entrar al debate este tipo penal, existieron comparencias de algunos profesionales del derecho que ya advertían que esta conducta está tipificada en el peculado.

Otro punto a destacar en la sentencia motivo de estudio ya en la parte resolutive establece: “Declarar la existencia material del delito de peculado, tipificado en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal. 2.- Declarar la culpabilidad de los procesados R.C.F. y, Rafael Corinto Mendoza Martínez, en el grado de autores conforme el artículo 42 del Código Penal, con la agravante de pandilla, prevista en el artículo 30.4 ejusdem, por lo que se les impone a la pena privativa de la libertad de doce (12) años de reclusión mayor ordinaria. 3.- Declarar la culpabilidad del procesado Lorenzo Walter Campoverde Palacios, representante legal de la compañía JAILNET S.A., en el grado de cómplice, conforme lo previsto en el artículo 43 del Código Penal, con la agravante de pandilla, prevista en el artículo 30.4 ejusdem, por lo que en aplicación del artículo 47 del mentado cuerpo legal, se le impone la pena privativa de la libertad de seis (6) años de reclusión mayor ordinaria”

Es importante poder verificar como los juzgadores establecen la autoría y participación, pues a los señores R.C.F. y Rafael Corinto Mendoza Martínez se los condena en calidad de autores y que en la motivación consta que tienen esa calidad porque el tipo penal impone de un sujeto activo calificado y esa especialidad que le da al sujeto activo es que se funcionario público; pero, vemos que al señor Lorenzo Walter Campoverde Palacios se le condena en calidad de cómplice cuando es uno de los beneficiarios directos de los dineros del estado, esto se debe a que el tipo penal como ya dijimos exige que el sujeto activo sea funcionario público y el prenombrado señor no tiene esa calidad es un extraño y por eso para que sea participe de este delito se tiene que fundamentar con la norma constitucional vigente a la fecha de los hechos que permitía sancionar en el delito de peculado a quien inclusive no tenga esa calidad de servidor público y que es conocido en la doctrina como el extraneus.

Como sabemos este caso son de hechos del año 2007 pero si realizamos una comparación con lo que tiene que ver con la autoría en el actual COIP (2023) y que fue fruto de las reformas en materia anticorrupción ya el proveedor se ha convertido en sujeto activo del tipo penal de peculado al igual que en el delito de sobreprecio, entonces ya no resulta indispensable remitirnos a la Constitución de la Republica (2008) para poder establecer la autoría del proveedor, porque el mismo tipo penal ya establece quienes tienen la capacidad de ser autores del delito.

III. CONCLUSIONES

Queda establecido que el legislador cuando decidió incorporar el delito de Sobreprecio en contratación pública, no lo hizo de una forma técnica, cumpliendo las características de la creación de la norma, sino más bien encaminado a lo que se conoce como populismo penal, con términos subjetivos en la redacción del tipo penal.

Se ha tipificado una conducta duplicada ya en el ordenamiento penal identificada como peculado, dando paso a que varios principios procesales permitan favorecer a quienes han sido parte de la corrupción y se han beneficiado del dinero o bienes del estado; la vaguedad de la norma que ha sido analizada en el presente trabajo, puede conllevar no solo a beneficios jurídicos, sino a falta de sanción y por ende impunidad.

Previo a incorporar este nuevo tipo penal no se realizó el análisis integral de las normas existentes y menos aún del pronunciamiento del máximo organismo de justicia Constitucional del Ecuador, que con fecha 02 de julio del 2019, estableció que no existe necesidad de un informe del organismo de control del estado para poder procesar una causa por peculado, pero en este nuevo tipo penal si bien se hace énfasis a que no es un requisito de procedibilidad, es un informe sin el cual no se puede judicializar las causas.

Este nuevo tipo penal, confronta las competencias de las instituciones del estado que se hallan inmersas, esto es entre la Contraloría General del Estado y la Fiscalía General del Estado, cuando dispone en los dos incisos del tipo penal que debe existir el informe de la Contraloría en el que se determine el sobreprecio con el que se hizo la contratación, esto significa que si ya está determinado el sobreprecio por la Contraloría no queda otro camino que judicializar y sentenciar a la o las personas que constan en el informe de Contraloría, e incluso se afectaría al derecho a la defensa.

Finalmente debo manifestar que luego de las inquietudes establecidas en este trabajo, es mi criterio que el delito de sobreprecio en contratación pública debe ser derogado del catálogo de delitos insertos en el COIP, ya que este tipo penal no tiene una estructura en la construcción y redacción de la norma, que permita a la Fiscalía General del Estado de una forma autónoma e independiente investigar hechos que ponen en riesgo los fondos públicos, atentando contra la norma legal y constitucional.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008. Última modificación: 21-ago.-2018. Estado: Reformado. Obtenido de <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Organica-de-Contratacion-Publica.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008, octubre 20). Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449, Última modificación 25-ene.-2021 Estado: Reformado. Retrieved from https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento 642 de 27-jul-2009. Última modificación: 03-may.-2021. Estado: Reformado. Retrieved from https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/08/LOTAIP_6_Ley-Organica-de-la-Funcion-Legislativa-2021.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). Unidad de Técnica Legislativa. Retrieved from Asamblea Nacional del Ecuador: <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/unidad-tecnica-legislativa>

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014. Retrieved from

https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf

Castells, A. (1997). Estudios de técnica legislativa: Panorama. Seminario Nacional de Técnica Legislativa. Buenos Aires.

Comisión Legislativa Permanente. (1971). Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971. Última modificación: 15-feb-2012. Estado: Vigente. Retrieved from https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf

Congreso Nacional del Ecuador. (2002). Código de Procedimiento Penal. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 360 de 13-ene-2000. Última modificación: 29-mar-2010. Estado: Derogado. Obtenido de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_codigo_pp.pdf

Díaz, J. (2019). La corrupción en la contratación pública. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6838>

Guastini, R. (2016). La sintaxis del derecho. Marcial Pons

Gutiérrez, R. (1984). Introducción a la antropología filosófica. México: 2da edición.

Informe previo de Contraloría en los procesos penales por peculado y enriquecimiento ilícito, Resolución de 24 de febrero de 2010 (Corte Nacional de Justicia febrero 24, 2010). Retrieved from https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/32%20Informe%20previo%20de%20Contraloria.pdf

Meehan, J. (1976). Teoría y técnica legislativas. Depalma.

Muñoz, F. (2015). Derecho penal, parte especial. Tirant lo Blanch

- Muro, E. (2008). Enseñanza de la técnica legislativa. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, 6(11), 63-91. Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/11/ensenanza-de-la-tecnica-legislativa.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. A/RES/58/4. Obtenido de https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Pesánez, H. (2020). La Corrupción en la adjudicación de los contratos públicos del estado y sus sobrepuestos. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/15718>
- Real Academia Española. (2014). Sobrepuesto. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/sobrepuesto>
- Sentencia No. 5-13-IN/19, (Corte Constitucional de Ecuador 02 de julio de 2019).
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2022). Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF. SERCOP. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2022/02/SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF.pdf>
- Silva, J. (2011). La expansión del derecho penal. Edisofer.