

UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

TRABAJO DE TITULACIÓN

**“EL DELITO DE SOBREPRECIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS
PROBLEMAS JURÍDICOS DENTRO DEL PROCESO PENAL”**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

YOLANDA PIEDAD CHASI ROMERO

TUTOR: Dr. MÁXIMO ORTEGA VINTIMILLA

Otavalo, 08, 2023

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo / YOLANDA PIEDAD CHASI ROMERO, declaro que este trabajo de titulación es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.



Firmado electrónicamente por:
YOLANDA PIEDAD
CHASI ROMERO

YOLANDA PIEDAD CHASI ROMERO
C.I. 1713296158

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**EL DELITO DE SOBREPRECIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS DENTRO DEL PROCESO PENAL**” bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de la estudiante YOLANDA PIEDAD CHASI ROMERO, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

**MAXIMO DE
FERRER ORTEGA
VINTIMILLA**

Firmado digitalmente por
MAXIMO DE FERRER ORTEGA
VINTIMILLA
Fecha: 2024.10.28 16:32:56
-05'00'

Dr. MÁXIMO ORTEGA VINTIMILLA

CC. 0300964129

Dedicatoria y agradecimientos

El presente artículo científico está dedicado a Dios, por ser la persona más importante de mi vida, es quien día a día camina a mi lado, es mi escudo y protección ante todo conflicto; es la luz de mis ojos en la oscuridad y es la voz de mi conciencia; su sabiduría me conduce a caminar en justicia y en derecho; a mi madre que con su ejemplo de amor, humildad, honestidad y lucha ha transmitido valores importantes que han sido fundamentales dentro mi desarrollo profesional y gracias a los cuales he podido cumplir retos; a mi hermana que siempre ha estado ahí con sus palabras de fe, fortaleza, confianza y apoyo sin el cual no habría cumplido mis objetivos profesionales.

**EL DELITO DE SOBREPRECIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS
PROBLEMAS JURÍDICOS DENTRO DEL PROCESO PENAL**

**THE CRIME OF OVERPRICE IN PUBLIC PROCUREMENT AND ITS LEGAL
PROBLEMS WITHIN THE CRIMINAL PROCESS**

Yolanda Piedad Chasi Romero
Tutor: Dr. Máximo Ortega Vintimilla

3. Resumen

El estudio del delito de sobreprecio en la contratación pública es un tema crucial dentro del contexto del proceso penal y presentará una serie de problemas jurídicos que deben ser abordados. En el desarrollo de este artículo científico en base al análisis de investigación documental, doctrinaria y de las normas nacionales sustentará que la existencia de sobreprecios en la contratación pública establecidas en el Art. 294.1 del COIP, es una forma y modalidad del delito de peculado; puesto que, al realizarse procesos de contratación pública en los cuales se adjudique contratos con eminente sobreprecio, constituye un abuso y disposición arbitraria de dineros públicos; en vista que se está utilizando los recursos estatales de manera indebida, injustificada y sin austeridad, no existe una optimización de los recursos estatales; esto es lo que justamente se sanciona en el delito de peculado, por lo cual, el tipo penal del Art. 294.1, no debe ser un delito autónomo e independiente; sino que debe ser considerado como uno más de los numerales del Art. 278 del COIP. Dentro de los problemas jurídicos que se presentará es la prescriptibilidad de la conducta; la prohibición de juzgar en ausencia, además que crea un requisito de procedibilidad; en vista que para el procesamiento de la conducta se requerirá de un informe de Contraloría General del Estado que determine la existencia del sobreprecio en contratación pública.

Palabras clave: Abuso, delito de sobreprecio en la Contratación Pública, delito de peculado, prohibición de juzgamiento en ausencia, prescripción de la acción penal.

* Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo, email: ep_ypchasi@uotavalo.edu.ec

4. Abstract

The study of the crime of overpricing in public procurement is a crucial issue within the context of criminal proceedings and will present a series of legal problems that must be addressed. In the development of this scientific article based on the analysis of documentary, doctrinal research and national standards, it will be supported that the existence of surcharges in public procurement established in Art. 294.1 of the COIP, is a form and modality of the crime of embezzlement; since, when public procurement processes are carried out in which contracts are awarded with eminent overpricing, it constitutes an abuse and arbitrary disposal of public money; Given that state resources are being used improperly, unjustified and without austerity, there is no optimization of state resources; This is what is precisely punished in the crime of embezzlement, which is why the criminal offense of Art. 294.1 should not be an autonomous and independent crime; but rather it should be considered as one more of the numerals of Art. 278 of the COIP. Among the legal problems that will arise is the prescribability of conduct; the prohibition of judging in absentia, which also creates a procedural requirement; Given that the processing of the conduct will require a report from the State Comptroller General's Office that determines the existence of the overpricing in public procurement.

Keywords: Abuse, crime of overpricing in Public Procurement, crime of embezzlement, Prohibition of trial in absentia, prescription of criminal action.

5. Introducción

Con la última reforma realizadas al Código Orgánico Integral Penal, publicada en Registro Oficial Segundo Suplemento No. 392 del 17 de febrero de 2021, por la cual expide la Ley Orgánica Reformativa del COIP en materia anticorrupción; dentro del capítulo de los delitos contra la Administración Pública se ha creado un nuevo tipo penal que es el delito de Sobreprecios en Contratación Pública tipificado en el Art. Innumerado 294.1; sobreprecio que antes de la reforma se encontraba subsumido dentro del verbo rector del tipo penal del delito de peculado previsto en el Art. 278 *ibidem*; toda vez que constituía una forma de abuso y de disposición arbitraria de dineros públicos, al adjudicarse un contrato con sobreprecio.

Este sobreprecio dentro de un proceso de contratación pone en evidencia un despilfarro de dineros públicos; debido a que ante ofertas con precios menores y que cumplen con las especificaciones técnicas se adjudica al oferente de mayor precio o valor; esta falta de optimización de recursos en la contratación constituye un abuso de dineros; como así lo ponen de manifiesto en la adquisición de medicamentos por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el que se adquirió con sobreprecios de hasta el 9000% (Zapata et al., 2020, p. 751).

La configuración de este nuevo tipo penal de sobreprecio en contratación pública, creará problemas jurídicos al momento del juzgamiento; debido a que la acción penal para perseguir esta conducta se limita a 7 años; de tal forma que operará la figura de prescripción en aquellos casos en los cuales no se hubiese iniciada la acción penal antes de los 7 años; y, pese a de constituir una conducta penalmente relevante y estar afectando dineros públicos quedará en la impunidad. Otro problema que generará este tipo penal, es la atipicidad de la conducta, debido a que de existir procesos de contratación en los que exista sobreprecio antes de la creación de este nuevo tipo penal; el mismo no se podrá juzgar ya que para la fecha de los hechos no constituía delito; este tipo penal recién entro en vigencia a partir del 16 de agosto de 2021, mediante el segundo suplemento del Registro Oficial 392.

Dentro del juzgamiento, otro problema jurídico que se presentará es que esta conducta no se podrá juzgar en ausencia del procesado, se requerirá necesariamente la intermediación del procesado al proceso penal, de no lograr esta intermediación la acción quedará prescrita; el delincuente para impedir que se le imponga una sanción penal lo que hará es mantenerse prófugo hasta que la acción penal prescriba; esto claramente se traduce en un mensaje de impunidad a la sociedad.

El desarrollo del presente artículo expondrá la necesidad que exista un reforma del artículo 294.1 de COIP, a fin de que este delito forme parte del delito de peculado previsto en el Art. 278 del COIP; toda vez que el que el sobreprecio en la contratación pública encierra la falta de optimización de recursos públicos, al usarse de manera indebida, injustificada, excesiva y sin austeridad los dineros públicos, estas acciones constituye un “abuso”, el cual es elemento objetivo del tipo penal de peculado pues constituye el verbo rector de este tipo penal. En tal sentido, la presente investigación analiza el delito de sobreprecio frente al delito de peculado constituye un abuzo de dineros públicos por lo cual debe ser un delito imprescriptible el cual debe juzgarse aún en ausencia de la persona procesada.

6. Metodología

El enfoque de la presente investigación es descriptivo, ya que se analizará un fenómeno de estudio en el mismo entorno en donde se desarrolla. El tipo de investigación es documental, debido a la naturaleza del fenómeno que se plantea. Se utiliza el método analítico y el hermenéutico jurídico. En el instrumento que se aplica es el análisis de contenido a profundidad de la doctrina y de la normativa nacionales, así como también el análisis de casos, todo ello con la fin de establecer que el delito de sobrepuestos es una forma de abuso de dineros públicos al existir despilfarro de dineros en la adjudicación de un contrato; este enfoque desde el aspecto doctrinal teórico y de análisis permitirá sustentar la necesidad de reformar el tipo penal del Art. 294.1 del COIP, a fin de que se parte integrante del delito de peculado.

7. Presentación y discusión de resultados

Contexto histórico del delito de Peculado y el delito de sobrepuestos en la Contratación Pública

El delito de peculado es una figura penal que ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, el cual ha ido modificándose de acuerdo a las necesidades de la sociedad y a las nuevas formas de perpetración de esta conducta; lo encontramos en el derecho romano que en su primer momento fue considerado como un hurto; identificándose esta forma de sustracción como *peculato*, para sancionar la conducta de quien procedía a sustraer bienes públicos o privados que pertenencia al pueblo romano.

Maggiore indica que peculado proviene de *peculare*: robar el peculio ajeno, la raíz común de “peculio” y de “pecunia” (dinero) es *pecus*: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo (Donna, 2000, pp. 257-258).

La forma de conceptual de este delito ha ido evolucionando desde lo que en un primer momento se consideró como hurto de animales, dinero, de bienes, para posteriormente conocerse como peculado o malversación de dineros públicos; dentro del peculado la acción que representa a este tipo es uso, abuso, disposición, apropiación de recursos estatales por parte de los funcionarios públicos, quienes teniendo el deber y obligación de proteger y custodiar los recursos públicos que le fueren confiados o que están en custodia en razón de su cargo no lo hacen, sino que ejecutan actos lesivos para perjudicar los recursos estatales en beneficio propio o de un tercero.

Carrara en cuanto al delito peculado distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”, mientras que el segundo o se al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración (Paredes, 2009, p. 36).

En lo que respecta al delito de peculado nuestra legislación penal hasta antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal establecía dos tipos de peculado “peculado propio”; como el que establecía el Art. 257 del Código Pen; tipo penal que se caracterizaba por las acciones de abuso, desfalco, disposición arbitraria y malversación de bienes públicos o

privados que estén en poder de un funcionario público y que sean utilizados en provecho propio o de un de un tercero, para el cual se imponían penas de reclusión ordinaria de 8 a 12 años y reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años.

Mientras que el “peculado menor” previsto en el Art. 257.4 *ibidem*, se hallaba representado por el verbo rector “favorecer”; la configuración de esta conducta consistía en el aprovechamiento del cargo que realizaba el funcionario público para favorecerse o favorecer a personas naturales o jurídicas que participaban dentro de un proceso de contratación pública, conducta que se sancionaba con pena de 1 a 5 años (Código Penal, 2014).

Esta conducta de peculado en nuestro país se ha sancionado con penas graves; sin embargo las mismas no han llegado a ser tan drásticas como las que se llegó aplicar en la época antigua, toda vez que el infractor podría ser sancionado con penas de muerte; como así lo señala Jesús Catalan Sender “de allí para las Partidas y más tarde a la Novísima Recopilación, donde el peculado de los caudales del rey era castigado con la muerte” (Donna, 2000, pp. 271-272).

Tomando en consideración lo que refiere el tratadista Carrara, tanto el peculado del Art. 257 y 25.4 del Código Penal serían un peculado propio; pues se afectan dineros públicos que están bajo la custodia o cuidado de un funcionario público; y, si bien es cierto que es un delito que termina afectando el patrimonio del estado; sin embargo, el mismo no fue ni será un delito contra la propiedad, toda vez que el bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública.

Por otro lado, la leve sanción de este tipo de conductas de peculado ha ocasionado el incremento de los actos de corrupción en funcionarios públicos, quienes sucumben a sobornos, favoritismo, nepotismo y otras prácticas ilícitas que distorsionan la adjudicación de contratos y perjudican los intereses de la sociedad. En Ecuador, este problema ha sido históricamente persistente; los gobiernos de turno han enfrentado acusaciones de corrupción en numerosos proyectos públicos, desde infraestructura hasta adquisiciones de bienes y servicios.

El delito de peculado estará presente dentro de nuestra legislación penal mientras exista actos de corrupción por parte de funcionarios públicos y personas particulares; es de vital importancia que esta norma penal abarque toda forma de conducta que ponga en riesgo los recursos estatales; debiendo perseguirse en cualquier tiempo a fin de evitar que estos actos lesivos no queden en la impunidad; como de hecho está ocurriendo actualmente con el peculado menor del Art. 257.4 del Código Penal; toda vez que si bien es cierto continuaba previsto como delito en el Art. 285 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo con la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal, en materia anticorrupción, publicada en el Registro Oficial No. 392 del 17 de febrero de 2021, el inciso segundo del Art. 285 del COIP ha desaparecido; con lo cual esta conducta ha dejado de ser delito por lo cual esta conducta ya no podrá ser procesada y sancionada.

El delito de sobrepuestos en contratación pública en nuestra legislación penal

Con la reforma realizada al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial del Segundo Suplemento No. 392 del 17 de febrero de 2021, se incorpora dentro del capítulo 8

de los delitos contra la Administración Pública el nuevo tipo penal de Sobreprecios en Contratación Pública tipificado en el artículo Innumerado 294.1 del COIP que prescribe:

Sobreprecios en contratación pública. - 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. (Código Orgánico Integral Penal, 2023).

Este delito está relacionado con la práctica ilegal de inflar artificialmente los precios de bienes, servicios u obras en un proceso de contratación, lo que resulta en un gasto excesivo de los fondos públicos. Este tipo de delito suele involucrar a funcionarios públicos, contratistas o proveedores que, de manera deliberada y fraudulenta, establecen precios mucho más altos de lo que sería razonable o justo para los bienes o servicios que se están adquiriendo. La característica clave del delito de sobreprecios en la contratación pública incluyen principalmente la manipulación de precios; los responsables del delito manipulan los precios para obtener beneficios indebidos a costa del erario público. Esto puede implicar inflar los costos de los materiales, servicios o proyectos contratados.

La falta de competencia real entre oferentes en el proceso de licitación o adjudicación del contrato facilita los sobreprecios; debido a que pueden aumentar los precios con el claro fin de obtener beneficios económicos indebidos al momento de la adjudicación de un contrato, el cual deviene de un proceso irregular y arbitrario; en vista que no se está considerando el precio normal o justo del mercado; este exceso de gasto conllevará a un perjuicio económico para el estado lo que significará que menos recursos estarán disponibles para otros proyectos o servicios públicos esenciales.

El sobreprecio en la contratación pública al igual que el delito de peculado está directamente relacionado con actos de corrupción e implica la participación de funcionarios públicos y particulares que buscan beneficios personales o financieros a expensas del bienestar público; en vista de ello debería ser sancionado con una pena ejemplar a fin de frenar estas conductas que lesionan los intereses del estado; sin embargo, la legislación penal establece una pena máxima de 7 años; delito que antes de la creación de este tipo penal se hallaba dentro del delito de peculado; debido a que contratar con sobreprecio constituye un abuso y disposición arbitraria de dineros públicos.

Se tiene que las causas de sobreprecios en contratación pública se pueda dar por la falta de competencia, cuando solo un número limitado de empresas o proveedores pueden participar en un proceso de contratación; esto ocasiona que se reduzca la competencia y se eleven los precios; otro aspecto es la falta de estudios de mercado, lo que impiden establecer precios referenciales que estén acordes con los precios del mercado; situación que es aprovechada por los proveedores, que ante la falta de supervisión y control de precios justos durante la

fase preparatoria y precontractual permitirá que los oferentes aumenten o manipulen los costos, beneficiándose con contratos sobrevalorados lo que evidentemente lesionará el patrimonio estatal.

Otro aspecto determinante para el sobreprecio en la contratación son los pactos colusorios entre los proveedores; quienes realizan acuerdos secretos o conspiraciones para actuar en conjunto y sacar a otros competidores del mercado; ofertan con aparentes precios bajos con los cuales logran las adjudicaciones; sin embargo, resultan ser precios sobrevalorados o en muchos de los casos terminan realizando contrataciones complementarias para cumplir el contrato principal.

Los efectos de la corrupción y los sobreprecios en la contratación pública son perjudiciales para la sociedad; uno de ellos es el desvío de recursos públicos para intereses privados; toda vez que al comprar bienes o servicios sobrevalorados se está beneficiando a un grupo reducido de la sociedad; ante delitos nocivos que menoscaban el patrimonio estatal es fundamental implementar reformas integrales que frenen la comisión de esta conducta; caso contrario lo que se fomentará es más corrupción en el sector público y creando desconfianza en las instituciones públicas; en razón de ello esta conducta de sobreprecio en contratación pública debe ser un delito imprescriptible y debe ser considerado como una modalidad más del delito de peculado del Art. 278 del COIP.

Elementos objetivos y subjetivo del tipo penal del Art. 294.1 del COIP

El sujeto activo del delito de sobreprecios en la contratación pública en el Ecuador generalmente involucra a individuos o entidades que tienen un rol directo o indirecto en el proceso de contratación pública y que pueden llegar a presentar precios manipulados para obtener beneficios indebidos; los sujetos activos comunes en este tipo de delito son tanto el funcionario público como los proveedores. De esta manera, el sujeto activo se constituye en un sujeto activo calificado, que dentro de un proceso penal y en la configuración del tipo penal es aquel individuo que ejecuta la conducta de realizar de manera arbitraria procesos de contratación pública con una característica específica que estará identificada por el sobreprecio; en razón de la acción lesiva al patrimonio del Estado le corresponderá la sanción penal que establece la legislación penal.

Nuestro ordenamiento jurídico establece claramente que sujeto activo calificado deberá ser un funcionario público y un proveedor del Estado, quienes de manera arbitraria participen dentro de un proceso de contratación pública en el que se evidencie el eminente y comprobado sobreprecio; en relación a los funcionarios públicos, se refiere a aquellos funcionarios gubernamentales que participen en el desarrollo del proceso de contratación pública arbitrario; por ejemplo el funcionario público que crea la necesidad sin existir tal necesidad; o del funcionario que no realiza un verdadero estudio de mercado o de los miembros de la comisión técnica que conociendo del sobreprecio de las ofertas que presentan recomiendan la adjudicación; por la acción dolosa que ejecuten dentro del proceso de contratación pública responderán como sujetos activos del delito.

Cabe señalar que, en cuanto a la definición de servidor público, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 229 prescribe que: “Serán 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2023).

Esta definición incluye a una amplia gama de empleados públicos, desde funcionarios de alto rango hasta empleados de nivel medio y bajo; siempre que trabajen en entidades gubernamentales o del sector público y que participen activamente dentro de un proceso de contratación irregular en el que se establezca que el precio ordinario fijado para ese bien esta con sobreprecio o sobrevalorado.

Desde la doctrina se ha señalado que servidor público es cualquier persona empleada por una administración estatal; al ser una designación general, comprende a todos aquellos que mantienen relaciones laborales con entidades gubernamentales, integrados en cargos o empleos en entidades político-administrativas, así como en sus respectivas agencias y fundaciones de derecho público, o incluso, es una definición para toda persona que mantiene una relación laboral con el Estado, y su pago proviene de la recaudación de impuestos públicos.

Generalmente el servidor público tiene su origen en un concurso público; por ende está al servicio y en defensa del interés público, que en el caso del delito en análisis tiene la obligación de precautelar que los dineros públicos sean invertidos dentro de un proceso de contratación de manera adecuada, cuidado que el precio sea el precio normal u ordinario establecido en el mercado; de tal manera que el servidor público se convierte en un defensor del sector público, lo cual se diferencia de la actividad de un político, titular de un mandato público, que está directamente vinculado al Gobierno y no necesariamente al Estado de Derecho (Gordillo, 2020).

La calidad de sujeto activo no solo se encierra en el funcionario público; la norma penal extiende esta calidad de sujeto activo de la infracción a los contratistas o proveedores; al respecto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece la definición de contratista dentro de su artículo 6, numeral 6, que indica: “Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2023).

Dentro de este delito, la calidad de sujeto activo lo tendrá tanto las personas naturales o jurídicas que actuando como proveedores del Estado, se aprovechen para presentar en un proceso de contratación pública ofertas sobrevaloradas; inflando precios de manera fraudulenta para beneficiarse indebidamente de recursos públicos; por este acto responderán como sujetos activos del delito de sobrepuestos en contratación pública; estos proveedores pueden verse involucrados en colusión con otros proveedores para inflar precios dentro de un proceso de contratación; a fin de que se termine adjudicando aparentemente a la empresa con el mejor precio en el mercado; resultado claramente que la oferta de la persona natural o jurídica a la cual se adjudica el contrato no fue la más optima a los intereses del estado₁₁

Todo funcionario público y proveedor que actúe dentro de un proceso de contratación está obligado a observar la normativa de contratación pública a fin de realizar un proceso transparente y apegado a los intereses del estado; debiendo cumplir con ciertos requisitos previos como lo es el estudio de mercado para en base a ello establecer un precio referencial; lo que a su vez obliga a los proveedores a presentar precios reales y acordes al precio del mercado; de no hacerlo responderán como sujetos activos del delito y consecuentemente se les impondrán las sanciones que establece la ley.

El tipo penal del Art. 294.1 del COIP, deja claramente establecido quienes responden como sujetos activos del delito; consecuentemente todo funcionario público y proveedor que participe dentro de un proceso de contratación pública en el que se compruebe el sobreprecio responderá por este delito; esta normativa penal pretende castigar este tipo de conductas; sin embargo, a la larga permitirá que estos actos dolosos de corrupción queden en la impunidad, dado que es un delito prescriptible.

En el delito de sobreprecios en contratación pública, el sujeto pasivo es el Estado quien es la parte perjudicada por la manipulación de precios o la inflación artificial de costos en el contrato público; en términos legales, es la parte que sufre el daño al incurrir en gastos excesivos debido a precios inflados y manipulados lo que afectará negativamente no solo a los recursos públicos sino también a la sociedad en su conjunto.

Además del Estado como sujeto pasivo, también pueden existir terceros afectados por los sobreprecios; que en este caso serían las personas naturales o jurídicas que ante la falta de procesos de contratación pública transparente se vean afectados para competir; sin embargo no pueden ser considerados como víctimas dentro del presente delito, toda vez que el bien jurídico lesionado es la eficiencia de la administración pública, por ende la víctima será únicamente el Estado por verse menoscabado en su patrimonio por la adjudicación de un contrato con sobreprecio.

Es por esta razón, que dentro del proceso penal al ser considerado como víctima el Estado representado por la institución pública es a quien se termina disponiendo la reparación integral por el daño sufrido en su patrimonio; esto claramente cuando previamente a través de un juicio justo y respetando el debido proceso se haya establecido la responsabilidad penal de los procesados, en razón de ellos no solo se les imponen una pena privativa de libertad sino también la reparación integral por los daños sufridos como consecuencia del delito.

El objeto material del delito está representado por la manifestación que la acción humana deja en el mundo exterior; es decir sobre la cosa, objetos, persona, lugar, sobre la cual recae la acción; que, tratándose de este delito; vendría hacer el contrato de los bienes, servicios u obras que están siendo adquiridos a través de un procedimiento de contratación pública irregular. En este contexto, el objeto material se refiere específicamente al objeto contractual que se adquiere con eminente sobreprecio sin haberse considerado el precio normal del mercado, el cual va claramente en perjuicio al erario nacional, por ende, la acción de sobreprecios en contratación pública recae sobre los dineros públicos.

Por ejemplo, si una entidad gubernamental está contratando la construcción de una carretera, el objeto material sería el contrato de construcción de la carretera, pero también sería los recursos públicos por cuanto en la contratación existe un sobreprecio; lo cual ocasionará que el proceso de contratación sea arbitrario, debido a que existiendo oferentes que cumpliendo las mismas especificaciones técnicas y ofertando a precios menores se decida adjudicar al oferente con mayor precio; o por el contrario se verifica que dentro del mercado nacional o internacional lo contratado podría ser adquirido a precios menores de los presentados por los oferentes participantes dentro del proceso contractual.

Para evitar la existencia de sobreprecios dentro de un proceso de contratación pública es necesario observar la normativa de contratación pública, a fin de realizar procesos transparentes y competitivos; además debe ir acompañada de una legislación penal que sancione este tipo de conductas de manera ejemplar; con ello no solo gana el Estado sino la sociedad en general, pues nos obliga actuar dentro del marco de la ley.

En razón de lo planteado, resulta necesario indicar la importancia que tiene la contratación pública para el desarrollo de un Estado, por ello, la legislación que regula esta actividad debe ser más extensa, que tenga una capacidad de impedir el cometimiento de ilícitos a la hora de la aplicación de la contratación, pues, generalmente el índice de la corrupción por la mentada actividad, radica en el sobreprecio de la adquisición de los bienes y servicios, o en la ejecución de obras, hecho que por el mismo ordenamiento jurídico es vulnerable, toda vez que, tenemos regulación y control de precios en fármacos y productos de consumo alimenticio, no así en actividades de ejercicio profesional, como la prestación de servicios, o en la realización de obras (Campoverde et al., 2021, p. 300).

Al respecto, debe mencionarse que la contratación pública es un proceso fundamental en la administración eficiente y transparente de los recursos públicos; propende la búsqueda de bienes y servicios de calidad, pero al precio justo o al menos al precio establecido en el mercado; del mismo modo, la contratación pública fomenta la competencia en el mercado, esto incentiva a las empresas a mejorar la calidad de sus ofertas y a mantener precios competitivos reales.

La contratación pública se rige por procedimientos y regulaciones que promueven la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de los fondos públicos; por lo cual estos procesos deben ser abiertos al escrutinio público, lo que ayudará a prevenir la corrupción y el nepotismo; además que tiene un impacto significativo en la economía de un país; al otorgar contratos a empresas locales, se pueden generar empleos y fomentar el desarrollo de la industria local. estimulado con ello el crecimiento económico del país.

Sin embargo, un proceso de contratación pública que inobserva la ley y que adjudica contratos arbitrarios ocasionará problemas para el Estado; contratos que en su ejecución se verán obligados a ser suspendidas por las demandas o acciones que se puedan emprender; pero lo más grave es que se terminarán afectando el patrimonio del estado cuando se adjudiquen contratos sobrevalorados; dinero que pudiendo ser invertido en obras prioritarias de beneficio para la colectividad en general, termina yendo a beneficiar a unas pocas personas.

El bien jurídico protegido en el delito de sobreprecio en contratación pública al encontrarse dentro de la Sección 3a., del COIP, es la “eficiencia de la administración pública”, es decir lo que se busca es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública; y, no puede haber un buen funcionamiento cuando existe contrataciones irregulares que encierran despilfarro de dineros públicos; con ello no solo se afecta el bien jurídico protegido sino que además lesiona el patrimonio del Estado y a los intereses económicos de la sociedad en su conjunto.

El sentido de esta norma penal es proteger los fondos públicos que llegan a ser mal utilizados dentro de un proceso de contratación irregular; la mala utilización se debe al abuso que se realiza de los recursos estatales al contratarse con precios sobrevalorados; pero esta norma del Art. 294.1 del COIP, más que proteger permitirá que estos recursos públicos se vean más afectados y esto se debe a la benignidad de la sanción y a la prescripción de la conducta; es por esta razón que este delito no debió salir del tipo penal del Art. 278 del COIP.

El sobreprecio representa una inflación arbitraria o fraudulenta, lo que resulta en un gasto excesivo de los fondos públicos; es decir significa que se están utilizando más recursos de lo necesarios para adquirir un producto o servicio específico; como resultado el patrimonio público se ve perjudicado y los recursos que podrían haberse destinado a otros servicios públicos o proyectos quedan limitados; ello deviene claramente en la conculcación del bien jurídico protegido “eficiencia de la administración pública. Además de afectar el patrimonio público, los sobreprecios también pueden socavar la confianza en el gobierno y en el sistema de contratación pública; la falta de transparencia y la corrupción en la contratación pública pueden erosionar la credibilidad de las instituciones gubernamentales y minar la confianza de los ciudadanos en la gestión de los recursos.

El verbo rector de la conducta típica está representado por la acción de “realizar” acción que va acompañada de un adjetivo “arbitrariedad”; por lo cual para se configure este delito forzosamente tiene que desprenderse de un proceso de contratación pública el cual debe ser arbitrario; la arbitrariedad puede nacer de la falta de partida presupuestaria o cuando no se halle previsto dentro del plan anual de contratación la adquisición de determinado bien o servicio, como lo establece el Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; también puede darse el caso que no se cuente con el informe de pertinencia o favorabilidad emitido por la Contraloría General del Estado, o no se cuente con los estudios respectivos para el inicio del proceso de contratación pública, como así lo señala los Arts. 22.1 y 23 de la citada ley.

Dentro de las arbitrariedades más importantes de este tipo de delito sin duda constituirá lo que establece el Artículo 14 numeral 4 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; el cual tiene relación con los estudios de mercado; este es un elemento fundamental para establecer el inicio de un proceso de contratación pública, de no existir un estudio de mercado y realizarse el proceso se convertiría en un proceso arbitrario; debido a que el valor referencial que se establezca dentro de un proceso de contratación carecerá de un sustento económico real de mercado; en virtud de lo cual

proveedores u oferentes que participen dentro de un proceso de contratación pública presentarán precios inflados lo cual resultará en contratos con un eminente sobreprecio.

Estas arbitrariedades u otras que se presentaren dentro del proceso de contratación son las que hacen que la acción de “realizar” sea relevante para este delito, acción que necesariamente irá acompañada del “sobreprecio”, el cual nace a partir de un proceso de contratación pública arbitrario que termina en la adjudicación de un contrato por encima del precio real del mercado.

El verbo rector del tipo penal es concretamente “realizar”; se detalla que es una acción complementada de un evidente y comprobado sobre el precio al precio ordinario. Pero quien fije que no se adquirió un bien al precio de mercado ordinario es la Contraloría, pero en un tiempo posterior a la compra, es decir sin conocer la situación actual del mercado a la fecha de adquisición, esto supone una subjetividad o ambigüedad perjudicial para el derecho, toda vez que la norma no está clara (Borja, 2022, p. 12).

Desde la perspectiva del autor de la misma manera la analiza desde la acción de “realizar”; pues es preciso que este sobreprecio nazca de un proceso de contratación pública; a partir de este proceso se debe establecer la existencia del sobreprecio en la adquisición de un bien o servicio; para ello se deberá retrotraerse el análisis del precio al tiempo en el que se adquirió el bien o servicio; a fin de determinar si la compra del bien o servicio tenía precio elevado o estuvo acorde con el precio justo del mercado.

Los elementos normativos del tipo objetivo son características establecidas de manera general dentro del delito, que describe las circunstancias y condiciones que deben cumplirse para que el tipo penal deba ser considerado como delito; por ende, corresponde al Juez o al tribunal realizar la valoración e interpretación del texto de la norma penal acompañada de otros conocimientos jurídicos sociales y éticos.

Cecilia Sánchez en cuanto a los elementos normativos indican que son aquellos elementos que implican siempre una valoración, y por ende, un cierto grado de subjetivismo (“documento”, “honor”, “buenas costumbres”, etc.), o bien se trata de remisiones directas a otros órdenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o a aceptar un juicio sobre un comportamiento. No se trata de una valoración personal, sino que está subordinado a normas judiciales, normas sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento socialmente reconocido y conocido por su carácter público y notorio. En algunos casos se refiere a una comprensión del sentido técnico del concepto, comparado con el vocablo utilizado de manera corriente en el lenguaje popular (Sánchez y José, 2009, p. 180).

Tomando en consideración el tipo penal tendremos que uno de los elementos a ser valorados es la existencia de un contrato público; en el cual se deberá determinar si el mismo deviene de un proceso de contratación pública irregular o si el mismo se dio cumpliendo los principios establecidos en el Ar. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y siempre que el mismo no se encuentre sobrevalorado y no sea contrario a los intereses del Estado.

Otro de los elementos normativos que corresponderá ser valorado es la “arbitrariedad del proceso de contratación”; que es lo que hace arbitrario al proceso; y es arbitrario cuando ¹⁵⁰

se cuente con el estudio de mercado y se establezcan un presupuesto referencial sin justificar de donde sale ese presupuesto referencial; otra arbitrariedad se presentaría cuando no exista el estudio de necesidad que justifique la real necesidad en la contratación del bien o servicio; en muchos de los casos se puede comprar bienes o servicios que la misma institución ya los tiene, o los bienes contratados que terminan sin uso o embodegados; cuando la necesidad no está justificada se vuelve arbitrario y la contratación pública queda más a discreción de los intereses de terceros más no del estado.

La arbitrariedad en el proceso de contratación también se presentaría cuando los términos de referencia o especificaciones técnicas del bien objeto del proceso de contratación pública, estén dirigidas para que pocos proveedores cumplan o que solo uno de ellos cumpla; limitando con ella la libertad de competencia de otros proveedores que podrían ofrecer el bien o servicio de mejores especificaciones técnicas y a precios menores; o cuando en la etapa precontractual de análisis de la ofertas se rechace una oferta o solicitan una convalidación de errores de forma pero en el acta no se justifica ni técnica ni legalmente el rechazo a la convalidación, siendo esta un derecho de los oferentes a pedir la convalidación cuando los errores son de forma, como lo establece el Art. 79 Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Otro elemento normativo que será valorado por el juzgador es el “sobreprecio”; el cual se deberá establecer en base al precio promedio establecido en el mercado para el bien o servicio a ser adquirido y el precio por el cual se adjudicó el contrato; la diferencia entre estos dos precios se podrá establecer si el precio pagado es justo o la oferta por la cual se adjudicó el contrato se encuentra sobrevalorada, sumado a ello el informe de contraloría que establecerá la existencia o no del sobreprecio en la contratación pública.

Un precio que no se ajusta al promedio del mercado para las mismas condiciones y cantidades de un bien o servicio, cuya utilidad rebasa la generalidad y cantidades de un bien o servicio, cuya utilidad rebasa la generalidad, que no encuentra justificación dentro de las circunstancias y el contexto que rodea el contrato es lo que constituye sobreprecio y lleva implícito el dolo o intención de querer apropiarse de recursos públicos por medio de ese valor (Montoya, 2021, p. 43).

Dentro de ello será necesario conocer que es precio, y no es más que “el valor pecuniario que se estima algo” (Real Academia Española, 2022); es decir es el valor determinado que se da a determinado producto objeto de venta o de servicio, ya sean estos tangibles o intangibles, la calidad de la marca; los costos de producción la oferta y demanda en el mercado, etc.

A esto se deberá conocer la diferencia que puede darse entre el derecho público y el derecho privado en cuanto a lo que se considera el precio justo; el privado estará supeditado a obtener los mejores productos de calidad a fin de tener una mejor competitividad con las otras empresas y generar ganancias mayores para la empresa; en este caso el fin del precio estará dado por fin lucrativo de inversión que puede obtener; por lo cual el precio será relativo; a diferencia del derecho público en el cual la fijación del precio no está dirigido para obtener un lucro; por el contrario busca que de acuerdo al precio normal del mercado se pueda obtener productos de calidad con los cuales pueda cubrir los costos de producción¹⁶

mantenimiento de los servicios públicos; es por ello que el precio de compra del producto o servicio deberá estar acorde con los intereses estatales a través de un precio justo.

En el derecho privado clásico prevalece la idea de la autonomía de la voluntad, y en consecuencia el precio es un concepto relativo, ya que cada quien según sus propias expectativas determina qué alcance le pueda dar al mismo. No ocurre así en el derecho público, pues en este contexto si debe imperar la idea de un precio justo según la cual debe existir equivalencia o equilibrio entre el bien o servicio que se recibe y el valor que se paga por ellos, se busca con las compras públicas el precio más conveniente para el interés público, pues la administración pública no tiene los mismos propósitos de una empresa, los cuales consisten fundamentalmente en generar lucro (Montoya, 2021, p. 43).

Esto implica que los precios de los bienes, servicios u obras involucrados en el contrato se han inflado artificialmente o se han establecido a un nivel superior al que sería razonable o justo en condiciones normales de mercado; en otras palabras, debe haber una pérdida financiera sustancial como resultado de los sobreprecios; en este caso se vulneraría el bien jurídico protegido eficiencia de la administración pública al no haber un debido cuidado en el manejo de los recursos estatales.

Otro de los elementos normativos del tipo penal será el análisis del proveedor adjudicado; para lo cual se entrará al análisis en relación a los otros oferentes o proveedores que pudieron haber presentado ofertas menores; a fin de determinar la actuación dolosa del beneficiario del contrato con sobreprecio; pues como proveedor y competidor de mercado tiene conocimiento de cuál es el precio real que tiene ese bien en el mercado; por otro lado se analizará si el mismo se encontraba o no calificado como proveedor para el Estado; al respecto Borja ha señalado que:

Al analizar detalladamente la estructura del tipo penal antes citado, hablamos de varios elementos normativos los cuales hacen que este delito no pueda ser comprendido en su totalidad por parte de quienes se verían involucrados en un proceso de esta naturaleza. Referirnos a que una persona o un proveedor realice arbitrariamente un evidente y comprobado sobreprecio, nos conduce específicamente a pensar en una voluntad dolosa del sujeto activo de la acción, el mismo que debe ser calificado (Borja, 2022, p. 12).

Como se ha dejado anotado en líneas anteriores los elementos normativos con características generales que serán valorados por los jueces para determinar si la conducta que está siendo analizada se subsume al delito de sobreprecios en contratación pública.

Por otra parte, dentro de la configuración del tipo penal se encuentran los elementos descriptivos, los cuales se encuentra relacionado con las características del objeto del delito; es la descripción de la parte objetiva del delito, aquello que es perceptible por nuestros sentidos, son los que se pueden ver, tocar; de tal forma que son de fácil conocimiento para las personas; dentro de estos también se hallan los elementos descriptivos subjetivos; es decir los elementos descriptivos pueden constituirse tanto de elementos objetivos y subjetivos; justamente es lo que caracteriza la conducta tipificada por el legislador y que hace que una conducta difiere de otra, pues los elementos descriptivos son diferentes en cada conducta.

Los elementos descriptivos están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al psíquico, se acostumbra a distinguir entre: a) Elementos objetivos des; descriptivos, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo inhumación. b) Elementos subjetivos descriptivos, pertenecientes al mundo síquico de la gente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su liberta sexual (Devesa, 1981, p. 107).

Los elementos descriptivos es la especificación de lo que dice la norma, como se construye el tipo penal; en otros términos, es la especificidad respecto de la generalidad de la norma; tomando en consideración la concepción descriptiva y que la misma se halla representada por la parte visual y de fácil conocimiento para las personas.

Dentro del delito de sobrepuestos en contratación pública los elementos descriptivos estarían representados por la construcción del tipo penal a ser probado dentro de un caso concreto; en el caso de los elementos objetivos como la calidad del sujeto activo, al ser un tipo penal que involucran a funcionarios públicos, tal calidad se deberá demostrar con las acciones de personal; en el caso de los proveedores, estos deberán demostrar que están inscritos en el Registro Único de Proveedores; en este caso la certificación que emitan el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), determinará si están habilitados o no para participar en los procedimientos de contratación pública, como lo establece el Art. 6 numeral 29 de la LOSNCP.

Registro Único de Proveedores.- RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2023).

El sujeto pasivo en el presente caso siempre estará representado por la víctima que en este caso es la institución pública del estado que se ve afectada por el proceso de contratación pública; el objeto material se hallará representado por la respectiva pericia contable que demuestre la existencia del sobrepuesto en la contratación pública; en cuanto al verbo rector del tipo penal se establecerá con la pericia en contratación pública que demuestre que la “realización “el proceso de contratación pública arbitrario; es decir el elemento descriptivo es el análisis específico de los elementos de la norma; el cual está relacionado con los elementos de prueba con el que se demuestra cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Por último, se encuentra el elemento subjetivo “dolo”, él cual no es más que la intención consciente y voluntaria de cometer los elementos objetivos del tipo penal; en otras palabras, el dolo implica que el autor del delito actuó de manera deliberada y con conocimiento de que su acción era incorrecta y contraria a la ley penal con la clara intención de causar daño o perjuicio al bien jurídico protegido.

Asimismo, se requiere en el dolo que el acto que realiza sea voluntario; en el cual no exista circunstancias externas que afecten esa voluntad y le obliguen a la realización del hecho, en

contra de su voluntad, se requiere que el autor decida por su propia voluntad ejecutar el acto comprendiendo la ilicitud de su conducta.

El aspecto subjetivo en el caso del delito de sobrepuestos en contratación pública, es la intención dolosa del autor de realizar un proceso de contratación pública arbitrario con la finalidad de beneficiarse de manera indebida de recursos estatales, a través de la inflación o manipulación de precios; beneficiándose de un contrato sobrevalorado en el cual no existió un precio justo, por no estar acorde con la realidad de precio ordinario establecido en el mercado a la fecha del proceso de contratación.

En el proceso penal será necesario que se demuestre el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se ha cometido; no basta con demostrar que el autor tenía la intención de cometer el delito, sino que también debe entender que su acción es contraria a la ley; la presencia de dolo al igual que los elementos objetivos del tipo es fundamental para establecer que la conducta es típica, para pasar al análisis de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta e imponer la respectiva sanción penal.

El delito de Peculado en nuestra legislación penal

El delito de peculado es uno de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, y que está relacionado con el mal uso, apropiación, distracción y disposición arbitraria e indebida de los bienes públicos de propiedad del Estado; disposición arbitraria cometida por parte de funcionarios gubernamentales y por aquellos personas que sin tener tal calidad se terminan beneficiando de recursos estatales, entre los cuales se encuentra los proveedores y toda aquella persona que de una u otra manera participa de forma activa dentro de la comisión del delito.

El Ecuador ha enfrentado desafíos constantes relacionados con el peculado; los gobiernos han lidiado con casos notorios de corrupción que han erosionado la confianza pública en las instituciones gubernamentales, toda vez que los contratos estatales en vez de ser un beneficio para la sociedad terminan perjudicando los recursos estatales.

El peculado en Ecuador tiene profundas raíces históricas y sigue siendo un problema significativo en la actualidad; la lucha contra esta forma de corrupción merece que sea un delito imprescriptible toda vez que lesiona el patrimonio del Estado; al ser una conducta penalmente relevante y que causan una conmoción en la sociedad ha hecho que el legislador considere nuevas formas de comisión de este delito, como aparece de las reformas realizadas al COIP, el 17 de febrero de 2021, publicadas en el Registro Oficial No. 392; en cuyo artículo 278 inciso 3 numeral 3 literal e) dice:

Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual versa la infracción sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor (Código Orgánico Integral Penal, 2023).

La consideración de este tipo de conducta como un delito de peculado responde a la ampliación de nuevas formas de cometer este delito; sin embargo, así como se incluyen este tipo de acciones lesivas en otros casos en cambio los legisladores han sido magnánimos como se evidencia con el delito de sobrepagos en contratación pública previsto en el Art. 294.1 del COIP, conducta que pese a estar considerado antes de las reformas al COIP, como un delito de peculado hoy es un delito prescriptible y sancionado con una pena de 5 a 7 años.

Las acciones que constituyen peculado, pueden variar según las leyes y regulaciones de cada país; en unos será conocido como peculado y en otros como malversación de fondos; cualquiera sea la forma de tipificación en los códigos penales, siempre estas conductas estarán identificadas por el bien jurídico protegido que es la eficiente administración pública o correcta administración pública, en la protección de los recursos estatales; la ilicitud de esta conducta ocurre cuando un servidor público utiliza de manera indebida o se apropia ilegalmente de dinero, bienes o recursos que están bajo su responsabilidad o administración en el ejercicio de sus funciones, para beneficio personal o de un tercero.

El jurista francés Claude Rousselle define el peculado como "el acto de un funcionario público que se apropia o utiliza ilegítimamente bienes o fondos públicos que están bajo su control o responsabilidad en el ejercicio de sus funciones". Por su parte, Fernando Castillo Córdova define el peculado como "el delito cometido por un servidor público que dispone de dinero o bienes públicos a su cargo, con el propósito de obtener un beneficio personal o para un tercero, sin la debida autorización legal" (Tablante y Morales, 2020, p. 216).

Raúl Chanamé Orbe, define el peculado como "el delito que comete un funcionario o servidor público que dispone de los caudales o efectos públicos en provecho propio o de un tercero, o permite que otros los utilicen en forma contraria a los fines de la institución o entidad a la cual pertenece" (Tablante y Morales, 2020, p. 216).

Estas definiciones de peculado, proporcionadas por diferentes autores reflejan la idea central de este delito como abuso, distracción o disposición de fondos o recursos públicos por parte de funcionarios públicos en beneficio propio o de terceros, en violación de sus deberes y responsabilidades legales. Las definiciones pueden variar ligeramente en sus detalles, pero todas se centran en el abuso de la posición de confianza que tienen los servidores públicos.

Elementos objetivos y subjetivo del tipo penal Art. 278 del COIP

En el delito de peculado el sujeto activo es un servidor público o conocido también como "intraneus"; es quien o (es) cumple la condición exigida por el tipo penal que es tener la calidad de funcionario público, lo cuales en virtud del cargo que desempeña proceden a abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente de dineros públicos que están bajo su responsabilidad. Este funcionario público puede ocupar diversos cargos en la administración pública, como un empleado gubernamental, agente de policía, alcalde, ministros entre otros; con la característica que los recursos estatales deben estar en poder del funcionario público; es decir que se hallen bajo custodia, acceso y control de los bienes.

El tipo penal establece una relación funcional entre el sujeto activo calificado “funcionario público” y los bienes públicos estatales, es decir que el delito se comete en el contexto de sus funciones y de los bienes que estén bajo cuidado y custodia si no existe esta relación no puede responder como sujeto activo calificado del delito; al respecto Muñoz Conde indica que “el carácter del sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos” (Muñoz, 2004, p. 1015).

La calidad de sujetos activos también se extiende a los particulares, a quienes la doctrina los llama *extraneus*, quien no teniendo la calidad de funcionarios públicos sin embargo responde como sujetos activos del delito por la participación que pueden tener dentro de la comisión del delito; en este aspecto con la reformas al COIP que se dieron el 17 de febrero de 2021, publicadas en el registro oficial 392, considera plenamente dentro del tipo penal ya no sólo a los funcionarios públicos sino también a los proveedores, los cuales son particulares; antes de esta reforma para sancionar a los particulares que se beneficiaban de los recursos estatales, respondían dentro de un proceso penal como sujetos activos del delito de peculado por la extensión que hacía el Art. 233 inciso 2 de la Constitución de la República en la cual se indica que “estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Constitución de la República del Ecuador, 2023).

Con la concepción actual de la norma es claro que los particulares responden directamente por la configuración de la norma del tipo como sujetos activos y ya no solo por la norma constitucional; pues este proveedor es quien al final dentro de un proceso de contratación pública se termina beneficiándose de los recursos estatales.

En cuanto al sujeto pasivo, este delito estará representado por la víctima directa que es el Estado esto cuando se trate de bienes públicos y en el caso de las instituciones financieras tendrán la calidad de víctimas cuando sus funcionarios o empleados abusen, apropien, distraigan de bienes muebles e inmuebles o de dineros privados que estén es su poder.

El objeto material en el delito de peculado está relacionado con los bienes estatales; sean estos bienes muebles o inmuebles, dineros, documentos, estudios, proyectos, etc., sobre los que recae la acción del sujeto activo del delito; teniendo en cuenta que estos bienes deben estar en custodia o en poder del funcionario público y que estos bienes vayan en beneficio del funcionario público o de un tercero que puede ser un particular. El objeto material puede variar ampliamente y puede incluir:

1. Dinero público: Esto puede abarcar fondos que están en cuentas gubernamentales, presupuestos estatales, ingresos fiscales, impuestos recaudados, entre otros.
2. Bienes públicos: Incluye propiedades, vehículos, equipo, infraestructura u otros activos que pertenecen al Estado o a una entidad pública.

3. Recursos públicos: Esto puede comprender cualquier recurso o insumo que sea propiedad del Estado o de una entidad gubernamental, como suministros, material de oficina, combustible, entre otros.

El objeto material en el delito de peculado estará siempre representado por bienes que configuran el patrimonio estatal, de tal forma que la acción del sujeto activo debe recaer sobre estos bienes del Estado o de los bienes o recursos de la institución financiera; como así lo indica Carrara “el objeto material del peculado (malversación) está pues, constituido por caudales o efectos públicos. Es decir, por caudales o efectos que pertenezcan a la administración pública en sentido lato (Donna, 2000, p. 264).

El bien jurídico protegido afectado por el delito de peculado es “la eficiencia de la administración pública”, por el cual se trata de proteger el patrimonio público o los recursos estatales; para que estos sean invertidos de manera adecuada y cumplan una función social de beneficio a la sociedad y no para beneficio de los proveedores o de unos pocos funcionarios públicos. Al respecto Edgardo Donna indica que “El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surge en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario” (Donna, 2000, p. 259).

Siendo así, el objeto formal “eficiencia de la administración pública” se halla íntimamente ligado al objeto material; toda vez que lo que busca es que por parte de los funcionarios pública exista un buen manejo de los recursos patrimoniales y su correcta gestión dentro de la administración estatal; cuando un funcionario público comete peculado, compromete la utilización adecuada de estos recursos y pone en peligro la confianza de la sociedad en sus instituciones gubernamentales. De este modo, el bien jurídico protegido en el delito de peculado es “la eficiencia de la administración pública”, cuyo objetivo principal es preservar la integridad de los activos estatales para que sean utilizados de manera legal y ética en beneficio de la sociedad y el Estado.

La conducta típica del delito de peculado gira alrededor de los verbos rectores “abuso, apropiación; distracción, disposición arbitraria”, “evadir” procesos pertinentes de contratación pública; el establecimiento de uno o dos de estos verbos acompañada lógicamente de los demás elementos objetivos y subjetivo del tipo penal permite la configuración de la conducta de peculado.

El verbo rector está relacionado íntimamente con la intención dolosa de perjudicar el patrimonio del Estado; conoce y sabe que como funcionario público tiene el deber de actuar en defensa de los bienes del Estado, más aún cuando es el custodio y responsable de los mismos; dentro de los contratos estatales es común observar la presencia de estos verbos rectores, como son:

1. Abuso: Según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española, “abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Es decir, el mal uso de los recursos del Estado” (Encalada, 2010, p. 1). 22

2. Apropiar: Este verbo se refiere a la acción de un funcionario público que se apropia indebidamente de fondos o bienes públicos para beneficio propio o de terceros.
3. Disposición arbitraria: Implica el acto de redirigir ilegalmente fondos o recursos públicos para fines diferentes a los que están destinados originalmente.

Un ejemplo de esta conducta es el “abuso”, acción que casi siempre está presente dentro de la adjudicación de contratos que devienen de procesos de contratación pública, como lo es los contratos con sobreprecio; este sobreprecio denota no solamente que existió un “abuso” sino también una “disposición arbitraria” de recursos públicos; pues se terminan disponiendo de dineros públicos más allá de lo permitido y afectando a otras partidas con el fin de cubrir el valor del contrato sobrevalorado; reflejándose que la contratación no se realizó con la debida austeridad.

Este verbo rector de abuso tiene mucha relación con el delito de sobreprecios en contratación pública, por cuanto este tipo penal también recae sobre el patrimonio del Estado; en razón de ello no se justifica como esta conducta que prácticamente tiene los mismos elementos del delito de peculado y que es lesiva para los intereses del Estado haya sido considerado como delito autónomo; es más por la gravedad de la conducta debe ser considerada como una modalidad más del delito de peculado.

Los verbos rectores de esta conducta están plenamente definidos, de modo que cualquier acción que se enmarque dentro de estos verbos, deberán responde por el delito de peculado; con ello se está sancionando a todo funcionario público que actué sin la debida fidelidad y cuidado sobre los bienes estatales al igual que los proveedores del Estado que se benefician de los recursos estatales de manera indebida.

Los elementos normativos son esenciales para determinar el alcance y la aplicación de una norma penal, estos elementos se encuentran presentes en la descripción del tipo penal, en ellos puede expresarse conceptos jurídicos; estos elementos serán objeto de valoración normativa por parte de los jueces que conocen determinado conducta dentro del proceso penal; por lo tanto son importantes para establecer si la conducta encaja o no en el tipo penal; como por ejemplo que es funcionario público, que es abuso, distracción, disposición arbitraria; como se había indicado anteriormente cuando se habló sobre los elementos normativos del delito de sobreprecios en contratación pública, se indicó que son aquellos elementos que caracterizan al delito y que es de fácil conocimiento; que tratándose del delito de peculado sería la presencia de un funcionario público, proveedor, recursos o bienes públicos sobre los cuales se va a realizar los actos de abuso, disposición, distracción y disposición arbitraria.

En el delito de peculado el elemento subjetivo siempre estará representado por el dolo; toda vez que el funcionario público actuando en el ejercicio de sus funciones procede de manera deliberada con voluntad y conciencia a apropiarse, abusar, distraer y disponerse arbitrariamente de los bienes públicos que se encuentran bajo su poder para beneficio personal como por ejemplo el caso de un ministro de gobierno que disponga de ²³un

helicóptero del Estado para trasladarme de vacaciones con su familia; en este caso el funcionario público tiene conciencia que el bien no le pertenece, conoce que es prohibido usar bienes del Estado para uso personal; sin embargo, a pesar de ello decide ocuparlo, es claramente que su conducta va a hacer dolosa.

La actuación dolosa del funcionario público también está el permitir con sus acciones que los bienes o dineros públicos que están bajo su custodia sean objeto de abuso o disposición arbitraria para beneficio de terceras personas; en esos casos el funcionario público no cumplió con su deber de probidad en el manejo de los fondos públicos.

El beneficiario de estos recursos públicos es un tercero que bien puede ser proveedor o contratista del Estado al cual se le adjudique un contrato del que se desprenda un perjuicio económico; su actuación dentro del proceso responderá por la actuación dolosa que tuvo este particular para beneficiarse de manera indebida de recursos estatales como sucede en los casos de contratos con sobrepuestos; como proveedores conocen el valor del precio normal fijado en el mercado para el producto o servicio requerido; si entran dentro de un proceso de contratación pública con una oferta mayor del precio ordinario del mercado y se le adjudica con ese precio; es claro que la actuación del proveedor es dolosa, pues tenía la clara intención de beneficiarse de recursos estatales con precios sobrevalorados.

El dolo en el delito de peculado estará representado por el conocimiento y voluntad que tienen los sujetos activos para cometer la conducta descrita en el tipo penal del Art. 278 del COIP.

Semejanzas y diferencias entre el delito de peculado y sobrepuestos en la contratación pública

El delito de sobrepuestos en la contratación pública y peculado, son delitos de corrupción que afectan los recursos estatales, dada la lesividad de las conductas se hallan recogidas en nuestro Código Orgánico Integral Penal, a fin de sancionar aquellos funcionarios públicos y particulares que se terminan apropiando de los bienes del Estado; si bien es cierto que cumpliendo de esta manera una función de prevención y disuasión de este tipo de conductas; sin embargo si la sanción no es ejemplar poco o nada se conseguirá para frenar estos actos de corrupción.

Las penas en esta clase de delitos deben ser drásticas; pero dada la realidad de nuestro país, no es así; es más severamente sancionado el delincuente común quien ante el robo con violencia de un celular de 300 USD, se llega a imponer una pena de 5 a 7 años; mientras que para el delito de sobrepuestos en contratación pública que incurre en una apropiación indebida de dineros públicos que puede ir de millones de dólares se le termina imponiendo la misma pena; en ese caso la sanción que contempla el Art. 294.1 del COIP, poco o nada podrá persuadir al funcionario público de cometer este delito.

La tipificación de estas conductas responde a la necesidad de garantizar la transparencia y eficiencia de los recursos públicos; un recurso bien utilizado ayuda a mejorar la

infraestructuras y servicios públicos para la colectividad; pero si la pena no es ejemplar en nada ayudara a disminuir la comisión de este tipo de delitos.

Desde la estructura como se encuentran conceptualizados en nuestra normativa penal estos delitos; se pueden establecer las siguientes similitudes y diferencias que se establecen a continuación.

Semejanzas:

- Ambos involucran dineros públicos, tanto el peculado como los sobrepuestos en la contratación pública están relacionados con el uso indebido de fondos públicos o recursos del Estado; por lo cual se relacionan en el objeto material del delito.
- En cuanto al bien jurídico protegido, ambos delitos tienen como objeto formal “eficiencia de la administración pública”; el cual tiene relación con el cuidado y buena administración de los recursos estatales; en ambos casos se causa un perjuicio económico al Estado.
- Ambos están caracterizados por los mismos sujetos activos del delito que tienen la cualidad de ser funcionarios públicos y los particulares como proveedores y contratistas del Estado; los cuales pueden verse inmiscuidos en delitos de peculado y sobrepuestos en contratación pública.
- En cuanto al sujeto pasivo en estos dos delitos será el Estado, quien es el directamente lesionado por los sujetos activos del delito.

Diferencias:

- La diferencia fundamental que se evidencia es que en el delito de peculado el verbo rector está representada por una conducta plurinuclear “abuso, disposición arbitraria, apropiación, distracción”; mientras que en el delito de sobrepuestos en contratación pública el verbo rector es uno solo, de tal forma que la conducta se encierra a una sola acción “realizar”; sin embargo esta acción de realizar un proceso arbitrario con evidente y comprobado sobrepuesto constituye un “abuso”; toda vez que el sobrepuesto no es más que un recargo exagerado y excesivo reflejando falta de austeridad; ello deviene también una “disposición arbitraria”, pues estoy disponiendo de recursos estatales para cubrir un precio sobrevalorado; lo cual puede terminar afectando la partida presupuestaria de otros bienes o servicios a ser contratados; esta acción dolosa que afecta los recursos del Estado es la que termina sancionado el delito de peculado.
- En el delito de peculado la acción del verbo rector no necesariamente debe provenir de un proceso de contratación pública; puede darse el caso que un funcionario público estando en cumplimiento de sus funciones puede llegar a disponer de bienes públicos que están en su poder o custodia; como el caso de un director administrativo financiero de una institución pública que distrae dineros para su beneficio personal o la utilización de trabajadores del Estado para

beneficio de una tercera persona; en estos casos el abuso y disposición arbitraria de dineros y bienes públicos no se desprende de un proceso de contratación pública; la diferencia de delito de sobrepuestos es que esta conducta necesariamente requerirá que exista un proceso de contratación pública el cual debe ser arbitrario.

- Otra diferencia que se puede observar, en el delito de peculado no se necesita que la Contraloría General del Estado emita un informe con indicios de responsabilidad penal; este puede o no constar dentro del proceso penal, ya que es forma más de conocer una noticia de delito; mientras que en el delito de sobrepuestos en contratación pública es un requisito fundamental que la contraloría General del Estado determine la existencia del sobrepuesto en contratación pública.
- En cuanto a la imposición de sanción estos delitos defieren; para el delito de peculado la pena va de diez a trece años, de cinco a siete y de siete a diez años; mientras que el sobrepuesto la pena es de cinco a siete años.
- Otra diferencia que se establece es que el delito de peculado es un delito imprescriptible; en cambio que el delito de sobrepuestos en contratación pública es un delito prescriptible.

Aunque el peculado y los sobrepuestos en la contratación pública están tipificados como delitos independientes; sin embargo, en su estructura se relacionan como se ha dejado evidenciado en líneas anteriores; ambos producen la afectación de dineros públicos y devienen de procesos de contratación pública arbitrarios; más que diferencias ambos procesos se encuentran íntimamente relacionados en el cual un factor importante es el sobrepuesto, que como se ha dejado indicado este es un acto de abuso y disposición arbitraria.

Problemas jurídicos al momento del juzgamiento del delito de sobrepuestos en la contratación pública

A partir de las reformas realizadas al Código Orgánico Integral Penal, públicas en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 392 del 17 de febrero de 2021, que entraron en vigencia a partir del 16 de agosto de 2021; se creó una nueva conducta típica dentro del Capítulo de los delitos contra la Administración Pública, que es el delito de sobrepuestos en contratación pública; este delito dentro del ámbito de juzgamiento penal ocasionará algunos problemas jurídicos en cuanto a su efectiva sanción, tomando en consideración que recién fue tipificado como delito; en tal virtud, dentro de un proceso los abogados pueden llegar a sostener que a la fecha de los hechos no estaba establecido como delito; en virtud de lo cual pueden invocar el principio de favorabilidad establecido en el artículo 76 numeral 5, que establece:

En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la

aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (Constitución de la República del Ecuador, 2023).

Este principio también se halla contemplado en el Art. 5 numeral 2 del COIP, principio procesal que constituye una garantía básica del debido proceso; en razón de ello las normas penales dentro de un proceso penal deben aplicarse e interpretarse de modo que más proteja o favorezca al titular de los derechos fundamentales; debiendo aplicarse siempre la ley más favorable al procesado, aun cuando esta ley fuere posterior a la comisión del delito. La favorabilidad se relaciona con la irretroactividad de la ley penal, es decir la ley rige para el futuro, por lo cual no procede sancionar una conducta cuando esta no se encuentra previamente descrita en la ley penal como delito, esto responde al principio de legalidad; solo las conductas tipificadas como delito pueden ser objeto de procesamiento para imponer la correspondiente sanción penal.

La irretroactividad del derecho penal admite una excepción clásicamente señalada por la doctrina: la ultraactividad y/o retroactividad del derecho penal que resulte más beneficiosa para el imputado; esta atenuación del principio general de irretroactividad del derecho penal asegura en síntesis, que la ley anterior, cuando sea más favorable, tendrá ultraactividad y prevalecerá incluso en el momento de la vigencia de la nueva ley. Lo contrario también es cierto, es decir, cuando la ley posterior sea más beneficiosa, retrocederá para abarcar hechos cometidos antes de su entrada en vigor (Díaz, 2022).

Así, la idea de irretroactividad del derecho penal, trae consigo la excepción para su aplicación cuando sea más beneficiosa para el procesado; en este sentido, Rodríguez explica que: la irretroactividad, como principio general del Derecho Penal moderno, aunque de origen más antiguo, es consecuencia de las ideas consagradas por la Ilustración, consagradas en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Aunque conceptualmente distintas, la El principio de irretroactividad quedó desde entonces incluido en el principio de legalidad, también contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Rodríguez, 2019).

De los conceptos señalados se tiene que la ley es irretroactiva rige para el futuro y tiene vigencia mientras la norma no sea despenalizada; sin embargo, siempre se podrá retrotraer cuando sea favorable para el procesado, como ocurre cuando una conducta ya no está tipificada como delito; por lo tanto si en el transcurso del procesamiento de esta conducta la misma ha sido despenalizada, esta conducta ya no puede ser juzgada; por cuanto el principio de legalidad lo impide por no ser ya un acto típico.

Asimismo, en el caso de que una situación jurídica favorezca, de cualquier otra forma, al autor de la conducta delictiva, provocando su aplicación a hechos ocurridos en el período anterior a su entrada en vigor; se aplicará dicha ley posterior a efectos de beneficio de la persona procesada. De esta manera, sobre las formas más beneficiosas de retroactividad del derecho penal, Van Weezel (2022) explica que: del principio constitucional penal de retroactividad se pueden extraer las siguientes disposiciones:

1º) la irretroactividad se aplica sólo a las normas penales más severas; 2º) en el caso de la ley penal más suave, la *loi plus douce* de los juristas franceses, el parámetro a seguir es la retroactividad de la ley más favorable. Esto puede ocurrir de dos maneras: el hecho ya no se considera delito según la nueva ley (*abolitio criminis*) y la nueva ley, de alguna manera, beneficia al agente (*lex mitior*). Por lo tanto, en el caso de una ley más dulce, hay retroactividad, cuando es posterior al hecho, o se produce ultra actividad, si es anterior al hecho (Van Weezel, 2022).

De esta manera, es posible aplicar una norma cuya entrada en vigor en el mundo jurídico se produjo con posterioridad a la ocurrencia de un hecho, siempre y cuando sea beneficiosa para el procesado, en ese caso se hablaría de retroactividad de la ley penal.

Desde la doctrina, se ha sostenido que el principio de favorabilidad es esencial para garantizar la justicia y proteger los derechos de los acusados en el sistema penal; ayuda a prevenir situaciones en las que una persona podría ser tratada de manera injusta debido a la aplicación de leyes más severas o desfavorables en su contra (Cuervo, 2019). Está claro que el propósito de este principio es aplicar que dentro de un proceso se aplique siempre la ley más favorable para el procesado, con ello se está buscando la efectivización de los derechos del procesado.

Este principio, nacido a partir del aforismo jurídico de in dubio pro reo—lo más favorable para el reo—es reconocido en tratados y convenios internacionales, así como en las legislaciones nacionales, tanto con carácter constitucional como normativo legal, prevé que existe la posibilidad de aplicar una norma jurídica más benigna en aquellos casos en los que el ordenamiento sufra modificaciones, así como una dualidad de normas aplicables a un mismo caso, sea cuando una persona se encuentre frente a un proceso penal o cuando incluso haya sido sentenciada (Figueroa, 2021, p. 242).

Sin embargo, el principio de favorabilidad, que busca aplicar la ley más benigna o favorable al acusado puede permitir que un acto delictivo quede en la impunidad; como sucede con la despenalización de un tipo penal, siendo un ejemplo de ello la eliminación del inciso segundo del Art. 285 del COIP, que establecía:

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 (Código Orgánico Integral Penal, 2023).

Antes de la reforma al COIP del 17 de febrero de 2021, esta conducta fue procesada y sancionada por ser penalmente relevante y por cuanto es un claro hecho de corrupción que afecta la eficiencia de la administración pública; sin embargo a partir del 16 de agosto de 2021 en que entró en vigencia esta norma; esta conducta no pueda ser objeto procesamiento o de sanción por cuanto ha desaparecido del catálogo de delito; de encontrarse en la actualidad esta conducta en procesamiento y en conocimiento de los jueces, los mismos resolverán aplicando el principio de favorabilidad y declaran “la extinción del delito y de la

pena por una ley posterior más favorable”, esto claramente amparado bajo la dispuesto en el Art. 72 numeral 2 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2023); hecho que así se puede observar dentro del proceso penal No. 17294201800704 sustanciado en la Corte Provincial de Pichincha.

En cuanto a la favorabilidad e irretroactividad de la ley penal en lo que tiene que ver con el delito de sobrepagos en contratación pública; al ser una conducta nueva que el legislador ha considerado dentro del catálogo de delitos y que entró en vigencia el 16 de agosto de 2021; este tipo penal regirá para el futuro; por lo cual los jueces no podrán retrotraer la ley penal para sancionar esta conducta antes de la vigencia de este tipo penal; esto claramente también respondiendo al principio de legalidad, en tal virtud los contratos que contengan sobrepago y que provienen de procesos de contratación pública arbitrarios quedarán en la impunidad por no ser delito a la fecha de los hechos.

El principio de favorabilidad, puede entrar en conflicto con el interés público cuando se despenaliza una conducta penalmente relevante; contribuirá a que la conducta sea más frecuente en la sociedad; lo mismo ocurre cuando se crea una ley más benigna como lo es el tipo penal del Art. 294.1 COIP, que pese a afectar los recursos del Estado como lo hace el delito de peculado es sancionado con una pena leve; esto podría generar preocupaciones sobre la protección de la sociedad, lo que afecta particularmente en los casos de los delitos contra la eficiencia de administración pública, en donde se puede generar mayor impunidad y además facilitar los hechos de corrupción (Neita y Pardo, 2020).

En el mismo sentido, la promulgación constante de nuevas leyes penales más benignas puede crear incertidumbre en el sistema legal penal y dejar en la impunidad actos de corrupción que lesionan los recursos del estado; en última instancia, el equilibrio entre la protección de los derechos de los acusados y la búsqueda de la justicia y la seguridad pública es un desafío constante en el sistema legal, por lo cual los legisladores al momento de crear una ley o despenalizar una conducta deben considerar los efectos o problemas jurídicos que se crearan en los procesamientos de esas conductas.

Prohibición de juzgamiento en ausencia del procesado

La prohibición de juzgamiento en ausencia del procesado, es una garantía que establece que una persona acusada de un delito tiene el derecho de estar presente durante su juicio o proceso penal; esto significa que no se puede llevar a cabo un juicio o proceso penal en contra de un individuo en su ausencia, a menos que haya una justificación legal adecuada y el acusado pueda ser juzgado sin estar presente (Vásquez, 2019). Esta garantía es esencial para garantizar un juicio justo y equitativo. La presencia del acusado en el juicio permite que se defienda, presente pruebas, cuestione a los testigos y tenga conocimiento de los cargos que se han formulado en su contra.

La ausencia del acusado podría socavar su capacidad para ejercer su derecho de defensa y ser contraproducente para la justicia dado que nuestra norma constitucional en el Art. 76 garantiza este derecho como una garantía del debido proceso; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico penal, también garantiza que ciertas conductas puedan ser juzgadas

en ausencia como lo es el delito de peculado; lo que no sucederá con el procesamiento del delito de sobreprecio en la contratación pública el cual necesariamente tendrá que ser juzgado con la presencia del procesado.

En tal sentido, debe tomarse en consideración que para llevar a cabo un proceso penal por un delito de sobreprecio en la contratación pública, el acusado debe ser debidamente notificado con el inicio del proceso y debe contarse con su presencia en la etapa de juicio; esto significa que no podrá continuar con el proceso penal en la etapa de juicio si no se cuenta con la presencia de la persona procesada; pues no es un delito que se puede juzgar en ausencia; por lo cual este es un problema jurídico que impedirá en muchos casos el juzgamiento de esta conducta.

Siendo una conducta grave, dolosa y perjudicial para los intereses del Estado, debe ser una conducta que se pueda juzgar en ausencia como así lo constituye el delito de peculado; ambas conductas involucran el mismo bien jurídico protegido, ambos recaen la acción sobre dineros públicos, tienen los mismos sujetos procesales, ambos pueden devenir de procesos de contratación pública arbitrarios para beneficiarse de recursos estatales; ante ello debe ser un delito que permita su juzgamiento en ausencia.

Si bien es cierto, que en los delitos que no se puede juzgar en ausencia se puede hacer uso de las medidas cautelares de carácter personal como lo es la prisión preventiva; permitiendo con ello la inmediatez del procesado al proceso penal; pero se debe tomar en cuenta que nuestra norma constitucional en el Art. 77 numeral 1 establece que la prisión preventiva no es la regla sino la excepción, por lo cual no siempre dentro de un proceso penal se ordenará tal medida; de llegar a justificarse que otras medidas distintas a la privación de la libertad pueden garantizar la presencia de la persona procesada al proceso se impondrán esas medidas.

Estas medidas no privativas de libertad del Art. 522 numerales 1, 2, 3,4 y 5, no siempre son efectivas, por el contrario, son de fácil incumplimiento y terminan permitiendo la fuga de las personas procesadas, evadiendo de esta forma la acción de la justicia; la prohibición de juzgamiento en ausencia del procesado en el delito de sobreprecio en la contratación pública, provocará la impunidad de la conducta pues los procesados pueden mantenerse en la clandestinidad hasta la que la conducta prescriba.

La acción de prescripción en el delito de sobreprecios en contratación pública

El instituto de la prescripción de la acción, es una figura legal que tiene como fundamento el paso del tiempo; que en el campo del derecho penal impide continuar con el ejercicio de la acción penal, lo que consecuentemente pese a constituir un hecho delictivo y existir la afectación al bien jurídico protegido no podrá ser sancionado por la figura de la prescripción, esta figura constituye un obstáculo legal para el inicio del proceso, como lo señala nuestra normativa penal en el Art. 586 numeral 4 del COIP.

La legislación penal encuadra la prescripción como causa de extinción de la acción y de la pena. Pedreira (2019) presenta la prescripción como un presupuesto de castigo,

específicamente, un presupuesto negativo de (obstáculo al) castigo. El autor sostiene que ciertos institutos regulados en el Código Penal constituyen en definitiva presupuestos positivos o negativos para la ejecución de la pena, es decir, la aplicación o ejecución de la consecuencia jurídica. Esto incluye, como presupuestos positivos, la denuncia y la acusación particular y, como presupuestos negativos (“obstáculos”), la prescripción del procedimiento penal y de la pena y las manifestaciones del derecho a la gracia, tales como la amnistía, el indulto genérico y el indulto.

Como figura jurídica es un obstáculo, no solo porque impide el inicio de un proceso penal, sino que además impide que esa conducta penalmente relevante pueda ser sancionada; consecuentemente el infractor habrá obtenido un beneficio jurídico que es la prescripción; mientras que la víctima habrá perdido el derecho a recibir justicia; desde esta óptica la prescripción es una figura negativa que impide la sanción de una conducta penalmente relevante.

Por otro lado, es una figura positiva que obliga a los operadores de justicia la observancia de resolver los casos dentro de un plazo adecuado; no se puede mantener abierta de manera indefinida un proceso penal; nuestra normativa establece límites de tiempo para la persecución de delitos que son prescriptibles.

Cerrada (2020) enmarca la prescripción (de la acción penal) como una causa de extinción de la pena. La extinción de la responsabilidad procesal conlleva la extinción de la punibilidad. Esto afecta a la relación jurídica punitiva y al derecho a castigar, mientras que la extinción de la pena afecta a la ejecución de la pena y, por tanto, también a la reacción jurídica punitiva, en la fase de ejecución. Por lo tanto, se encuentra ante dos causas de extinción de la responsabilidad penal: la extinción de la punibilidad y la extinción de la pena. No estamos, por tanto, ante un caso de extinción del delito, sino de los efectos jurídicos del delito, de su punibilidad.

La prescripción extingue la relación jurídica procesal, lo que impide la posibilidad de sanción, ya que el derecho penal sólo puede aplicarse mediante proceso penal. Para Gómez (2019), el tiempo transcurrido desde que se cometió el hecho significa que éste no requiere sanción. La prescripción del procedimiento no constituye una causa de exclusión de la ilegalidad o de la punibilidad, sino más bien una desviación de la pena. Serrano (2020) también integra la prescripción en una causa de suspensión de la pena, lo que refuerza su carácter sustantivo. El agente criminal sabe que desde el principio su conducta es castigada con una pena determinada, pero que existe un límite de tiempo en el cual su conducta delictiva puede ser perseguida penalmente.

La prescripción se halla estrechamente vinculadas al momento del tiempo en que se produjo el hecho; no está vinculada a la conducta del imputado, debido a que no se analiza en la prescripción si es o no responsable; se analiza el tiempo, en tal virtud previo a declarar la prescripción se deberá observar lo que establece los artículos 417 y 419 del COIP.

La prescripción en un concepto legal que establece que después de un cierto período de tiempo desde la comisión del delito, el Estado ya no puede perseguir, procesar o castigar al

presunto infractor, en otras palabras, la prescripción es la extinción de la acción penal debido al paso del tiempo; desde la doctrina se ha manifestado que los objetivos detrás de la prescripción son varios, entre los que se encuentran el proteger los derechos del acusado, ya que la prescripción se basa en la idea de que después de un cierto tiempo, la persecución de un delito se vuelve injusta para el acusado. Se supone que la persona acusada debe tener la oportunidad de seguir adelante con su vida sin temor constante a ser procesada por un delito cometido en el pasado (Serrano, 2020).

Asimismo, otro de los fines de la prescripción es la de promover la celeridad en la justicia. La prescripción también incentiva a las autoridades judiciales y fiscales a llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos de manera oportuna. Ayuda a evitar que los casos se queden sin resolver indefinidamente (Gómez, 2019). Finalmente, se considera que los fines de la prescripción es la de evitar la obsolescencia de pruebas y testimonios, ya que, con el tiempo, las pruebas pueden perder su confiabilidad, y los testigos pueden olvidar detalles o fallecer. La prescripción ayuda a garantizar que los procesos judiciales se lleven a cabo cuando la evidencia y los testimonios aún son frescos y confiables (Cerrada, 2020).

La prescripción de determinada conducta está determinada en la ley, varía y depende del tipo de delito; en los delitos graves pueden tener un período de prescripción más largo o incluso pueden no prescribir en absoluto, mientras que los delitos menos graves tienen períodos de prescripción más cortos.

Sin embargo, los conflictos pueden surgir si estos plazos no se adaptan a la complejidad del delito, a la duración de las investigaciones por la carga laboral y el tiempo en que se denuncian; tratándose de delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícitos, concusión, son delitos que se denuncian años después a la comisión del delito; en esta clase de conducta no hay problema que las investigaciones se inicien tarde en vista que no existe riesgo de prescripción; no así en el delito de sobreprecio en contratación pública que de no denunciarse a tiempo permitirá la prescripción del hecho ilícito; esto tomando en consideración que todo proceso penal tiene un tiempo de investigación; cualquiera sea este tiempo corto o largo se tienen que respetar las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa y proporcionarle el tiempo necesario para que se defienda, como lo establece el Art. 76 numeral 7 literal a) y b) de la Constitución; de tal forma aun cuando la causa este por prescribir se tendrá que respetar esta garantía constitucional.

Por otro lado, teniendo en consideración la lesividad económica que pueden causar al patrimonio del Estado, este tipo penal de sobreprecio en contratación pública debería ser un delito imprescriptible, por ser de la misma gravedad que el delito de peculado; ambos encierran perjuicio económico para el Estado y me atrevería a decir que la lesividad en esta clase de contratos con sobreprecios será mayor para el Estado.

Siendo un delito grave, será necesario que este tipo penal de sobreprecio en contratación pública pase a formar parte del delito de peculado a fin de que sea un delito imprescriptible; de no llegar a reformarse es tipo penal y seguir siendo considerado como delito autónomo; al menos sí debería los legisladores reformar este artículo para que sea considerarlo como delito imprescriptible.

Informe de la Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad

La Contraloría General del Estado como órgano encargado del control de la gestión pública y de los recursos público pueden auditar los funcionarios públicos de las instituciones del Estado; sobre las cuales se puede terminar emitiendo responsabilidades de tipo civil, administrativo y responsabilidades de tipo penal en cuyo caso se emitirán informes con indicios de responsabilidad penal.

Este informe con indicios de responsabilidad penal tenía importancia en el proceso de persecución y juzgamiento de delitos como peculado y constituía en un requisito de procedibilidad; el cual se hallaba descrito en el inciso final del Art. 581 del COIP, que establecía: “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” (Código Orgánico Integral Penal, 2023).

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la Contraloría General del Estado tiene el tiempo de 7 años para realizar cualquier ejercicio de control y establecer responsabilidades; pasado este tiempo caduca la facultad determinadora del órgano de control como lo establece el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; adicionalmente cuando se dispone el inicio de control se debe tener en cuenta lo que establece el Art. 25 ibídem, con respecto a que los informes deben ser “tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables” (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2023).

Como se puede observar la Contraloría General del Estado está sometida a plazos de control y emisión de informes; pasado este tiempo de llegarse a emitir un informe el mismo habrá caducado; esto constituía en una limitante para la fiscalía para el ejercicio de la acción penal; sin embargo la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia 5-13-IN/19 de 2 de julio de 2019, declaró la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del inciso final del Art. 581 del COIP.

Con la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, en materia anticorrupción, publicada en el Registro Oficial No. 392 del 17 de febrero de 2021, el informe con indicios de responsabilidad penal ya no constituye en un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal; solo es considerado como una forma más de conocer una infracción penal, como así lo establece actualmente el Art. 581.1 del COIP. Si bien es cierto; que en nuestra legislación penal este informe con indicios de responsabilidad penal ya no es necesario para el ejercicio de la acción penal; pero para el delito de sobrepagos en contratación pública es importante que la Contraloría General del Estado emita un informe en el cual se determine la existencia del sobrepago en contratación pública.

Este informe de alguna manera viene a constituir en una especie de requisito de procedibilidad y es una exigencia que impone el tipo penal; la falta de este informe en el delito de sobrepagos en contratación pública impediría procesar la conducta por no contarse dentro del proceso penal; informe que deberá ser presentado dentro del plazo máximo de 35

días; si no se emite dentro de este plazo puede ser causa de alegaciones para no ser considerado debido a que no se cumplió con el plazo que se establece para su emisión.

Julio Hernández explica que la procedibilidad es un vocablo que proviene de *procedere*, de lo que procede, es decir, lo que es pertinente conforme a lo preceptuado o aceptado por las prácticas y usos. Se le denomina así a las condiciones que contempla la ley para el cumplimiento de supuestos penales. De tal suerte, que es necesario que se cumplan todas las condiciones para poder ejercitar la acción penal en contra de una persona en específico (Hernández, 2021, p. 2).

Un requisito de procedibilidad es un elemento o condición que debe cumplirse antes de que se pueda iniciar o continuar con ciertos tipos de acciones legales, es un requisito que consta en la ley y que tiene el propósito de regular y controlar el acceso a la justicia en situaciones específicas. Por su parte, la Universidad de Navarra, que, en Glosario de Términos Jurídicos, respecto de los Requisitos de procedibilidad, explica que:

En ocasiones, el legislador ha exigido que para actuar procesalmente contra un posible autor de un delito se cumplan algunos requisitos previos. Se trata de requisitos de la procedibilidad, que vienen a establecer un "filtro" o selección de la actuación de la Administración de Justicia, al condicionar el inicio de un proceso por el hecho cometido. En esos casos, concurren intereses distintos al de la Administración de Justicia, que pueden hacer ceder a ésta en favor de la salvaguarda de aquéllos. Debe tenerse en cuenta que no afectan al delito, ya cometido, sino a la posibilidad de su persecución penal, que acabará produciendo que no pueda castigarse el delito en cuestión (Universidad de Navarra, 2021, p.1).

Estos requisitos de procedibilidad tienen como objetivo garantizar que las partes cumplan con requisitos que son necesarios para el procesamiento; su inobservancia puede ocasionar la nulidad del proceso; en el delito de contratación pública es necesario contar con el informe; pero considero que este informe no debería ser considerado como un requisito del tipo; ya que puede ser suplido a través de una pericia contable en la cual se establezca la existencia de sobreprecio del bien contrato y consecuentemente determine el perjuicio económico para el estado.

El Informe de la Contraloría General del Estado como requisito en el juzgamiento del delito de sobreprecios en contrataciones públicas puede retrasar el proceso legal, pero también proporciona una base sólida de evidencia para los casos y ayuda a garantizar una persecución penal más fundamentada y justa. Sin embargo, es importante que las autoridades judiciales y la Contraloría trabajen de manera coordinada para minimizar los retrasos y asegurar que se respeten los plazos establecidos para la emisión del informe.

Análisis de resultados

Para efectos de demostrar que el delito de sobreprecio en contratación pública constituye un abuso y disposición arbitraria de recursos públicos se citará dos casos; los cuales no constituyen ningún precedente jurisprudencial obligatorio; sin embargo, del análisis jurídico que realizan los señores jueces permitirá sustentar que el sobreprecio en contratación pública constituye un delito de peculado; debido a que cuando se paga por un bien o servicio por encima del precio real y justo del establecido en el mercado constituye un "abuso" y

“disposición arbitraria” de recursos estatales, en razón de ello los responsables de estas conductas han sido juzgados y sentenciados por el tipo penal del Art. 278 del COIP.

En el proceso No. 1772120110568B, sustanciado en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia; fiscalía sustentó en su teoría del caso un abuso y disposición arbitraria de recursos públicos al haberse realizado una contratación con una empresa que vendió equipos médicos por encima del precio; empresa adjudicada que a su vez había terminado comprando a otra empresa por un precio menor; del desfile probatorio se demostró la existencia de un sobreprecio en la contratación, lo cual llevó a los señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia a la certeza que existió un “abuso de dineros públicos”, hecho que así se pone en evidencia al realizar el análisis de los elementos de la tipicidad objetiva del tipo penal del delito de peculado.

(...) conforme a la prueba existente dentro de la presente causa (documental y testimonial), permitieron llegar a la certeza a este Tribunal, de que fueron abusados en un monto de cuarenta y cinco mil seiscientos veintiocho 40/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$45.628,40 USD), a través de un proceso de contratación pública (...) En el caso in examine, la conducta del sujeto activo del delito consiste en “abuso de dineros públicos”, por parte de un funcionario público (...) Esta prueba la existencia de una variación en los precios de los bienes adquiridos, conclusión a la que arriba el equipo de Auditoría de la Contraloría General del Estado (...) a pesar de que se tenía pleno conocimiento de que existían propuestas de las empresas (...), para la adquisición de los equipos médicos objeto del proceso contractual, por valores inferiores a los ofertados por la empresa (...). 4.- A causa de su actuar, se produjo una disposición abusiva de los erarios del Estado, causando un perjuicio por el monto de cuarenta y cinco mil seiscientos veintiocho 40/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$45.628,40) (...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”, resuelve: 1.- Declarar la existencia material del delito de peculado, tipificado en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal (...) (Causa Penal No. 1772120110568B, 2022, p. 10).

En este claro ejemplo, salta a la vista que el sobreprecio en contratación pública constituye un delito de peculado; debido a que los recursos estatales fueron utilizados sin austeridad y de manera indebida e ilegal; pudiendo haberse contratado a un precio menor y justo que establecía el mercado, se decidió contratar con la empresa o proveedor de mayor valor; reflejándose en este caso la conducta de “abuso”; acción que es elemento característico del verbo rector del tipo penal del delito de peculado, por lo cual los acusados fueron sentenciadas como autores y cómplices del delito de peculado.

Por otro lado, dentro de la causa penal No. 09286202001168, sustanciada ante el Tribunal de Garantías Penales con Sede en el cantón Guayaquil; se llega a establecer que en la compra de fundas de cadáveres existió un sobreprecio en la contratación, en vista que estas en el mercado tenían un precio menor de 12,00 USD pero la contratación fue por el valor de 148,50 USD; el exceso del precio constituyó un “abuso” y “disposición arbitraria” de recursos públicos que devino en un perjuicio económico para el estado ecuatoriano.

(...) Con relación al sobreprecio de las fundas de cadáveres: (...) Si (...) compra a USD \$48 cada bolsa el 30 de marzo de 2020, y luego la ofrece vender a USD 148.50, conforme aparece (...) en la oferta económica enviada al Hospital General del Norte de Guayaquil los Ceibos

I.E.S.S, el 08 de abril de 2020, (...) se comprobó que con fecha 03 de abril de 2020, el Hospital Pediátrico Baca Ortiz recibe 20 bolsas para embalaje de cadáveres adultos (...) a un precio unitario de USD 16,50, (...) con fecha 18 de abril de 2020, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Puerto Quito, compró 20 fundas para cadáveres a un precio unitario de USD 12.50, (...) en los meses de marzo, abril y mayo, si existían en el mercado valores diametralmente más bajos, (...) El pagar por un bien recibido, que es además imprescindible por las circunstancias de la pandemia es lo correcto, pero, bajo un justo precio; comprometerse mediante la suscripción de un contrato a pagar un sobreprecio en nombre del Estado, con recursos de este, constituye per se, una disposición arbitraria, pues, no hay causa ni legal ni legítima que lo justifique (...) Los verbos rectores son abusar, apropiar, distraer y/o disponer arbitrariamente (...) Es decir, si alguien se hace adjudicar un contrato aparentemente legal, con un sobreprecio visible y grosero, en un proceso contractual, donde existe un estudio de mercado, realizado con base a cuatro proformas que contienen precios inflados, y bajo esas condiciones se adjudica dicho contrato, es indudable que se lo está beneficiando (...) (Causa Penal No. 09286202001168, 2021, p. 15).

Los dos casos que han sido expuestos establecen como fundamento para acusar por peculado el sobreprecio; el cual deviene de un proceso de contratación pública que es irregular; por cuanto no existió en la fase preparatoria un estudio de mercado en base al cual se pueda establecer un precio referencial; la falta de este estudio permitió iniciar un proceso de contratación con precios inflados e irreales, permitiendo la adjudicación de contratos con sobreprecio; es importante que los procesos de contratación pública sean transparentes y cumplan la normativa en contratación pública y los intervinientes dentro de un proceso contractual fijen precios justos y óptimos para el estado; a fin que las adjudicaciones sean las más beneficiosas y justas para el estado; con ello no solo se fomenta el desarrollo económico del país; sino que además se está protegiendo la eficiencia de la administración pública y precautelando los intereses del estado; situación que en el presente caso no ocurrió toda vez que en ambas sentencias concluyen que existió un abuso y disposición arbitraria de dineros públicos.

Tomando en consideración que en el sobreprecio existe falta de optimización y despilfarro de recursos estatales, los cuales constituyen en abuso y disposición arbitraria; por lo tanto los responsables de estas acciones pueden ser juzgados y sancionados por el delito de peculado tal como se evidenció en los dos casos que han sido citados, en razón de ello es preciso que el actual Art. 294.1 del COIP debe ser incorporado como una forma más del tipo penal del Art. 278 íbidem.

Discusión

El análisis de los resultados obtenidos en la investigación sobre el delito de sobreprecio en la contratación pública revela una serie de problemas jurídicos y propuestas de solución. En primer lugar, se destaca que este delito, tipificado en el Artículo 294.1 del COIP, constituye un abuso y disposición arbitraria de dineros públicos, afectando el patrimonio del Estado. Sin embargo, su configuración como un delito autónomo plantea desafíos en el proceso penal, como la prescriptibilidad y la necesidad de un informe de la Contraloría General del Estado para su procesamiento.

La reciente reforma al COIP ha creado el delito de sobreprecio en la contratación pública como un tipo penal independiente; esta modificación busca abordar específicamente ~~este~~ **36**

forma de abuso de recursos estatales. Sin embargo, la inclusión de este delito plantea problemas adicionales en el proceso judicial, como la prescripción de la acción penal y la dificultad para juzgar conductas anteriores a su entrada en vigencia.

Uno de los problemas más significativos es la incompatibilidad del delito de sobreprecio con el principio de juzgamiento en ausencia. Dado que este tipo de delito requiere la presencia del procesado en el proceso penal, existe el riesgo de impunidad si el acusado se mantiene prófugo. Esta situación envía un mensaje negativo a la sociedad y socava la confianza en el sistema judicial (Montealegre y Bernal, 2020).

Se sugiere una reforma del COIP para incorporar el delito de sobreprecio en la contratación pública como una modalidad del delito de peculado, contemplado en el Artículo 278. Esta medida permitiría un enfoque más integral para abordar el abuso de recursos estatales y simplificaría el proceso judicial al evitar la prescripción y la necesidad de un informe de la Contraloría General del Estado.

Además, se resalta la importancia de fortalecer el sistema judicial y las instituciones encargadas de investigar y procesar los delitos relacionados con la corrupción en la contratación pública. Esto incluye la implementación de medidas para mejorar la capacidad investigativa y garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia de manera efectiva, lo cual contribuiría a combatir la impunidad y restaurar la confianza en las instituciones gubernamentales (Tablante y Morales, 2020).

De esta manera, la investigación subraya la necesidad de abordar el delito de sobreprecio en la contratación pública desde una perspectiva integral, considerando tanto sus implicaciones jurídicas como sus consecuencias sociales y económicas. La propuesta de reformar el COIP para incorporar este delito como una modalidad de peculado podría ser un paso importante hacia la mejora de la justicia y la lucha contra la corrupción en el ámbito público.

8. Conclusiones

La falta de transparencia en los procesos de contratación pública facilita la ocurrencia del delito de sobreprecio, por lo que resulta fundamental implementar medidas que promuevan la transparencia y la rendición de cuentas en todas las etapas de la contratación, desde la licitación hasta la ejecución del contrato, para prevenir la corrupción y garantizar el uso adecuado de los recursos públicos. En este sentido, el delito de peculado y sobreprecios en contratación pública, son conductas penalmente relevantes que encierran actos de corrupción; lesionan el bien jurídico protegido que es la eficiencia de la administración pública, produciendo resultados visibles y demostrables al afectarse los recursos patrimoniales del estado.

El sobreprecio en contratación pública es una conducta grave por afectar recursos estatales, en razón de ello no puede considerarse una pena inferior como la que establece el Art. 294.1 del COIP; toda vez que como se ha demostrado este acto de disponer de dinero públicos en contrataciones públicas con precio excesivo constituye un abuso; en virtud de lo cual este delito debe ser considerado dentro de la conducta del delito de peculado, ya que el delito de sobreprecios en la contratación pública es una forma de abuso; pues se utiliza los recursos

estatales de manera indebida, injustificada y sin austeridad, no existe una optimización de los recursos estatales dentro de los procesos de contratación pública; esto es lo que justamente se sanciona en el delito de peculado; por ende es necesario que exista una reforma del tipo penal del Art. 294.1 y pase hacer una de las modalidades del delito de peculado previsto en el Art. 278 del COIP.

El delito de sobreprecio en la contratación pública presenta problemas jurídicos como la inmediación procesal; de no contarse con la presencia del procesado dentro del proceso penal será un limitante para el juzgamiento; consecuentemente no se le podrá imponer una sanción; por otro lado, el procesado puede verse beneficiado por la prescripción de la acción penal y evadir la acción de la justicia. Es necesario reformar el artículo 278 del COIP, e incorporar el Art. 294.1 ibídem dentro del tipo penal de peculado; a fin que esta acción pueda ser juzgado en ausencia y sea un delito imprescriptible para no permitir la impunidad. Además, se ocasionará que este tipo de conductas se incrementen fomentando con ello la corrupción estatal, debido que los responsables apenas recibirán sanciones de 5 a 7 años, lo que no sucede con el delito de peculado donde la sanción puede ir de 10 a 13 años.

En el delito de sobreprecios en contratación pública tiene un papel fundamental el Informe de la Contraloría General del Estado que es la pieza clave para poner en evidencia la existencia del sobreprecio en la contratación pública; sin este elemento no se podrá sostener la conducta del tipo penal, lo que es un limitante para su procesamiento; lo cual no sucede en el delito de peculado, debido a que no es necesario la existencia del informe de contraloría, pues como lo establece el Art. 581.1 del COIP, es una forma más para conocer una infracción penal. Otro problema jurídico es la atipicidad de la conducta del Art. 294.1 del COIP; toda vez que es una conducta que recién entro en vigencia el 16 de febrero de 2021; en razón de ello cualquier hecho que se subsuma a la conducta de sobreprecios en contratación pública antes de su vigencia no podrá ser juzgada, lo que permitirá que esta conducta quede en la impunidad, debido a que a la fecha de los hechos no constituía delito.

La investigación del presente artículo científico pone en evidencia la necesidad de reformar el Art. 278 del COIP a fin que este tipo penal absorba al delito del Art. 294.1 del COIP, debido a que la contratación arbitraria con eminente sobreprecio constituye un abuso de dineros públicos. La impunidad en casos de sobreprecio en la contratación pública resalta la urgencia de fortalecer el sistema judicial y las instituciones encargadas de investigar y procesar estos delitos. Se requiere de la implementación de estas reformas necesarias para que las instituciones encargadas de la persecución penal del Estado puedan mejorar la capacidad investigativa y garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia de manera efectiva.

9. Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial Suplemento 595. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cge_23_ley_org_cge.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Penal*. Registro Oficial Suplemento 147. Obtenido de <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/03/CODIGO-PENAL.pdf>

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 279 de 29 de marzo de 2023. Obtenido de: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. Obtenido de: 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. (2023-05-16). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008. Obtenido en: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf
- Borja, R. (2022). Reforma al Código Orgánico Integral Penal respecto de los procesos de contratación pública: punitivismo en materia de anticorrupción y sus efectos en el Hospital Alfredo Noboa Montenegro. *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, 8(5), 1-24.
- Campoverde, A., Molina, J., & Castro, W. (2021). Eficacia de las leyes y de los organismos de control de la contratación pública. *Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, 7(1), 295-308.
- Causa Penal No. 09286202001168 (Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Guayaquil 12 de octubre de 2021).
- Causa Penal No. 1772120110568B (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, tránsito Corrupción y Crimen Organizado 21 de febrero de 2022).
- Cerrada, M. (2020). *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica*. J.M. Bosch Editor.
- Cuervo, S. (2019). *La retroactividad y el principio de favorabilidad en la pérdida de investidura*. UNIANDES.
- De la Mata, N. (2016). El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(17), 81-152.
- Devesa, J. (1981). *Derecho Penal Español*. Artes Gráficas.
- Díaz, A. (2022). *El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales: problemas y propuestas*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Donna, E. A. (2000). *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Encalada, P. (18 de Noviembre de 2010). *El delito de Peculado*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/el-delito-de-peculado/>
- Figueroa, B. (2021). El principio de favorabilidad frente a nuevos procedimientos del Código Orgánico Integral Penal. *Sociedad & Tecnología. Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones*, 4(1), 241-254.
- Freire, M. (2018). *"Los requisitos de procedibilidad en el delito de Peculado en el Ecuador"*. [Tesis de Maestría de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14701/DISERTACION%20MILTON%20FREIRE.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=En%20el%20Ecuador%20el%20delito,vigencia%20en%20el%20a%C3%B1o%201837.&text=En%201837%20bajo%20la%20presidencia,la%20actualidad%20i>
- Gómez, V. (2019). *La prescripción del delito: una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. B d F.

- Gordillo, A. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*. Fundacion de Derecho Administrativo.
- Hernández, J. (2021). *Enciclopedia Legal*. International Lawyers Network.
- Montealegre, E., & Bernal, J. (2020). *El proceso penal; estructura y garantías procesales*. Universidad Externado de Colombia.
- Montoya, M. (2021). *Los sobrepagos: identificación y corrupción en la contratación estatal*. [Tesis de Maestría de la Universidad de Caldas]. Obtenido de https://repositorio.ucaldas.edu.co/bitstream/handle/ucaldas/17619/ArlexMauricio_MontoyaLargo_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Muñoz, F. (2004). *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo blanch.
- Neita, D., & Pardo, D. (2020). *Principios de norma más favorable*. Universidad Externado de Colombia.
- Paredes, C. (2009). *El Delito de Peculado en el Ecuador*. [Tesis de Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>
- Pedreira, F. (2019). *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Rodríguez, f. (2019). *Principio de favorabilidad y su aplicación en el nuevo sistema acusatorio*. Universidad del Rosario.
- Sánchez, C., & José, R. (2009). *Derecho Penal: Aspectos Teóricos y prácticos con jurisprudencia Actualizada*. Juricentro.
- Serrano, A. (2020). *La prescripción del delito (tres cuestiones)*. Dykinson.
- Tablante, C., & Morales, M. (2020). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Universidad de Navarra. (2021). *Requisitos de procedibilidad*. Obtenido de Glosario de Términos Jurídicos: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/requisitosdeprocedibilidad.html>
- Van Weezel, A. (2022). *Curso de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Vásquez, M. (2019). *Debido proceso y medidas de coerción personal*. Universidad Católica Andrés Bello.
- Zapata, A., Arias, J., & Aradia, J. (2020). El delito de Peculado y su impacto socioeconómico en el Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5(2), 748-758.