

## **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.**

**Por:** Ronald Rolando Borja Borja

### **RESUMEN.**

El presente trabajo analiza los efectos de la Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, en materia anticorrupción que data de Registro Oficial, Segundo Suplemento Nro. 392 del 2021. Dicha norma reforma al Sistema Nacional de Contratación Pública e instaure ciertos tipos penales. Se demostrará que el efecto de la citada disposición es que los servidores públicos inmersos en temas de Contratación Pública sientan un temor reverente a la ley penal vigente y en ocasiones no ejecuten presupuestos necesarios por miedo a ser sujetos de investigaciones. La investigación se basará en el estudio de la norma y su efecto en el campo de estudio. Se propone que los elementos constitutivos de los nuevos tipos penales no distinguen una proporcionalidad entre conductas penalmente relevantes, evidenciando la necesidad de contar con tipos penales taxativos y completos, lo cual se logrará a través de una reforma. Esto se evidenciará con un estudio de campo dentro del Hospital Alfredo Noboa Montenegro Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro. La investigación aplicada es analítica, descriptiva y propositiva, pues se recolecta la información disponible de la norma citada y su influencia punitivista dentro del campo de estudio, con estos resultados se genera una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, a fin de lograr una tipificación proporcional.

**Palabras Claves:** Contratación Pública, Derecho Penal, Justicia, Procedimientos.

### **ABSTRACT.**

The present work analyzes the effects of the Reform Law to the Comprehensive Organic Criminal Code, in anti-corruption matters that dates from the Official Gazette, Second Supplement No. 392 of 2021. Said norm reforms the National Public Procurement System and establishes certain criminal types. It will be demonstrated that the effect of the aforementioned provision is that public servants immersed in Public Procurement issues feel a reverent fear of the current criminal law and sometimes do not execute the necessary budgets for fear of being subject to investigations. The research will be based on the study of the norm and its effect in the field of study. It is proposed that the constituent elements of the new criminal offenses do not distinguish a proportionality between criminally relevant conducts, evidencing the need to have exhaustive and complete criminal offenses, which will be achieved through a reform. This will be evidenced with a field study within the Alfredo Noboa Montenegro Provincial Hospital. The applied research is analytical, descriptive and purposeful, since the available information of the aforementioned norm and its punitive influence within the field of study is collected, with these results a proposal for a reform of the Comprehensive Organic Criminal Code is generated, in order to achieve a proportional typing.

**Key Words:** Contracting Public, Criminal Law, Justice, Proceedings.

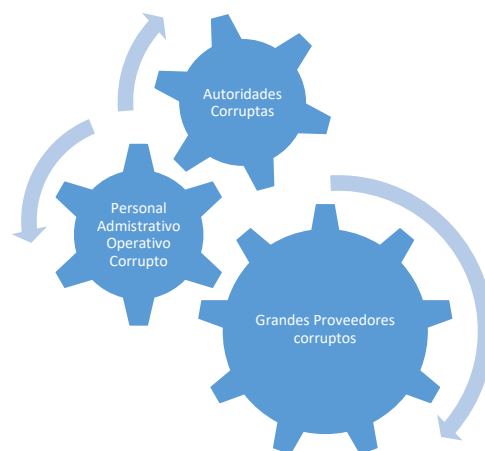
## INTRODUCCIÓN.

La corrupción aqueja diariamente a la administración pública eficiente, pues se ha visto como varios ciudadanos aprovechándose de cargos jerárquicos superiores han lucrado de negocios entre el Estado y privados, que ha conllevado a un déficit fiscal millonario del país. La salida que el Estado ha planteado frente a esta problemática ha sido la respuesta a estas conductas desviadas, con una sanción penal, es decir con la aplicación del *Ius Puniendi* como medida de combate frente a este particular. El punitivismo ha sido definido por (Cornejo Aguiar, 2016), como la acción de “castigar intensamente el cometimiento de conductas previamente tipificadas y entendidas como la mejor manera de la eficacia del poder penal” (p. 22)

Generalmente la postura de castigo excesivo por parte del Estado en el ejercicio de su poder punitivo, es una contradicción al denominado garantismo, puesto que el Derecho Penal ideal se requiere que los tipos penales sean proporcionales y se evite así una suerte de amedrentamiento a los ciudadanos. Justamente el miedo a la norma que se ha generado en este caso, es el centro de estudio y abordaje. Puesto que, tal como lo dice Eduardo Balestena (2006) “una penalidad que no sea razonable tampoco será ética ni transparente” (p. 56)

En el marco de esta lucha contra la corrupción el 17 de febrero del 2021, se publicó en el Registro Oficial nacional, suplemento segundo Nro. 392 la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, que en está compuesta por 25 artículos, una Disposición General, una Transitoria, once reformatorias a varias normas de contratación pública; y, una final. Pese a ser publicada en febrero del 2021 su Disposición Final establece que todas estas normas serán aplicables y entran en vigor a partir de ciento ochenta días posterior a la publicación de la ley, en el mes de agosto del 2021.

La norma antes citada tiene como fin principal reducir e incluso eliminar las malas prácticas de contratación estatal, pues quizá esta parte de la administración pública es la que ha dado más problemas y ha originado escándalos de afectación patrimonial al Estado; a lo largo del tiempo se ha determinado que estas actividades inusuales dentro del marco de la adquisición de bienes o servicios para satisfacer las necesidades del ente público se sostienen por la interacción permanente de los siguientes agentes:



**Gráfico 1:** Fuente y elaboración propias del autor.

Con los antecedentes analizados, es prudente analizar si la solución efectiva al fenómeno de la corrupción en el Sistema Nacional de Contratación Pública es la imposición de sanciones por concepto del nuevo tipo penal denominado sobreprecios en contratación pública, el cual castiga a los servidores públicos o a los proveedores que incidan en sobreprecio evidente y comprobado en la adquisición o provisión de bienes o servicios para el Estado.

El proceso de adquisiciones del Estado, se sustenta *per se* en varios principios rectores que en su conjunto sirven como una guía o base sobre los cuales se levantará cualquier proceso de contratación pública. Un principio dentro del mundo del derecho es como lo dice (Montes, 2018, pág. 79) “un conglomerado de estándares que no precisamente son normas, pero sirven de base y pilar de las mismas, estos deben ser observados porque representan la fuente de la justicia” (p. 13)

Por lo antes citado, se puede decir que el problema radicaría en que ciertos servidores públicos actuarían en contravención a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Además de este compendio de fundamentos rectores cuyo respeto es subjetivo, el Estado ha decidido que es necesario utilizar su capacidad normativa y establecer tipos penales que sirvan para reprimir acciones identificadas como dañosas dentro de la contratación pública a fin de castigar estos actos ilegales y salvaguardar la eficiente administración pública. Pero la interrogante que cabe en este momento es determinar si en efecto la tipificación de nuevas conductas penales es la solución definitiva al fenómeno de la corrupción.

El presente trabajo tiene como finalidad determinar si en efecto el punitivismo penal dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública, cumple el fin para el cual fue implantado o simplemente se excede en la tipificación de conductas penalmente relevantes sin criterio técnico alguno y lo que genera es un miedo reverencial a las normas penales en los servidores públicos que hacen adquisición estatal. Todo esto será evidenciado a través de una intervención en una entidad pública, específicamente en su Departamento de Adquisiciones, obteniendo resultados confiables que permitan verificar la incidencia de las últimas reformas en los procesos de contratación pública llevados a cabo por la entidad estudiada.

La situación descrita más arriba se manifestará en el caso del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro, ubicado en el cantón Guaranda, de la provincia de Bolívar. Esta es una entidad perteneciente a la Red Pública Integral de Salud del Ministerio de Salud, que tiene a su cargo la atención de segundo nivel dentro de toda la provincia de Bolívar; su presupuesto rodea alrededor de 9 millones de dólares en asignación estatal. Dentro de esta entidad existe un Departamento de Contratación Pública quien se encarga de la tramitación de todos los procesos destinados a satisfacer las necesidades de los pacientes y mantener la operatividad de esta casa de salud.

Justo en el ejercicio de sus atribuciones y competencias legales, estos funcionarios que conforman el Departamento de Adquisiciones, deben respetar y hacer respetar las leyes y reglamentos que engloban el denominado Sistema Nacional de Contratación Pública, pero las últimas reformas en materia de anticorrupción han creado una especie de zozobra que hacen que todos cuiden hasta el mínimo detalle de sus actuaciones y que en ocasiones prefieren no intervenir dentro de un proceso de contratación, debido al riesgo que esto generaría en un futuro no lejano.

En líneas generales, la importancia y relevancia de este proyecto, es determinar si en efecto la entrada en vigencia de las reformas en materia de anticorrupción publicadas en el registro oficial Nro. 392 del 17 de febrero del año 2021, son consideradas como normas punitivas que influyen de alguna manera en los procesos de contratación pública que se han desarrollado a partir de su entrada en vigencia dentro del campo de estudio, que en este caso es el Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro. Todo lo enunciado será posible debido a la revisión a detalle de la doctrina disponible al respecto del tema, la comprensión específica de la ley aplicable a la materia; y la recolección de datos mediante la aplicación de encuestas y entrevistas a informantes calificados, quienes facilitarán al investigador información de confianza, dichos resultados serán analizados e interpretados de manera global a fin de tener una perspectiva clara del resultado.

### **De la corrupción en procesos de contratación y la eficacia de normas penales restrictivas.**

El Departamento de Contratación Pública es el área álgida donde se lleva a cabo las contrataciones, de bienes y servicios, incluidos los de consultoría; los mismos que tendrán como objetivo satisfacer las necesidades de los ciudadanos que acceden a el goce de un derecho. En el caso abordado este Departamento adscrito a la Gestión Administrativa concentra un total de 3 funcionarios, especialistas en Administración de Empresas y Derecho, quienes se encargan de realizar la parte precontractual y asesoran en cada fase a los demás funcionarios intervinientes dentro de un proceso de contratación pública.

La reforma al COIP del 2021 en materia de anticorrupción ha causado que los servidores públicos inmerso en el mundo de contratación pública se mantengan alerta debido a los cambios dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal; llama la atención de sobre manera el tipo penal contenido en el artículo 294.1 denominado, “sobreprecio en contratación pública”. Al respecto se analiza dicho tipo penal y se denota una evidente falta de elementos normativos, puesto que se sancionará de cinco a siete años a quien considere la Contraloría General del Estado ha adecuado su conducta al tipo penal citado.

Los autores (Scheller D`Angelo, A. & Silva, Sh. 2017) señalan que el origen de la “corrupción dentro de la contratación pública se da debido a la discrecionalidad y la subjetividad con la que se maneja el dinero estatal, esto genera un ambiente corruptible” (p. 12)

Como se había citado en líneas anteriores, el mundo de la contratación pública es una gestión administrativa delicada, que demanda a todos los funcionarios que forman parte de un proceso de esta naturaleza en cualquiera de sus fases, sea obediente y conecedor de las leyes y normas que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública, debido a que en sus manos tendrá a su cargo la adquisición de bienes, servicios e inclusive servicios de consultoría, los mismos que serán destinados a satisfacer todas y cada una de las necesidades que tenga una entidad pública con autonomía financiera y administrativa.

Las administraciones públicas deben ser muy observadoras de la ley, desde el inicio de un proceso, puesto que se debe observar la clase de proceso que es procedente pues tiene a su disposición, a fin de satisfacer sus necesidades, los siguientes procedimientos:

1. Procedimientos dinámicos.
2. Procedimientos de régimen común.

3. Procedimientos de régimen especial.
4. Procedimientos especiales.

Una vez seleccionado el procedimiento y elaborados todos los estudios necesarios para publicar dicho proceso en el Portal de Contrataciones del Estado, corresponde de igual manera a los funcionarios que se encargan de la tramitación de dicho proceso, ser leales y respetuosos de cada disposición legal, a fin de tener un proveedor adjudicado que ha cumplido con todas las fases a satisfacción y que representa la mejor oferta bajo el criterio de selección calidad-precio, por lo tanto dicho proveedor será el adjudicado y el beneficiario del contrato administrativo que derive de dicho proceso.

Una pequeña falla en el proceso antes mencionado, genera dudas y oscuridad en las actuaciones administrativas, puesto que al momento mismo que un servidor público decide coartar la participación de uno o más proveedores debido a que otorga ciertas ventajas que está dirigidas a beneficiar a un grupo o un solo proveedor de confianza, este servidor ha incumplido la ley y da origen a prácticas corruptas ya conocidas por quienes hacen contratación pública, y las mismas serán sancionadas luego de que la Contraloría General del Estado determine responsabilidades en el momento de sus evaluaciones periódicas o los denominados exámenes de control a la gestión.

Pero aquí es donde surge un verdadero problema, con la inserción del tipo penal contemplado en el art. 294.1 del COIP que se refiere al “sobreprecio en contratación pública”; esto debido a que dentro de nuestra norma penal es distinguible el dolo y la culpa, por su puesto quien tenga el ánimo de lucrar o favorecer a sus amistades mediante las practicas poco leales en materia de contratación pública y en su accionar adquiera bienes o servicios de manera sobrevalorada, debe ser sancionado. Pero el problema radica en que el poder de determinación de la presunta comisión o no de un ilícito, es conferido a la Contraloría General del Estado, mediante un informe.

Esto sin duda ha generado una laguna jurídica, varias entidades públicas han consultado al SERCOP, cual es la tabla de precios oficiales para adquirir bienes o servicios, pero el mismo ha sido enfático, en el caso concreto del Ministerio de Salud Pública, se ha establecido precios techos para la compra de medicamentos pero no se habla de precios topes de bienes estratégicos de salud, por lo tanto no delimita que es un sobre precio, pues el mercado es variable y auto regulable es decir variara el precio de un bien o servicio dependiendo de su nivel de oferta y demanda.

Por lo expuesto y con el fin de demostrar los efectos causados por esta norma punitiva, se ha decidido abordar este tema con un campo de estudio determinado y los resultados de esta investigación servirá para generar una propuesta consolidada.

## **PROBLEMA.**

La eficiencia en la administración pública depende mucho del ordenamiento jurídico vigente, esto debido a que todo funcionario público rige su actuación a lo determinado en el principio de juridicidad o legalidad, es decir solo puede hacer lo que la normativa legal le permita al acuario estatal.

Dentro del normal ejercicio de las funciones propias de un ente gubernamental o no, está la actividad de contratar bienes y servicios que servirán para cubrir todas y cada una de las necesidades operativas de una administración pública, para lo cual se aplica las normas que regentan el Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual cuenta con una Ley, un Reglamento y una compilación de resoluciones externas con poder normativo que emite para el efecto el ente rector de este sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública.

En toda administración pública existe un departamento o área que se dedica específicamente a los procesos de contratación pública, justo en el caso de estudio se centrará el análisis en el Área de Adquisiciones o de Compras Públicas, del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro dentro del cual sus funcionarios actúan de manera condicionada por la excesiva punitividad de la norma penal, misma que se actualizó con la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción publicada en el año 2021.

En concreto el punitivismo se da respecto del ingreso de un nuevo tipo penal incompleto dentro de nuestro catálogo de delitos en el artículo 294.1 del COIP, el cual abre una puerta peligrosa al otorgar a la Contraloría General del Estado en el ejercicio de su potestad controladora, determinar el precio ordinario y sobre todo determinar si una conducta de un funcionario tiene rasgos de tipicidad sin tener un conocimiento de Derecho Penal o contar con auditores especializados en materia penal.

Poco o nada se ha hecho respecto a esta incidencia que acarreará en futuras acciones de control de la Contraloría General del Estado, por eso se resalta la importancia de esta investigación exploratoria para sobre la base de los resultados obtenido en el campo de estudio se pueda generar una propuesta de reforma a nuestra normativa penal vigente.

## **MARCO TEORICO REFERENCIAL.**

### **De los orígenes de la contratación pública en Ecuador.**

El Estado siempre tendrá como uno de sus fines principales, adquirir bienes o servicios prestados por terceros, a fin de satisfacer sus necesidades y permitir la operatividad de toda la administración pública, debido a que es imperante para la valoración de un gobernante mantener un hospital abastecido, su flota vehicular operativa, adquirir insumos para la extracción petrolera, contratar el mantenimiento o creación de vías terrestres para la mejor movilidad, entre otros.

Estas adquisiciones deben obedecer a un sistema jurídico previamente definido, es decir a un conjunto de normas que indique las reglas claras con las que se adquirirá un bien o un servicio por parte de los organismos y dependencias de la administración estatal; en la actualidad nuestro país cuenta dentro de su ordenamiento jurídico con un conjunto de disposiciones legales que conforman el denominado Sistema Nacional de Contratación Pública, pero no siempre existían dichas normas, debido a que las mismas obedecen a un compendio de evolución normativa que ha sido perfeccionada con el paso del tiempo.

Los orígenes de la contratación pública dentro del Estado ecuatoriano, si queremos ser precisos, se remonta al origen mismo del Ecuador como República, puesto que para esa fecha se tiene un pequeño registro según la Ley orgánica de Hacienda de esa fecha que: todo contrato debe

ser otorgado previo la existencia de una licitación y para ello crean la Junta de Licitaciones, la misma que tenía como objetivo regular la contratación estatal<sup>1</sup>.

De ahí en adelante dicha norma se evoluciona, hasta que de la revisión de la historia disponible se tiene registro que en el año de 1990 se decide por parte del ejecutivo compilar una serie de normas dispersas en materia de contratación y se expide la primera Ley de Contratación Pública la misma que tenía como bandera principal, el establecer un marco jurídico normativo que regule las contratación con el Estado, por primera vez en la vida republicana del Ecuador se habla de procesos pre contractuales y de tramites especiales para materia de hidrocarburos.<sup>2</sup>

Una vez que se cuenta con la primera Ley de Adquisiciones Estatales lo que se ha hecho de manera subsecuente es evolucionar normativamente junto con las demás naciones, porque lo que se debe resaltar es el hecho que nuestro país se nutre mucho de las normas comparadas o del Derecho de otros países. Con estos antecedentes llegamos hasta la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que dentro de su marco normativo contempla en el 2008 la creación y establecimiento de un marco normativo actual que regente las compras públicas de tal manera que se promulga además la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con un ordenamiento jurídico novísimo, debido a que se incorpora varias figuras contractuales y de contratación que nunca se habían visto en nuestro país, se crea además al organismo rector de las adquisiciones, el Servicio Nacional de Contratación Pública quien tiene como misión controlar el sistema y a su vez instrumentar disposiciones que faciliten, delimiten y aclaren la aplicación de las normas y procedimientos propios de las adquisiciones.

### **De los casos de corrupción en materia de Contratación Pública.**

Pese a que el Sistema Nacional de Contratación Pública es un sistema de adquisiciones novísimo relativamente dentro del Estado, ya ha sido blanco de múltiples casos de corrupción que generan por supuesto una percepción de desconfianza por parte de varios ciudadanos.

La pandemia mundial del SARS-COV 19 o denominado COVID 19 en el año 2020 generó quizá la mayor debacle de la contratación pública en materia sanitaria, toda vez que salieron a relucir varios casos de corrupción, que tenían como denominador común el aprovechamiento de sistemas especiales o regímenes directos por declaratoria de emergencia, esto fue de dominio público debido a los medios de comunicación de difusión masiva.

Posiblemente la permisibilidad que tiene la norma respecto de los mecanismos de contratación vía régimen especial o directo sea la causa de las olas de corruptela que hemos sido testigos; o en su defecto la falencia es la presencia de personas inescrupulosas dentro de entidades del Estado que manejan mucho dinero. Lo cierto es que Ecuador según el último informe global del índice de percepción de corrupción, Boletín 003-2022, “Ecuador ha caído trece posiciones respecto del 2022” (Ciudadanía y Desarrollo, 2022)

---

<sup>1</sup> Ecuador, Ley orgánica de Hacienda, Registro Oficial 448, 16 de noviembre de 1927.

<sup>2</sup> Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial 501, 16 de agosto de 1990.

Con este informe es claro que post pandemia el Ecuador ha generado al mundo exterior una percepción de corrupción mucho más de lo que se nos consideraba en el año 2019. Y ante ello la toma de medidas es urgente, las mismas que deben ser instrumentadas por intermedio de políticas públicas.

### Contratación Pública en el Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro

El Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro, es una entidad operativa desconcentrada del Ministerio de Salud Pública, ubicado en la capital de la provincia de Bolívar. Posee dentro de su estructura organizacional un Departamento de Adquisiciones el mismo que está adscrito a la Gestión Administrativa, con un total de 3 servidores públicos dentro del mismo en la actualidad, este departamento data su creación del año 2008 fecha en que las adquisiciones estatales fueron desconcentradas, debido a que antes dicha entidad no podía contratar de manera abierta porque toda su provisión dependía de nivel Zonal o Central del ministerio al que estaba adscrito.

El Departamento de Contratación Pública o Adquisiciones del HPANM es parte del proceso Administrativo Financiero de esta casa de salud y tiene a su cargo la ejecución presupuestaria de todo el recurso asignado por parte de nivel central y zonal. Pero a dicho departamento no se le ha asignado el nivel de importancia adecuada, a tal punto que ni si quiera consta de manera individual en el organigrama oficial, pero dentro del mismo se procesan temas álgidos que serán observados y revisados por entes de control ex post.

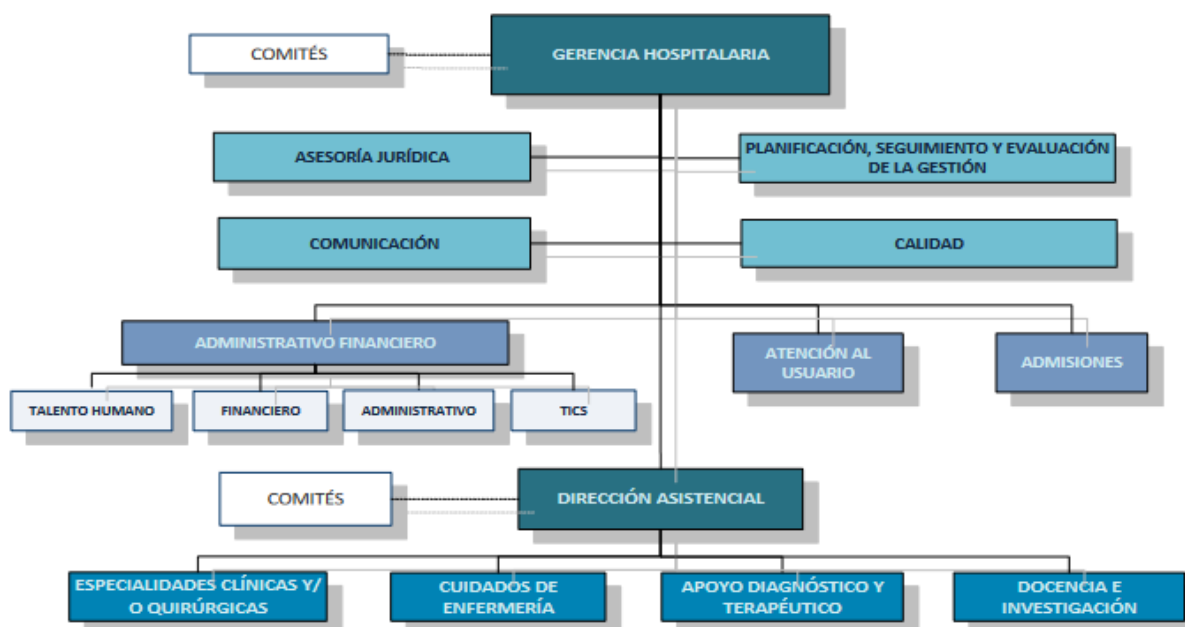


Gráfico 2.

Fuente: Departamento de Talento Humano HANM.

Los servidores públicos que laboran en este departamento, expresan su malestar por la constante evolución a veces incompleta de la forma de hacer contratación pública en el Estado toda que dentro de un mismo año es normal ser testigo de muchas reformas al Sistema Nacional de Contratación Pública a través de resoluciones externas, oficios circulares o modificaciones a la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

### **De la responsabilidad de los funcionarios inmersos en contratación pública, sus funciones y atribuciones.**

Las compras públicas bajo ningún concepto podrán alejarse de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, y, participación nacional. Sin embargo, del compendio de principios establecidos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, puesto que esta es la premisa legal rectora de esta materia.

Los principios que regentan el sistema de adquisiciones entonces tienen como objetivo delimitar las actuaciones de la administración pública a una sola dirección y de esta manera respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de todos quienes participan dentro una fase de contratación pública. En el caso que un funcionario incumpla su obligación legal de adecuar sus actuaciones a lo estrictamente señalado por el marco jurídico vigente, la función legislativa y ejecutiva en coordinación han establecido una serie de sanciones que se adecuaran de acuerdo a la gravedad del asunto o la infracción que haya tenido a lugar.

Generalmente todas las actuaciones de un funcionario público inmerso dentro de un proceso de contratación se adecuan al principio de buena fe y juridicidad, puesto que eso lo ordena la norma, pero hemos sido testigos de que los escándalos de corrupción que han sido publicitados en medios de comunicación, han tenido origen o vinculación con el área de contratación, es decir se han fraguado con la complicidad de funcionarios públicos.

Muestra de lo anterior señalado es que el diario nacional (Comercio, 2021) publica en uno de sus artículos respecto del caso Salcedo en Ecuador: “Según las investigaciones, este ilícito se habría cometido en la adquisición de fundas para cadáveres y otros insumos médicos en el Hospital de Los Ceibos, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), en Guayaquil”.

Pero es preciso analizar si los escándalos de corrupción suscitan de vulnerabilidades del Sistema Nacional de Contratación Pública o en realidad es un problema que obedece a la falta de normativa penal clara que sancionen dichas conductas dañosas en contra del erario del Estado.

### **De la facultad punitiva de Estado y sus consecuencias.**

El Estado constitucionalmente asume un rol de garante y protector de los derechos de los ciudadanos, para ello en ocasiones usa el ius puniendi es decir se usa fuerza represiva que limita libertades con la finalidad de salvaguardar derechos generales y la armonía u orden. Toda organización social puede prosperar solo si los miembros de la sociedad sujetan su comportamiento a normas claras y previas, si bien la creación de una ley no es un limitante del

accionar factico de los sujetos, la misma prevé sanciones para las personas que incurran en conductas denominadas prohibidas. Pero siempre las actuaciones de los ciudadanos deben ir enmarcadas en la norma vigente, caso contrario ante cualquier desviación de conducta que ocasione daños el poder estatal deberá responder.

Es indudable el poder del Estado al tener a su disposición la facultad punitiva, figura legal encaminada a garantizar el beneficio general, por intermedio de la sanción de conductas de individuos que puedan afectar a una colectividad. Pero no siempre se consigue el fin propuesto al emitir leyes que tipifican conductas y las sancionan; toda vez que puede generarse un exceso en la descripción de varios de tipos penales, lo que se podría llamar una desproporcionalidad entre la conducta etiquetada como prohibida y la pena que corresponde a quien ha incurrido en una infracción previamente tipificada, para ello un mecanismo que procura evitar este exceso estatal es el sometimiento de los tipos penales al cumplimiento de varios principios legales o máximas constitucionales, que controlan la potestad sancionadora del Estado.

El Derecho Penal en su concepción está siempre legitimado por una protección general frente a ciertas amenazas individuales, es decir la misión principal del ordenamiento jurídico penal, es la de proteger a los ciudadanos con norma que garantice sus derechos fundamentales y constitucionales, como por ejemplo el derecho a la vida. Pero toda norma punitiva debe sujetarse a los estándares que se han desarrollado en el derecho y son denominados principios.

El principio de humanidad de las penas, es vital debido a que si bien alguien que ha incurrido en un hecho prohibido merece ser castigado, este individuo no pierde su calidad de ser humano por ende los derechos que ha adquirido por esta sola razón. El principio de culpabilidad figura como fundamental debiéndose esto a la importancia de demostrar la culpabilidad de quien recibirá la pena, analizando las circunstancias y situación de quien cometió el acto, comprobándose que no exista causas de exclusión de la conducta ni de antijuricidad. (Minguez Rosique, 2019)

El principio de proporcionalidad como lo dice (Zaffaroni, 2010) es pieza angular de este tema ya que si bien existe una conducta lesiva de derechos, la pena que se aplicará dependerá de la gravedad de la situación, es decir que tan fundamental es el derecho que se ha vulnerado y en qué nivel se ha afectado el mismo, ya que no es lo mismo haber cometido una tentativa de asesinato que haber concretado el hecho ilícito, por ende dentro de la proporcionalidad de la pena se debe aplicar ciertos criterios que permitan que la misma sea acorde a lo que el sujeto ha realizado.

El uso del Derecho Penal con desproporcionalidad puede vulnerar derechos fundamentales, ya que el Estado estaría abusando de su poder punitivo al imponer sanciones excesivas, actuación que de manera explícita contraviene la prima constitucional contenida el artículo 76 numeral 6 de la Constitución del Ecuador el cual establece que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (CRE, 2008)

Existiría una violación del principio de proporcionalidad cuando la norma penal no discrimine el grado o monto de afectación al erario del Estado, dado que la pena prevista en el artículo 294.1 del COIP no diferencia la cuantía de afectación en cuanto a sobrepagos en

contratación pública. Sumado a esto, el tipo penal en mención concede un rol protagónico y decisivo a una entidad pública de control quien no tiene en sus filas profesionales preparados en materia penal a punto de identificar cuando existe una conducta tipifica, es decir se le concede el poder a dicho organismo de control para identificar rasgos de tipicidad, algo que no es viable.

La ley establece que una conducta constituye infracción penal cuando es típica, antijurídica y culpable, pero en el delito desarrollado en el artículo 294.1 que es un tipo doloso exclusivo y un delito de resultado propiamente, es un poco inseguro jurídicamente, no distinguir los montos de perjuicio, así como otorgar potestad adecuada de tipicidad a la Contraloría General del Estado, a tal punto de que su informe sea concluyente respecto de la existencia o no de un sobre precio. Todo esto genera un problema jurídico debido a que deja abierta la posibilidad que un auditor determine todas las circunstancias de la infracción hasta el punto de determinar la responsabilidad de un sujeto sin mediar proceso penal alguno. Una suerte de condena anticipada es lo que puede suceder aquí dado que no se toma en cuenta la proporcionalidad.

Otro de los principios que hay que destacar es el principio de mínima intervención, el cual en este caso está siendo inobservado toda vez que, con la tipificación de los sobrepuestos en los procesos de contratación pública sin determinar montos de afectación, generaliza a todas las acciones y no permitirá aplicar beneficio alguno al sujeto que incurre en una conducta menor en cuanto a recurso afectado.

Recordemos que el principio de mínima intervención penal considera que la justicia penal debe ser usada como recurso de ultima ratio, es decir, solo si un problema no pueda solucionarse por vía administrativa, civil u otra, debe ser sometida a sede jurisdiccional penal y solo si dicha intervención es con la finalidad de proteger derechos o bienes jurídico; no toda conducta humana debe ser penada. Entonces el art. 294.1 del COIP violenta el principio de mínima intervención, ya que acciona el sistema penal punitivo en situaciones leves, sin estipular otros mecanismos de resolución de problemas como las multas o las glosas vía administrativa. (Avila, 2013)

### **De las reformas en materia de Anticorrupción.**

Justo en el marco de una campaña de lucha anticorrupción llevada cabo por el ejecutivo en el Estado ecuatoriano en el año de 2021 como se lo ha citado en secciones anteriores de este proyecto, se publica la ley orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción; la misma que tiene como objetivo principal la incorporación y modificación de algunos tipos penales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico sancionatorio. Dichos tipos penales generan un debate y una preocupación en quienes a diario desempeñan su labor como servidores públicos.

El tema importante y el análisis que no se realiza dentro de esta ley antes mencionada es el exceso de concentración de poder que se le da a la Contraloría General del Estado en el tipo penal denominado sobrepuestos en la contratación pública, dado que será este ultimo organismo de control quien en un informe señale y determine cuando un funcionario adecua su conducta a un tipo penal recién creado, esto por adquirir o vender bienes al Estado con evidente sobrepuesto. Es

decir, el ente de control en su proceso de auditoria determinara la existencia de los elementos del tipo penal detallado.

Concretamente el tipo penal denominado sobreprecio en la contratación pública desarrollado en el art. 294.1 del COIP, deja muchos vacíos respecto de su aplicabilidad, pues de manera expresa coloca a todos los funcionarios en una especie de guillotina constante, la misma que puede desencadenarse al mínimo error, toda vez que debido a la ley de mercado; los precios de los bienes no son fijos, sino se maneja un dinamismo o cambios cíclicos de mercado. Para entender dicho precepto debemos citar y señalar el artículo en mención que es la parte de la reforma que más duda genera en los funcionarios que hacen contratación estatal:

**“Art. 294.1.- 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. **(énfasis añadido)**

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 (COIP), artículo 294.1, Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

Al analizar detalladamente la estructura del tipo penal ante 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. Pero 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.

El problema que denota del análisis de la norma penal es que el precio ordinario al que se refiere dicho artículo no está pactado o fijado de manera formal, debido a que, nuestro mercado según las reglas macroeconómicas y de finanzas se regula automáticamente, de manera que cuando existe oferta en exceso y poca demanda, se produce una variación tendiente a la baja en los bienes o servicios disponibles en el mercado, este fenómeno está justificado; por otra parte cuando la demanda es excesiva y la oferta tiene una baja afluencia, se produce un fenómeno de variación de

precios tendientes a la suba, debido a que macroeconómicamente también está justificado autorregulación o estos ciclos.

Entonces el denominado precio ordinario que posiblemente sea establecido por el mercado es un detalle muy subjetivo debido a que nadie puede saber específicamente cómo funciona el mercado de acuerdo a su exceso de oferta o su exceso de demanda, o como afecte la distancia en la que se vea implicado más gastos operativos por parte de los proveedores, debido a que no es lo mismo vender un bien o un servicio en una ciudad como Guayaquil y vender el mismo bien o servicio en la provincia de Pastaza, en el último centro de salud al cual se llega luego de dos horas de caminata de la última vía terrestre de conexión.

Otro de los temas que preocupa es que será la Contraloría General del Estado quien determine el precio ordinario establecido en el mercado, es decir los estudios de mercado realizados por parte de las entidades públicas entraran a una especie de validación por este ente, y dicho organismo de control realizará un análisis de mercado de manera posterior a las adquisiciones, pero no se establece con que insumos o que histórico de precios, sin tomar en cuenta el mercado volátil que tenemos el cual se rige por la oferta y la demanda.

El mismo ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública al ser consultado por parte de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador, el 17 de febrero de 2022 emite un oficio Nro. Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF en el cual se establece que no es posible jurídicamente determinar cuándo un proceso tiene un manifiesto y comprobado sobreprecio debido a la autorregulación cíclica del mercado; esto quiere decir que ni siquiera el SERCOP puede determinar cuál es el precio ordinario, sino solo determinar un precio techo el cual dependerá de las empresa alcanzarlo o mejorarlo, de acuerdo a su privativo margen de ganancia, pero en ocasiones el precio techo no puede ser definido y deja abierta la posibilidad que el mercado se autorregule y sea la competencia quien regule los precios, pero en esta regulación podría darse adquisiciones más costosas que las futuras y eso Contraloría podría sancionar sin conocimiento de causa. Lo que más preocupa es en las contrataciones de obras en el Estado, dado que jamás se podrá unificar un precio, dado que el mismo está sujeto a las condiciones de la topología y eso no ha sido considerado en el tipo penal.

Quedando la mayoría de los bienes a libre disposición del mercado respecto de su precio, lo que esto genera es que el mismo ente rector de la adquisición estatal reconozca la imposibilidad de determinar cuándo un proceso tiene un sobreprecio de tal manera que se contradice a lo determinado en la norma y da mucha más oscuridad a dicho tipo penal y se evidencia no es tan fácil reunir todos los elementos del tipo penal antes citado.

Por lo expuesto, en estricta observancia de los preceptos legales y constitucionales que rige el derecho actual, ceder una facultad adecuada a un organismo de control que no está preparado dentro de la materia penal y quien tendrá a su cargo el emitir un informe que aparentaría una formulación de cargos preexistente sin romper el estado de inocencia de un sujeto, solo por su ejercicio privativo de control, puede representar una vulneración al derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva. Dado que no es el proceso a seguir para determinar responsabilidades de índole penal.

### **Del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro y su situación actual frente a las reformas.**

Los funcionarios que integran el Departamento de Contratación Pública del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro, son profesionales que constantemente deben sujetarse a cambios normativos en procesos de adquisición estatal, pero además deben actualizarse en materia penal, cuando existe cambios en la norma. El problema es que tan solo un profesional de dicha área es experto en derecho, los demás son profesionales de las ciencias administrativas y eso hace difícil de entender el derecho penal en su composición.

Pero sin duda, en tema de responsabilidades todos los funcionarios tienen clara cuál es la norma que aplicará el organismo de control respecto de una posible determinación de responsabilidades y en este punto debido a la última reforma en materia de anticorrupción en el COIP se debe contemplar además que dicho organismo está facultado para propender el inicio de un proceso penal en contra de cualquier auditado, esto debido a los tipos penales claros y normas previas como lo exige nuestro derecho a la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Pero la norma previa en ocasiones no suele ser proporcional o coherente con la realidad.

Esta desproporcionalidad y ambigüedad de la norma causa que la eficiencia de la administración pública sea afectada, pues la mayoría de los funcionarios ya no desean formar parte de ninguna fase del proceso de adquisiciones debido a que todas sus actuaciones pueden ser observadas por la Contraloría y en un eventual caso este organismo puede determinar que existe un indicio de responsabilidad penal.

Se complican las cosas más, cuando los funcionarios saben que no tendrán el apoyo legal por parte del Ministerio de Salud, pues deberán contratar los servicios profesionales de un profesional del derecho a fin de que se ejercite su derecho a la defensa dentro de un proceso administrativo en el que se determinen responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado o en su defecto cuando el expediente sea trasladado a la Fiscalía General del Estado y se dé inicio a una investigación previa y posteriormente se formule cargos formalmente.

Ante ello, los funcionarios han sido claros que en el caso de poder objetar e impugnar una designación que implique intervenir en un proceso de contratación en el Hospital Alfredo Noboa Montenegro, no participarán.

## METODOLOGÍA.

Se ha decidido usar dentro de la ejecución de esta investigación, la metodología exploratoria y deductiva, debido a que se ha propuesto como objeto de este trabajo analizar la situación actual de una parte de la administración pública, concretamente del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro, ubicado en el cantón Guaranda, capital provincial de Bolívar, frente a una norma de carácter general que fue publicada en el registro oficial del Ecuador y que genera efectos para todo el territorio ecuatoriano. Partiendo de ese análisis se verifica como en un universo definido, que dichas reformas en nuestra normativa penal, causan un efecto de sumisión extrema ante la norma, a tal punto de tener un justificado temor reverencial de la misma y esto a su vez incide en la eficacia de la administración pública debido a que se ha constituido una norma punitivista que debe ser modificada.

Se aplica una encuesta de 10 preguntas dirigida a los funcionarios del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro y a la misma se le da un carácter de cualitativo, debido a que se ha seleccionado a un grupo de servidores públicos que, a lo largo de sus carreras en esta entidad, se han dedicado a la planificación y ejecución de procesos de contratación pública debido a que sus actividades así lo ameritan. Estos 4 funcionarios han sido los encargados de que se abastezca el Hospital, haciendo uso de los mecanismos legales del Sistema Nacional de Contratación Pública, de igual forma dichos funcionarios han sido objeto de sanciones por omisiones que según la Contraloría General del Estado, previo examen de determinación de responsabilidades amerita una sanción.

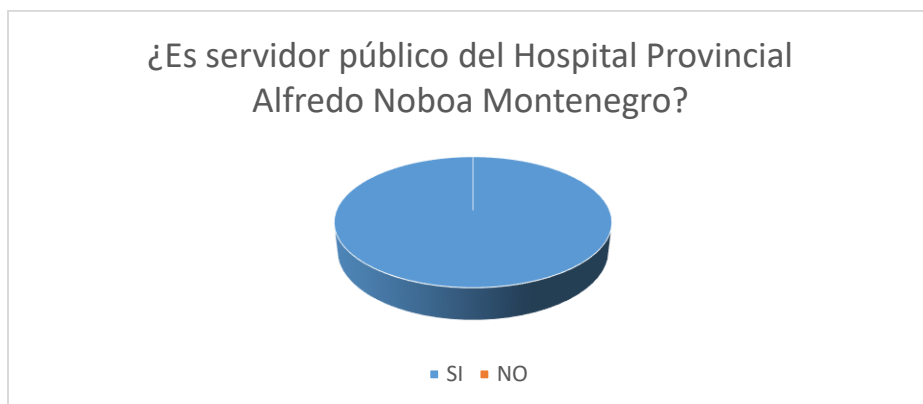
En este sentido se procede a la interpretación de resultados, los mismos que se respaldan en un formulario de Google que ha permitido esta recolección de datos:

### **Tabla 1. Interpretación de los resultados de la encuesta respecto de los efectos de las reformas del 2021 al COIP en materia de anticorrupción.**

#### **Pregunta 1.Cuál es su nombre:**

En esta pregunta no se obtiene información relevante que deba ser tabulada, por lo que la misma no es interpretada.

#### **Pregunta 2. ¿Es servidor público del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro?:**



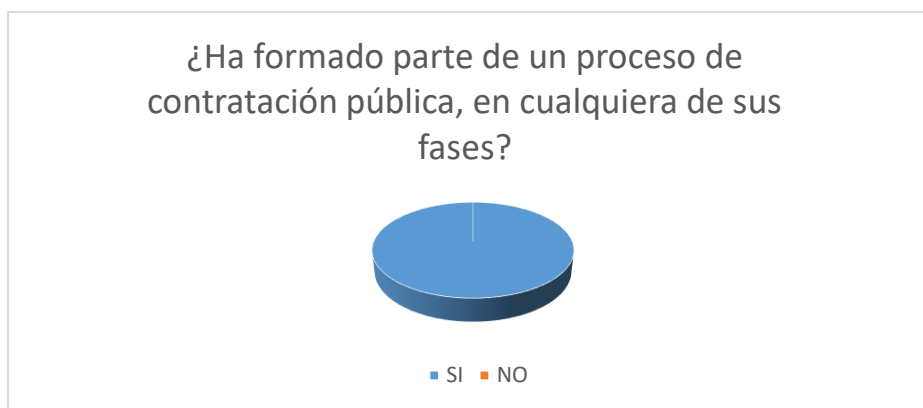
RESULTADOS	
SI	4
NO	0

*Fuente y elaboración propias.*

### **Interpretación y utilidad.**

Se determina que el total del universo, es decir el 100% seleccionado es funcionario del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro, por lo tanto, son informantes calificados, debido a que conocen del proceso administrativo de contratación pública dentro de esta entidad, desde la parte interna y son los testigos confiables para la emisión de información real.

**Pregunta 3.** ¿Ha formado parte de un proceso de contratación pública, en cualquiera de sus fases?:



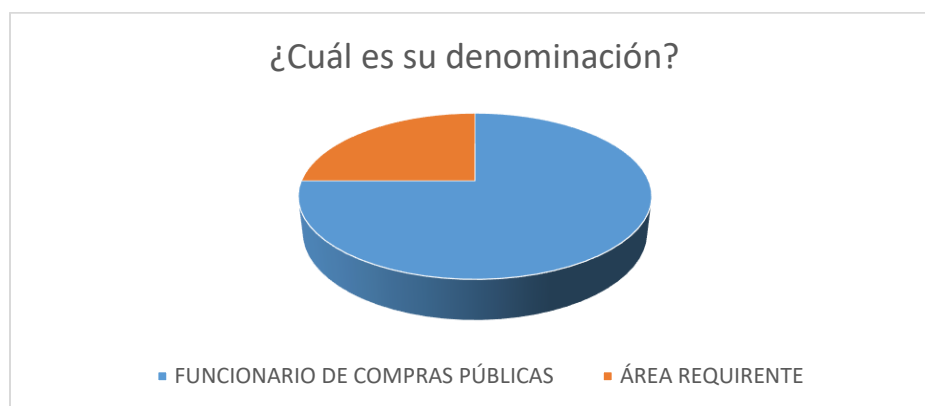
RESULTADOS	
SI	4
NO	0

*Fuente y elaboración propias.*

### **Interpretación y utilidad.**

Con la tabulación de estos resultados se puede evidenciar que en efecto el 100 % de los encuestados conocen de las normas y reglas propias de la contratación pública y por ende ha estado participando activamente en estos procesos de abastecimiento del Hospital.

**Pregunta 4.** ¿Cuál es su denominación?:



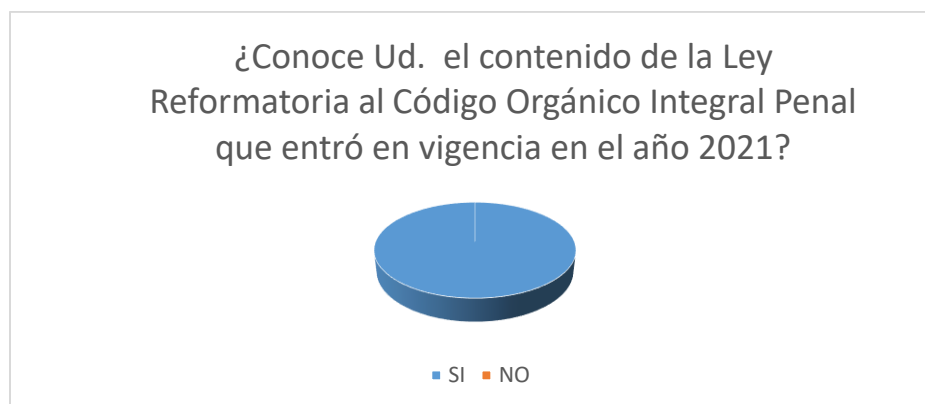
RESULTADOS	
FUNCIONARIO DE COMPRAS PÚBLICAS	3
ÁREA REQUIRENTE	1
COMISIÓN TÉCNICA	0
ADMINISTRADOR DE CONTRATO	0

*Fuente y elaboración propias.*

### Interpretación y utilidad.

De estos resultados obtenidos se puede observar que quienes proporcionaran información relevante dentro de esta etapa de recolección de datos, son un 75% funcionarios de contratación pública y un 25% son áreas requirentes, en este caso el área requirente encargada del levantamiento de procesos de medicinas y bienes estratégicos de salud. Esto demuestra la relación directa de la fuente de información con los procesos de contratación.

**Pregunta 5.** ¿Conoce Ud. el contenido de la Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia en el año 2021?:



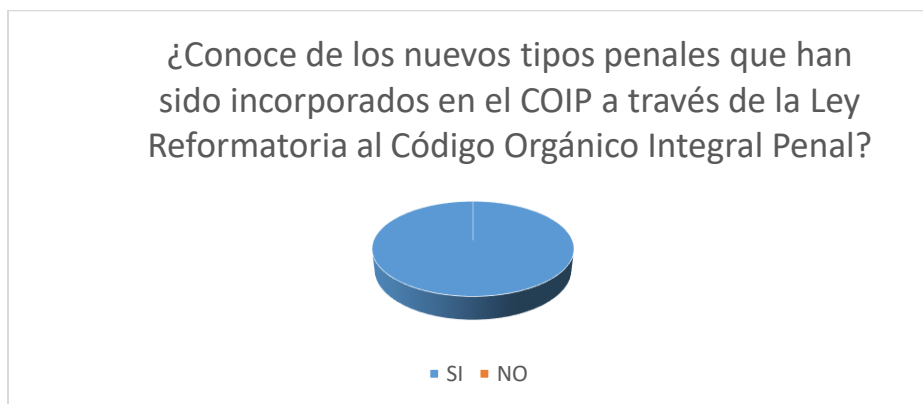
RESULTADOS	
SI	4
NO	0

*Fuente y elaboración propias.*

### **Interpretación y utilidad.**

El total de los servidores públicos informantes, conocen de la entrada en vigencia de la Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, que data su vigencia desde el 2021 y por lo tanto son conscientes de la reforma sustancial a nuestro sistema penal vigente.

**Pregunta 6.** ¿Conoce de los nuevos tipos penales que han sido incorporados en el COIP a través de la Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal?:



RESULTADOS	
SI	4
NO	0

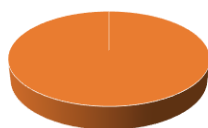
*Fuente y elaboración propias.*

### **Interpretación y utilidad.**

El total de los servidores públicos informantes, conocen de los nuevos tipos penales que se han incorporado en nuestra norma punitiva, de tal manera que están informados respecto de la responsabilidad penal a las que pueden enfrentarse si por acción u omisión se adecuan sus actuaciones a lo determinado en la norma penal.

**Pregunta 7.** ¿Considera proporcional en específico el tipo penal contenido en el Art. 294.1 del COIP, Sobrepagos en contratación pública?:

¿Considera proporcional en específico el tipo penal contenido en el Art. 294.1 del COIP, Sobrepuestos en contratación pública?



■ SI ■ NO

RESULTADOS	
SI	0
NO	4

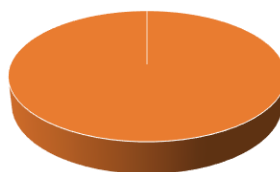
*Fuente y elaboración propias.*

#### **Interpretación y utilidad.**

El total de los servidores públicos consultados, con conocimiento previo de la norma castigadora, concluyen que no es proporcional el tipo penal denominado sobrepuestos en contratación pública desarrollado en el artículo 294.1 del COIP, esto debido a su poco desarrollo y falta de distinción en su estructura de tipicidad y de sus elementos constitutivos.

**Pregunta 8.** ¿Está presto a participar en un proceso de contratación pública?:

¿Está presto a participar en un proceso de contratación pública?



■ SI ■ NO

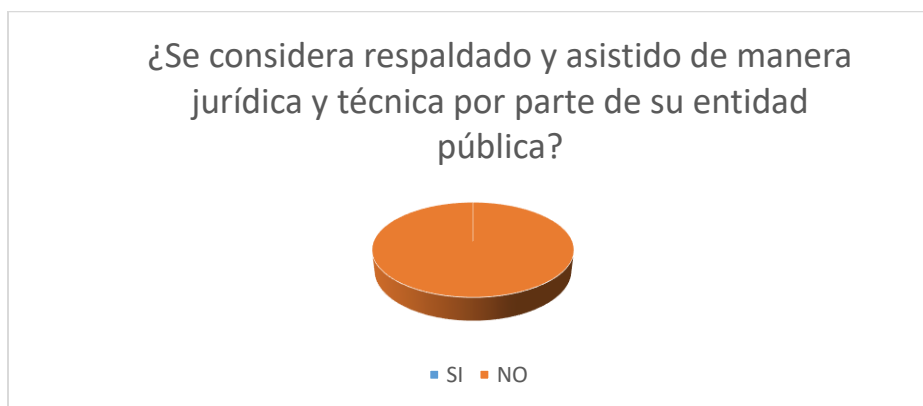
RESULTADOS	
SI	0
NO	4

*Fuente y elaboración propias.*

### Interpretación y utilidad.

El 100% de los encuestados aseguran que prefieren no involucrarse en un proceso que tenga que ver con contratación pública, pese a que forman parte de áreas que en efecto deben por obligación realizar contratación pública, se evidencia entonces un temor a una norma vacía que podría generar problemas de toda índole en quienes se vieran afectados por el inicio de un proceso penal en su contra como consecuencia de una acción de control.

**Pregunta 9.** ¿Se considera respaldado y asistido de manera jurídica y técnica por parte de su entidad pública?:



RESULTADOS	
SI	0
NO	4

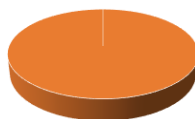
*Fuente y elaboración propias.*

### Interpretación y utilidad.

El 100% de los encuestados asegura que le Ministerio de Salud Pública no respalda a sus funcionarios, peor aún brinda las herramientas respecto de la aplicación de la norma, es decir siempre se deja a libre albedrío de las entidades operativas como es el caso del Hospital Provincial Alfredo Noboa Montenegro la aplicación de la norma, sin embargo en el caso de responsabilidades el Ministerio siempre manifiesta que es cuestión personal la representación legal en esos procesos administrativos o judiciales. Por lo tanto, se evidencia la desmotivación del personal administrativo.

**Pregunta 10.** ¿Partiendo de procesos de auditoría anteriores practicados en el Hospital Alfredo Noboa Montenegro, considera que el ente de control, Contraloría General del Estado, realiza una investigación con objetividad?:

¿Partiendo de procesos de auditoría anteriores practicados en el Hospital Alfredo Noboa Montenegro, considera que el ente de control, Contraloría General del Estado, realiza una investigación con objetividad?



■ SI ■ NO

<b>RESULTADOS</b>	
SI	0
NO	4

SI	0
NO	4

*Fuente y elaboración propias.*

### **Interpretación y utilidad.**

El 100% de los encuestados afirma que en proceso anteriores de auditoría de gestión, mediante la modalidad de exámenes especiales o de gestión, se ha evidenciado una falta de objetividad por parte de la Contraloría General del Estado, quien por intermedio de su personal ni si quiera toma en cuenta la información de descargo de los servidores públicos y determinan responsabilidades que luego se desvanecen en un juicio contencioso, pero en ocasiones el valor del proceso en representación jurídica, es mayor al valor de las multas. Por esto se evidencia un verdadero temor a las posibles intervenciones de este de control.

### **CONCLUSIONES.**

Una vez concluido el presente trabajo investigativo se constata que, en efecto, la publicación de la norma denominada Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, en materia anticorrupción, la misma que data del año 2021; ha generado una afectación negativa dentro de nuestro campo de estudio, debido a que se ha constatado que la misma ingresa a nuestro ordenamiento jurídico penal, varios cambios y nuevos tipos penales, pero de todos ellos en particular uno recae dentro de la denominada norma punitiva en exceso, es decir una norma que escapa del fin general del derecho penal y provoca un caos o temor reverencial dentro de los potenciales sujetos activos de un injusto penal poco formulado y bastante oscuro.

En materia de contratación pública, si las normas que rigen el tema de la responsabilidad de los sujetos calificados como servidores públicos, no son claras y permiten ambigüedades implicará que el principio de buena fe en las actuaciones de la administración pública sea cuestionado ex post por un organismo de control, ante esto los funcionarios prefieren actuar en extremo apego al principio de juridicidad y desarrollar un ambiente legalista que coarta la colaboración entre órganos, dilata los procesos y evidencia una tendencia a evadir

responsabilidades en extremo, lo cual en términos generales supone una falta de eficiencia dentro de los procesos administrativos.

Una norma publicada, se presume es legal y surte efectos de carácter general mientras no se la derogue o se la declare inconstitucional por parte del máximo órgano de control constitucional como lo es la Corte Constitucional. Pero nada se habla de las normas incompletas, que dan cabida a una incertidumbre, como lo es el caso del artículo 294.1 del COIP, el cual establece un novedoso tipo penal denominado “sobrepuestos en la contratación pública”; el mismo establece una sanción que va desde los 5 a 7 años de pena privativa de libertad para el sujeto activo calificado como proveedor o funcionario público que adquiera o provea bienes o servicios con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado.

Una de las garantías del derecho a la seguridad jurídica es que las normas previas deben ser claras, es decir deben ser taxativas y bien definidas dentro del marco de la legalidad, pero en el presente caso se ve una sobre dotación de poder a un solo organismo de control que en ocasiones no es muy objetivo; y ahora tendrá la facultad de poder determinar la existencia o no de un delito, de manera privativa, sin mediar proceso de defensa más que una simple solicitud de descargos que es valorada por el mismo ente de control, es decir un proceso que no respeta las garantías básicas del debido proceso de rango constitucional.

Se evidencia entonces que la norma que buscaba contrarrestar los embates de la corrupción en su afán de cubrir con norma todos los ilícitos lo que ha provocado es un ambiente de temor y de amedrentamiento a los posibles sujetos activos calificados de la acción penal de los nuevos tipos penales, todo esto porque la norma penal fue reformada a tal punto de que se considera como punitivista la misma, es decir se descarrila totalmente del fin del derecho penal y esto a su vez produce una pérdida de eficacia en los procesos administrativos afines.

## **RECOMENDACIONES.**

Se recomienda, sobre la base de los resultados de este proceso investigativo, sea reformado el Código Orgánico Integral Penal en su artículo novísimo el 294.1, el cual deberá quedar de la siguiente manera:

***Art. 294.1.- Sobrepuestos 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 con conocimiento de todos los elemento del tipo penal realicen procesos de contratación pública con un sobreprecio considerable al precio ordinario establecido por los ciclos de mercado, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*La Contraloría General del Estado tendrá la obligación de denunciar ante la Fiscalía General del Estado un supuesto cometimiento de esta infracción penal, hallada producto de su actividad de control.*

*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.*

Con esta reforma se permitirá la sanción del ilícito de manera objetiva y de esta manera se retira la posibilidad que sea la Contraloría quien determine la existencia o no de una infracción penal, además se garantiza que exista un proceso penal ordinario para sancionar dicho ilícito de ser el caso, en donde será un juez imparcial quien decida ante las pruebas de la existencia o no de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Una de las recomendaciones adicionales, es que se brinde la atención y soporte jurídico en todo momento a los funcionarios públicos por parte de las entidades a las que pertenecen y establezca convenios con la Defensoría Pública para que la misma, a pesar de ser su obligación, brinde soporte a los servidores públicos en procesos penales que se originan de la determinación de responsabilidades que lleva a cabo la Contraloría General del Estado.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Andrade, R. V. (2014). **DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO- TOMO I**. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

Avila, R. (2013). *La justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: Ediciones Legales.

Ávila Santamaría, R. (2015). *El Código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional

Comercio. (06 de 07 de 2021). *El comercio*. Obtenido de El comercio: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/daniel-salcedo-sentencia-carcel-peculado-fundas-cadaveres.html>

Cornejo Aguiar, S. (16 de Noviembre de 2016). *EL GARANTISMO Y EL PUNITIVISMO EN EL COIP*. Obtenido de *DERECHO ECUADOR*: <https://derechoecuador.com/el-garantismo-y-el-punitivismo-en-el-coip/>

Beccaria, C., Dragonetti, J. & Cabanellas, G. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta.

SANTANA, Pedro (compilador). *Crisis política, impunidad y pobreza en Colombia*. Editorial Foro Nacional por Colombia. 1997. Primera Edición.

Sousa Santos, B. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Bogotá: ILSA.

MALEM, Jorge. *La Corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa.

MEDELLÍN, Pedro. *La corrupción en Bogotá, elementos para su estudio*. En: “Foro económico,

regional y urbano. Febrero 1996, # 2.

Merlano, J. E. (2017). Aspectos generales de la potestad punitiva del estado . Barranquilla: Educosta.

Minguez Rosique, M. (12 de 2 de 2019). El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal. Obtenido de El principio de humanidad de las penas como límite constitucional al legislador penal: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/TES/260494>

Montes, R. I. (2018). PRINCIPIOS JURÍDICOS. ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjtrnEkbb0AhUpQjABHQN3AoYQFnoECAYQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fanuario-derecho-constitucional%2Farticle%2Fdownload%2F3974%2F3490&usg=AO>.

Moreno, F. R. (2019). CURSO DE DERECHO PENAL . Quito : Cevallos Editora.

Zaffaroni, R. (2010). Derecho Penal Humano. Buenos Aires: Ediar

Zaffaroni, E.R. (2006). El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires: Ediar.