



Universidad San Gregorio de Portoviejo

**Maestría en Derecho Penal
II Cohorte**

Título

**Estado de necesidad en el delito de sobrepagos en contratación pública en tiempos de
Covid-19**

Autoras

Ab. Julissa Lilibeth Pinoargote Menéndez

Ab. Yoconda Elizabeth Castro Macías

Tutora:

Dra. Gyomar Pérez Cobo Ph.D

Portoviejo-Manabí-Ecuador

Estado de necesidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de Covid-19

Autoras:

Julissa Lilibeth Pinoargote Menéndez¹

Yoconda Elizabeth Castro Macías²

Dra. Gyomar Pérez Cobo³

Resumen

Se analizó el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de Covid-19. La reflexión se justifica por la precisión de los elementos estructurales de la Teoría del Delito y de las condiciones necesarias para que una conducta pueda subsumirse en este tipo penal estimando la procedencia del estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en tiempos de pandemia mundial, lo cual relleva la necesidad y contemporaneidad de la investigación que se basó en el análisis e interpretación de fuentes secundarias que contienen los elementos teórico-jurídicos que forjan una explicación científica de la problemática planteada y de la conclusión del estudio. Los resultados permiten reconocer que el tipo penal de sobrepuestos en la contratación pública es una medida legislativa de carácter espasmódico que no responde a la lógica de la lucha anticorrupción que el Estado debe articular de forma coherente sino a un momento coyuntural como el que propicia la emergencia sanitaria. Concluimos en la necesidad de ponderar el estado de necesidad en este tipo de infracciones sin dejar de un lado las estrategias que garantizan la ética en el tratamiento de los fondos públicos.

Palabras clave: Estado de necesidad; causa de exclusión de la antijuridicidad; Covid-19; sobrepuestos en contratación pública.

Abstract

The state of necessity was analyzed as a cause of exclusion of illegality in the crime of overpricing in public procurement in times of Covid-19. The reflection is justified by the precision of the structural elements of the Theory of Crime and the necessary conditions for a conduct to be subsumed in this criminal type, estimating the origin of the state of necessity as a cause of exclusion of illegality in times of global pandemic, which highlights the need and contemporaneity of the research that was based on the analysis and interpretation of secondary sources that contain the theoretical-legal elements that forge a scientific explanation of the problem raised and the conclusion of the study. The results allow us to recognize that the criminal type of overpricing in public procurement is a legislative measure of a spasmodic nature that does not respond to the logic of the fight against corruption that the State must articulate in a coherent way, but rather to a conjunctural moment such as the one that propitiates the emergency. sanitary. We conclude on the need to weigh the state of necessity in this type of infraction without neglecting the strategies that guarantee ethics in the treatment of public funds.

Keywords: State of need; cause of exclusion of illegality; Covid-19; overpricing in public procurement.

¹ Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Cursante del Programa de Maestría en Derecho Penal. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: julissalilibeth@hotmail.com

² Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Cursante del Programa de Maestría en Derecho Penal. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: yokocastro@hotmail.es

³ Abogada. Doctora en Derecho. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas. Docente investigadora de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: gyomar@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6037-4253>.

Introducción

El objetivo del estudio de revisión es analizar el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de Covid-19, infracción penal que se incorpora en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 392 del 17 de febrero de 2021, donde se publicó la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción junto con los nuevos tipos penales de obstrucción a la justicia y actos de corrupción en el sector privado.

La reflexión científica se justifica por la precisión de los aspectos generales característicos de la antijuridicidad como elemento estructural de la Teoría del Delito de acuerdo con el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal promulgado en el año 2014, con última reforma en el año 2019, lo que permitió reconocer las condiciones necesarias para que una conducta pueda subsumirse en el novedoso tipo penal de sobrepuestos en contratación pública, que como se señaló, ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del 17 de febrero de 2021.

Una vez allanado este camino se valoró la procedencia del estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de pandemia mundial, a partir de un acercamiento a las distintas hipótesis planteadas por algunos expertos en economía quienes han advertido sobre las difíciles condiciones que enfrentan las autoridades responsables de realizar la adquisición de bienes y servicios una vez que se procedió a dictar los Decretos de emergencia sanitaria, lo cual relleva la necesidad y contemporaneidad de la investigación, que se basó en el análisis e interpretación de fuentes secundarias que contienen los elementos teórico-jurídicos que forjan una explicación científica de la problemática planteada y de los argumentos que permiten arribar a las conclusiones y recomendaciones del estudio.

Toda esta disertación tiene como punto de partida la corrupción, que aunque no es un tema novedoso, se actualiza en cada momento histórico ya que esta actuación afecta los Derechos Humanos de toda la población cuando se compromete el erario público. La relación de las categorías de análisis propuesta y la escases de bibliografía especializada en el Ecuador sobre las infracciones penales que se incorporan en la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción, particularmente del delito de sobrepuestos en contratación pública, demandan el desarrollo de una investigación rigurosa, crítica y reflexiva sobre esta novísima categoría jurídica que opera como un mecanismo de lucha contra la corrupción buscando articular instituciones de la Teoría del Delito como el estado de necesidad con la realidad de la nación.

En este contexto destaca la relevancia del tema de los Derechos Humanos que deben servir de sustento para la instrumentación de los mecanismos que disponga el Estado en su lucha contra la corrupción, pero también respecto de la legalidad y legitimidad de las acciones formuladas en este campo en estrecha relación con los postulados del Derecho Penal Contemporáneo de corte garantista dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, tal y como lo recoge la exposición de motivos del texto penal integral del Ecuador.

Este examen permitió abordar la complejidad del tema, donde queda de manifiesto la tentación del Estado de recurrir a medidas coercitivas para resolver asuntos que deben ser asumidos mediante planes y estrategias coherentes de Política Criminal que demuestren el talante democrático de la nación, evitando simplificar la realidad y el contexto en donde opera el delito de sobrepuestos en la contratación pública, el cual requiere de un análisis exhaustivo de los elementos estructurales de la Teoría del Delito evitando la especulación en este campo. El análisis y la síntesis del tema de forma estructurada y sistemática, decantado a través de un conjunto de reglas lógicas, permitieron despejar la pregunta de investigación, para llegar a una conclusión objetiva y precisa con referencia a la utilización del estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad

en la República del Ecuador en tiempos de Covid-19, que se dispondrá al final de este documento científico.

Así, la investigación se dirigió a exponer las razones y argumentos que responden la siguiente inquietud científica: ¿Es viable alegar el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de pandemia mundial por Covid-19?

Metodología.

La investigación cualitativa es el enfoque seleccionado en el abordaje del estudio. En este sentido uno de los métodos que permitió la descripción e interpretación de las categorías de análisis es el hermenéutico jurídico, ya que se aborda la compleja realidad que denuncia la Contraloría General del Estado a través del tamiz de los elementos del tipo penal seleccionado a fin de racionalizar de manera científica la procedencia del estado de necesidad como excluyente de la antijuridicidad de la conducta. Otro de los métodos que impone la racionalidad científica es el teórico-crítico, mismo que se utilizó para el examen de los documentos legales y doctrinales, realizando una revisión del Código Orgánico Integral Penal y de la Ley de Reforma del año 2021, que permitió ponderar el delito de sobrepuestos en contratación pública mediante los elementos estructurales de la Teoría del Delito.

Análisis e interpretación de la información.

1. Una mirada sobre la compleja realidad de la vida social, política, económica y jurídica que genera el Covid-19 desde el Derecho Penal.

El Decreto de emergencia que adopta el Ecuador desde el 16 de marzo de 2020, afectó todos los órdenes de la vida social, política, económica y jurídica del mundo, y particularmente del Ecuador. Esta conmoción no pasa desapercibida en el contexto del Derecho Penal, que se alza, una vez más, como una herramienta de control social formal que es necesaria para mantener el orden público.

Desde este punto de vista, la situación generada por el COVID-19, lleva aparejada el surgimiento de una serie de posibles riesgos de orden penal, derivados de la gestión o acciones de entes gubernamentales y de los ciudadanos para paliar las necesidades creadas por el Decreto de emergencia sanitario a nivel mundial.

Entre tantos conflictos que interesan al Derecho Penal, se registra la situación denunciada por la Contraloría General del Estado de Ecuador, quien en el año 2021, ha publicado en su portal web la siguiente noticia “Contrataciones irregulares perjudican al Estado en más de USD 17 millones”, exponiendo que la emergencia sanitaria no solo ha supuesto:

“un problema de salud pública. Tiene repercusiones en lo social, económico, en la educación, en las formas de relacionarnos, de vivir en comunidad, de trabajar, de ejercer la justicia, de ocupar el espacio público. Mientras avanza la pandemia los problemas se vuelven dinámicos y diversos” (s/p).

En todos estos contextos ha tenido grave repercusión la pandemia por Covid-19, y las medidas adoptadas no han sido diseñadas para resolver los problemas que ha generado esta situación de alcance mundial, ya que estas responden a momentos coyunturales que ningún estadista pudo haber previsto.

Ahora bien, las repercusiones que advierte la Contraloría General del Estado son palpables en el contexto de las compras en el sector público, mismas que tenían como finalidad la de adquirir aquellos insumos necesarios para atender las demandas ciudadanas que genera la declarada

pandemia mundial. Es así como el órgano contralor del Estado, admite que en el sector público, se adopta como medida un régimen especial “que permite la invitación directa a proveedores, justificando adecuadamente la selección del contratista” (s/p), eliminando algunas barreras para lograr que el proceso sea expedito por razón de la emergencia, no obstante, esto no significa que el presupuesto referencial no deba ser transparente “procurando detallar precios unitarios y enfocado en obtener las mejores condiciones económicas para la entidad” (s/p).

Estas consideraciones nos permiten entrar en el campo de la ética y buenas prácticas en el manejo de los recursos públicos en favor de la colectividad, que se convierte en el desiderátum de estas acciones, subrayando lo expuesto por Rozenwurcel & López (2013), para quienes el entramado complejo de las compras públicas supone toda operación de contratación y adquisición de bienes y servicios realizadas por el Estado para cumplir con los objetivos que la sociedad ha encomendado, bajo un marco legal adecuado que procura garantizar no sólo el buen funcionamiento del sector público sino los derechos humanos de las personas que se encuentran en el territorio nacional, por esta razón es necesario apelar a un acuerdo común entre las naciones para lograr la competitividad necesaria y para satisfacer en términos eficaces, eficientes y transparentes estas demandas ciudadanas.

Empero, este estado ideal, ha sido superado por el estado de emergencia, debido a lo cual a las autoridades competentes se les ha conferido la facultad de acelerar y acortar los procesos de contratación para la realización de compras públicas para atender la realidad del país, sin descuidar que esta actividad debe ejecutarse en estricta correspondencia con los principios de legalidad, publicidad y transparencia. No obstante, precisa la Contraloría General del Estado de Ecuador, que:

“en algunos casos estas condiciones no se respetaron, actuando arbitrariamente en las distintas fases contractuales. Los auditores identificaron que se limitó la participación de oferentes con mayor experiencia y capacidad operativa. No se empleó el Portal de Compras Públicas para buscar proveedores y referencias de costos en contrataciones anteriores.

Los errores y omisiones administrativas se detallan en los informes con indicios de responsabilidad penal (IRP) remitidos a la Fiscalía. El colofón es la sobrevaloración de bienes, que suma USD 17'887.852. Este monto se desprende de las inconsistencias observadas durante los exámenes a la adquisición de bolsas para cadáveres, insumos y dispositivos médicos, ventiladores mecánicos, pruebas rápidas COVID-19, servicios de desinfección, kits de alimentos. También incluye el anticipo no devengado de la construcción del Hospital de Pedernales, por USD 8'214.000” (s/p).

Así las cosas, la emergencia declarada en Ecuador, en el ámbito de las contrataciones del sector público, como lo expone la Contraloría General del Estado, ha traído como consecuencia el surgimiento de conductas tipificadas en el texto integral penal, ya que riñen precisamente contra los principios supra señalados, particularmente se denuncia la presencia del flagelo de la corrupción en la contratación pública, misma que se mide a través de un criterio que pudiera resultar objetivo como lo es el sobreprecio, pero que en estos tiempos de incertidumbre por conducto del estado de emergencia por Covid-19, se tornan, por decir lo menos, en elementos subjetivos, y por ende dignos de una ponderación racional.

Ante esto, surgen muchas voces en contra de las conductas corruptas y deshonestas que ha denunciado el órgano contralor, y se recurre al Derecho Penal, como una especie de vara mágica para acallar el clamor público que en este contexto exige responsabilidades por el manejo indebido de los recursos públicos.

En este escenario se publicó la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción (2021), donde se disponen algunas conductas como obstrucción

a la justicia, sobrepuestos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, como parte de las acciones que el Estado ha dispuesto para resolver las denuncias que anteceden, produciéndose el temido efecto del inflacionismo penal, ya que estas nuevas infracciones penales se suman a conductas tales como el delito de peculado, el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito, los cuales según el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador son imprescriptibles.

Del mismo modo, se suma, al complejo campo de acciones o estrategias en la Lucha contra la Corrupción, la polémica institución de los juicios en ausencia de los procesados por estos delitos como un claro signo de la “tolerancia cero” que el Estado muestra ante estas conductas corruptas que, como sabemos afectan a la Administración Pública y vulnera Derechos Humanos de los ciudadanos, ante lo cual se dispone la pérdida de los derechos de participación política de los condenados (artículo 68 del Código Orgánico Integral Penal). No obstante, como expresa Bolaños (2005), cada una de estas acciones riñen con los postulados del Derecho Penal Contemporáneo, y simbolizan un derecho penal de emergencia, que por un lado, calma las expectativas de la sociedad, y por el otro, degrada la política criminal en una mal llamada política penal, que socaba la idea de un Estado Constitucional de derechos y de justicia.

Por esta razón, a continuación se abordará de manera lacónica la categoría jurídica “Sobrepuestos en contratación pública”, a fin de identificar los elementos estructurales de este tipo penal, para contrastar los mismos con el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad.

2. Análisis dogmático del delito de Sobrepuestos en contratación pública en el contexto jurídico ecuatoriano.

El artículo 14 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal del año 2021, ordena que se agregue el artículo 294.1, el cual es del tenor siguiente:

“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 realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobrepuesto 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 sobrepuesto 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”.

Este tipo penal, genera importantes desafíos para la dogmática jurídica penal, ya que no hay antecedentes en la nación sobre alguna figura legal de igual connotación, por lo que para su aplicación el intérprete deberá acudir a distintas fuentes normativas en el plano internacional que permita realizar una adecuada operación de subsunción del hecho que ha ocurrido en el plano real con la conducta estipulada en el artículo 241.1 eiusdem, sin descuidar que para la conformación de esta categoría habrá que atender las circunstancias del entorno social donde esta se desarrolla.

Bajo esta línea de análisis, el segundo elemento que debe ser abordado es el relativo a los sujetos y objetos de esta relación jurídica, precisando que el sujeto activo es calificado ya que se le han designado cualidades tales como que se trate de un servidor público, o que esta “persona actúe en virtud de una potestad estatal”, incluso que sea un “proveedor”.

En relación con el sujeto pasivo, la Administración Pública, es quien sufre la vulneración de los bienes jurídicos protegidos por esta disposición jurídica, lo expresado nace del Título de la Sección Tercera donde se ordena ubicar el artículo 241.1, que se encuentra en la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal del año 2021.

Esta referencia, trae de por sí aparejada la necesidad de descifrar estos elementos normativos del tipo para su adecuada aplicación. Será interesante articular las normas del Ecuador para definir quienes son aquellas personas que actúan en virtud de una potestad estatal, y respecto de las cuales se exige responsabilidad. También el término sobreprecio se suma a esta actividad compleja de escudriñar el sentido y alcance de este, dentro de los contextos enunciados, verbigracia, la “declaratoria de emergencia o estado de excepción”, que fungen en este caso como agravante de la conducta.

Un elemento subjetivo del tipo penal se advierte en la utilización de la alocución “arbitrariamente”, la cual es un modo que asume el sujeto activo para contratar. Precisamente, el núcleo rector de esta conducta es el “contratar”, pero esta acción viene acompañada con algunos adjetivos calificativos que implican el “evidente y comprobado sobreprecio”.

Se desprende de la norma en cuestión que, el “sobreprecio” se medirá conforme a un criterio como es el “precio ordinario” mismo que será establecido de acuerdo con el tipo penal “por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado”. En este punto es necesario reconocer una manifiesta contradicción con el último aparte del artículo 241.1, cuando contextualiza la agravante en relación con la “declaratoria de emergencia o estado de excepción”, que como es notorio ha supuesto un escenario de grandes incertidumbres y “anormalidad” cotidiana, de lo cual inferimos una desacertada técnica legislativa que puede conducir a la inaplicación de este texto normativo.

Respecto de la conformación del tipo penal que antecede, otro elemento que se le asigna a la Contraloría General del Estado la presentación de un informe en el plazo de 15 días para determinar la existencia del sobreprecio de contratación pública cuya petición la colocan en cabeza del fiscal, para lo cual es indispensable que este ente cuente con expertos que puedan dictaminar con certeza la existencia de este elemento -el sobreprecio- que se convierte en vital para la adecuación del hecho con lo expresado en la norma. Será interesante observar en un juicio a los expertos declarando acerca de los métodos y criterios seleccionados para arribar a la conclusión de que se actuó “arbitrariamente” y se contrató con sobreprecio”, que son dos elementos concurrentes de la conducta típica para que esta pueda subsumirse en el tipo.

En el análisis y posterior aplicación de este tipo penal no se puede descuidar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación pública contiene algunas definiciones que pueden reñir con el contenido del artículo 241.1 de la Ley Orgánica Reformatoria, entre estos aparece la colusión en la contratación pública, discrecionalidad en la contratación pública, recurrencia en contrataciones y vinculación, que conforme a lo expresado son conductas que contrarían el principio de transparencia.

En esta misma Ley Reformatoria se dispone como medida adicional la incorporación del numeral 14 del artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual se contempla la:

“Inhabilitación para contratar con el Estado que se aplicará en sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos de: peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, ofertas de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada; pena no privativa de la libertad que será comunicada al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Del mismo modo “cuando se hayan evadido los procedimientos pertinentes de contratación pública el fiscal podrá solicitar al juzgador previo informe favorable de la Contraloría General del Estado, se disponga como medida cautelar suspender la contratación en curso y los pagos que se encuentren en trámite”.

Se constata que el Estado ha decretado la situación de emergencia y ha puesto en manos de las entidades presupuestos millonarios para la contratación y adquisición de recursos sanitarios para enfrentar la pandemia. Ante la situación la misma matriz del IESS se ha visto salpicada por presuntos casos de corrupción, debido a compras de insumos con sobreprecio (Leones, 2020). Según una de las tantas listas de las unidades médicas del IESS, el sistema cuenta con 27 hospitales. De ellos, 25 están declarados en estado de emergencia, para poder realizar compras en procesos expeditos y abreviados, conforme lo expresa el artículo 57 de la Ley de Contratación Pública que establece que: “la entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia”. Incluso permite hacer contrataciones internacionales expeditas “sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías, los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato”.

Ante esto, se ordena la creación de un subsistema nacional de control conformado por Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Sistema Nacional de Contratación Pública, Consejo Participación Ciudadana y Control Social y Superintendencias con el fin de efectuar un control eficaz de cualquier situación o irregularidad que se presente en este campo. Pero además, se dispone la emisión de un certificado como operador del Sistema nacional de contratación pública a todo aquel que participe en un procedimiento de contratación.

Ciertamente, el tipo penal en examen, y las normas que se han dispuesto para erradicar conductas corruptas en el Ecuador por conducto de esta reforma deben considerar los extremos que exige la Teoría del Delito, cuya estructura se dispone en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, y comprende tres elementos como son la conducta típica, antijurídica y culpable, los cuales son presupuestos indispensables para su conformación. A la par, se disponen categóricamente las causas de exclusión de cada uno de estos elementos, como la ausencia de acción, la atipicidad, las causas de la antijuridicidad y de la culpabilidad, centrándonos en este estudio en el estado de necesidad, que como se verá descarta el delito.

3. El estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad.

El estado de necesidad es una institución que ha sido abordada desde distintas aristas, lo que genera una prolífica doctrina que servirá de sustrato en la revisión científica acerca de la configuración de esta causa de exclusión de la antijuridicidad en particular referencia a la comisión del delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de la emergencia sanitaria.

La Antijuridicidad, es un elemento estructural de la construcción del delito. El artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, la define como “aquella conducta que amenaza, o lesiona sin justa causa un bien jurídico que la normativa penal protege”. Como se observa esta conducta debe ejecutarse sin justa causa, comprobado esto el resultado le será imputable objetivamente al sujeto activo que obre de tal manera, toda vez que la acción está considerada, a priori, como penalmente relevante, en virtud de lo cual resta por describir y demostrar que el hecho es lesivo.

Como se expuso, la infracción penal doctrinaria y legalmente, conforme con el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal es definida como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en la Ley”, de la definición, se desprende que esta estructura jurídica tiene tres elementos fundamentales: 1.- La tipicidad; 2.- La antijuridicidad; y, 3.- La

culpabilidad. Todos ellos tienen como base principal la conducta humana que se manifiesta en la modalidad de acción, omisión y en la omisión dolosa, por consiguiente, para que exista infracción penal, como refiere Muñoz (2015), se requiere en primer lugar una conducta, luego de comprobada su existencia, se procede a acreditar la concurrencia de los enunciados elementos.

Dentro de este marco, se concibe una estructura analítica de orden secuencial que impide avanzar al siguiente elemento sino ha quedado evidenciada la existencia del anterior, verbigracia, se estimará la antijuridicidad de la conducta si con antelación se ha comprobado que la misma es típica, y así se procederá con el elemento culpabilidad, una vez que se haya acreditado la antijuridicidad.

En efecto, esta estructura analítica general que brinda la Teoría del Delito se debe empalmar con las condiciones que exige el tipo penal especial objeto de comprobación. Destacando elementos esenciales como el núcleo rector, los sujetos y objetos del delito, es decir, subjetividad activa y pasiva, objeto material y bien jurídico, además de la presencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo penal y las condiciones de modo, de tiempo y de lugar que se encuentran presentes en la redacción de la norma, mismas que permitirán la subsunción de la norma con el hecho imputado.

Para Donna (1995) este ejercicio permite imputar la conducta y su resultado a un hombre, como una obra propia, esta estructura se desarrolla de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal, a partir de la construcción de una hipótesis que involucra acreditar cada uno de los elementos de la infracción penal: la conducta típica, la antijuridicidad y la culpabilidad.

El otro lado de la moneda se refleja en los elementos negativos que recoge la doctrina y la ley sobre la Teoría del Delito, ante su existencia es imposible la conformación de la hipótesis que antecede. Estos elementos que excluyen la comprobación de la infracción penal aparecen perfectamente delineados en el Código Orgánico Integral Penal, mismo que contempla en el artículo 24 las causas de exclusión de la conducta, en el artículo 30 las causas de exclusión de la antijuridicidad y en el artículo 35 las causas de inculpabilidad.

El centro de la reflexión académica es el artículo 30 del texto penal integral. Esta norma dispone las causas de exclusión de la antijuridicidad, en los términos que siguen:

“No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados”.

Del contenido de la norma se reconocen instituciones jurídicas fundamentales como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de orden legítima y el cumplimiento de un deber legal, que suponen que aun cuando la conducta sea típica, la misma no adquiere el carácter antijurídico ya que se encuentra justificada conforme con los extremos requeridos en cada norma. Respecto del estado de necesidad, el artículo 32 expresamente dispone:

“Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho”.

Al analizar este artículo es preciso señalar que la persona debe estar en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente, ya que si no estaríamos en el campo de la inculpabilidad, pero también es imperativo que el sujeto “actúe típicamente” para proteger un derecho propio o

ajeno, reconociendo en todo momento que el bien jurídico se encuentra en real peligro y que no existe otra forma para su defensa o protección.

Son estos extremos los que deben ponderarse para arribar a la conclusión de que se ha obrado bajo un estado de necesidad, o por el contrario, que la conducta típica además es antijurídica, lo que permitirá al operador de justicia seguir avanzando en el análisis de los elementos estructurales del delito.

Es menester destacar que, bajo la égida del Estado Constitucional, existen límites infranqueables, enunciados generalmente en forma de principios (legalidad, tipicidad, lesividad, culpabilidad, entre otros), los cuales según García Falconí (2014) le permiten al Estado el ejercicio legítimo de su potestad punitiva, que se convierten en verdaderas garantías de seguridad jurídica para los ciudadanos, por lo que la formulación de una norma, no implica su aplicación sin miramientos a estos postulados. Para Bacigalupo (2000), los principios que limitan la intervención estatal deben ser entendidos como “mandatos de acción a cada uno de los poderes de Estado, lo que permite hablar de criminalización legal, judicial o ejecutiva, dentro del ámbito de atribuciones de cada poder” (p. 231).

La reacción penal entonces se justifica si el autor de un delito ha “podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiendo los deberes de cuidado que le incumben” (Bacigalupo, 2000, p. 240), esta afirmación excluye toda posibilidad de que la culpabilidad se base únicamente en criterios de defensa social.

A través de esta lacónica mirada, los resultados permiten reconocer que el tipo penal de sobrepuestos en la contratación pública es una medida legislativa de carácter espasmódico que no responde a la lógica de la lucha anticorrupción que el Ecuador debe articular de manera adecuada y coherente con los postulados del Estado constitucional, de derechos y justicia, sino a un momento coyuntural como el que propicia la pandemia en el mundo, generando importantes cuestionamientos acerca de la racionalidad y legitimidad de este ejercicio del poder punitivo que se consolida con la promulgación de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (2021).

Mediante esta afirmación procederemos a reflexionar sobre los argumentos que sustentan la hipótesis de Baldeón (2020) con la propuesta que recoge el estudio acerca de la viabilidad de alegar el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de pandemia mundial por Covid-19.

4. Análisis crítico acerca de la configuración del delito de sobrepuestos en contratación pública y el estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad.

Baldeón (2020), expresa que con la pandemia “los criterios de compra dieron paso a los criterios de venta”, esta afirmación conduce a revisar alguno de los elementos estructurales del tipo penal “Sobrepuestos en contratación pública”, que se incorpora en la reforma al texto penal integral en el año 2021 para hacer frente a una serie de hechos irregulares que sucedieron en tiempos de emergencia sanitaria.

La autora desarrolla la premisa que antecede explicando que: “es el “vendedor COVID” el que impone las reglas de juego, porque hay millones de compradores dispuestos a comprar y **muy pocos proveedores con capacidad de abastecer esas demandas**” (s/p), esto bajo los criterios de la ciencia económica, implica que “los productos valen lo que el comprador está dispuesto a pagar por ellos, cuyos precios suben cuando esos productos son escasos” (s/p). Lo más relevante de lo que argumenta la experta, es que:

“La **subida de precios de los productos de emergencia sanitaria** no puede tener como único origen la corrupción denunciada de forma general, sino que estamos frente a otro escenario en donde hay una demanda que supera con creces la oferta productiva” (s/p).

Este argumento, acerca de la conducta corrupta que sustenta el accionar de aquellos sujetos señalados de haber incurrido en el delito de sobrepuestos en contratación pública, lo estimamos clave para determinar la presencia de los elementos estructurales de la teoría del delito en relación con los elementos específicos que exige el tipo penal.

Subrayamos que en el escenario de la pandemia mundial se ha trastocado el orden social, y la “normalidad” se pierde en la dimensión de los acontecimientos que involucra el contagio del virus, la muerte y la protección de la vida y de la salud. Ante esto las medidas de prevención exigen a los Estados estar preparados para evitar las nefastas consecuencias que deja a su paso el Covid-19 y sus variantes. En este esfuerzo se destinan los escasos recursos públicos para la compra de productos para hacer frente a la emergencia sanitaria.

Esta realidad nos lleva al campo de las ventas al sector público, las cuales debemos entender que no representan un negocio atractivo para ningún inversionista, ya que el procedimiento, aun bajo el régimen especial declarado, para Baldeón (2020) implica, igualmente, una serie de actos de corte burocrático que impiden la inmediatez del acceso al producto o servicio, basta con considerar que la compra está sujeta a la presentación de “una oferta, la evaluación, adjudicación, firma del contrato y posterior -o tardío- pago” de los entes del sector público.

En este contexto, no se puede pretender, como lo expresa el artículo 241.1 de la Ley Orgánica Reformativa, que en una crisis de magnitudes incalculables como la que generó el COVID-19, el criterio para medir el sobrepuesto esté anclado a la comparación de los precios ordinario o vigentes antes de la pandemia o estimar un cálculo de estos apelando a un criterio de normalidad.

Subrayamos que este criterio para medir el sobrepuesto se recoge directamente de la redacción de la norma la cual expresa textualmente que: “los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobrepuesto **al precio ordinario establecido por el mercado** y determinado como tal por la Contraloría General del Estado”, elemento normativo que permitirá o no subsumir la conducta del sujeto activo en lo expresado por el tipo penal en examen.

Debido a esto será relevante conocer cuáles serán los criterios que asumirá la Contraloría General del Estado para determinar como tal los precios de los bienes y servicios, informe que permitirá arribar a la conclusión de que se actuó conforme al delito en mención.

Finalmente, no podemos descuidar lo que acertadamente explica Baldeón (2020) que estos organismos deben “**incrementar la transparencia, la ética en el manejo de los recursos públicos**, pero sin olvidar que tenemos una nueva realidad de fuerte escasez de proveedores y una avalancha “inmisericorde” de compradores con plata para intentar cuidar su vida” (s/p).

Ante esto debemos considerar la corrupción como sugiere Arellano (2016) desde un ángulo analítico como “la decisión de un individuo en una transacción con otro individuo o individuos, aprovechándose (indebidamente se insiste) de una posición determinada en esa relación o transacción” (p. 811), ante esto se entiende que es una conducta individualista, calculada y consciente, donde la persona que lo realiza tiene una posición de poder que le permite desviar su conducta de los valores o parámetros socialmente aceptados.

En franca concordancia, la corrupción, como base de las infracciones penales que se incorporan al texto integral penal, según Castañeda (2016) es un “abuso del poder público para obtener ganancias privadas” (p. 104) esta denominada definición funcional debe servir para comprender el sentido y alcance de la infracción penal de sobrepuestos en contratación pública, que sugiere como lo explica Hernández (2021) un comportamiento económico-social, en cuya

lógica de acción prevalecen los intereses particulares de los involucrados sobre los de la sociedad. Con sustento en este reconocimiento, se han generado esfuerzos por combatirla sin mayor éxito, tema que sigue siendo objeto de controversia en los espacios académicos y de gobierno, en virtud de que se involucra al Derecho Penal, como una herramienta para su control, lo que en nuestra consideración es totalmente desacertado en virtud de que deslegitima el ejercicio del poder punitivo, el cual debe entrar en el cauce del Estado constitucional.

Nos detenemos en la corrupción ya que se ha dispuesto como el eje transversal del conflicto involucrando contundentes acciones del Estado para paliar sus efectos en la sociedad contra la cual se dirigen los efectos de conducta corrupta, subrayando que convencionalmente se la ha llegado a definir como un abuso del poder público para la obtención de un beneficio privado, caracterizada históricamente según Gray & Kaufman (1998) por mecanismos como el fraude y malversación de recursos públicos, realizado por funcionarios en beneficio directo o indirecto a través del uso discrecional para otorgar exenciones, bienes o servicios públicos o determinar a favor o en contra la aplicación de leyes y reglamentos, o por el cohecho y soborno, originado por un comportamiento extorsionador de un empleado público producto de la imposición intencional de distorsiones en la implementación normativa respecto a los trámites y regulaciones para obtener pagos o incentivos ilícitos y/o no transparentes.

Estas conductas corruptas cuentan con un importante abanico en el campo jurídico, y en nuestro criterio la incorporación de nuevos tipos penales como el sobreprecio en contratación pública, podría generar algunas contradicciones con infracciones como el peculado, el cohecho, el enriquecimiento ilícito, entre otras, que lejos de coadyuvar con la lucha anticorrupción podría generar serios inconvenientes a la hora de subsumir la conducta, trayendo como consecuencia la impunidad de estas.

Las noticias en este caso no son alentadoras, El Comercio (2020), publica que: “La crisis sanitaria que estalló este año por el coronavirus también desató una ola de corrupción a escala nacional”. También registra el Servicio Nacional de Contratación Pública (2021) que: “El 2020 cierra con 196 expedientes en curso, 183 se hallan en la primera fase de la investigación o indagación previa. Solo 13 han pasado a la siguiente etapa: instrucción fiscal. Todos son procesados por cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, tráfico de influencias o la figura de delincuencia organizada”.

En este acierto, la corrupción es un problema estructural, que pasa por la revisión de los valores que se asocian con el individualismo, el consumismo, el afán por el poder, la codicia, un exitismo económico y el débil compromiso con lo público y con el bien común, lo cual es su signo identificador, respecto de lo expresado “la corrupción posterga la atención de las necesidades básicas de los ciudadanos ya que implica un costo económico sumamente alto generando pobreza y miseria”.

Ahora bien, para que se configure el delito de sobreprecio en contratación pública, es menester que los signos identificadores de la corrupción estén presentes, de lo contrario, por más que se compruebe el sobreprecio en la contratación, si el sujeto activo no realiza la conducta bajo estas condiciones, habrá que desestimar este tipo penal.

Conclusiones

Es un imperativo constitucional, legal y ético, la revisión de toda conducta que se ha ejecutado en el tiempo de pandemia bajo los postulados racionales y científicos de la Teoría del Delito atendiendo del mismo modo a la explicación que ofrecen las distintas disciplinas del conocimiento a este acontecimiento de orden mundial que ha modificado la vida social, política, económica y jurídica de las naciones.

Esta afirmación que antecede surge de la precisión de los aspectos generales característicos de la Antijuricidad como elemento de la Teoría del Delito, así como también de las condiciones necesarias para que una conducta pueda ser enmarcada en esta categoría de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La reflexión que antecede permite argumentar sobre la viabilidad del estado de necesidad como una de las causas de exclusión de la antijuricidad dispuestas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para el delito de sobrepuestos en contratación pública en tiempos de Covid-19, tomando como fundamento, por un lado, la dificultad que supone la acreditación del sobrepuesto, ante la condición de avalar este dictamen con el criterio normativo “precio ordinario establecido por el mercado” y la conducta corrupta, que es la base de esta actuación.

Queda de manifiesto la tentación del Estado de recurrir a medidas coercitivas para resolver asuntos que deben ser asumidos con estrategias de política criminal coherentes que demuestren el talante democrático de la nación, evitando simplificar la realidad y el contexto en donde opera el delito de sobrepuestos en la contratación pública, el cual requiere de un análisis exhaustivo de los elementos estructurales que dispone la Teoría del Delito, lo que lleva a asumir que las especiales y extraordinarias circunstancias en la que se desarrolla la compra y adquisición de bienes y servicios para enfrentar la pandemia pueden dar paso a la configuración del estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuricidad.

Referencias bibliográficas

- Arellano, D. (2016). Corrupción como proceso organizacional: comprendiendo la lógica de la desnormalización de la corrupción, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2016, p. 811, en <http://www.sciencedirect.com/science/journal/01861042>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación: 29 de diciembre de 2017.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2021). Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.392, 17 de febrero 2021. Normativa: Vigente. Última Reforma: No reformado.
- Bacigalupo, Enrique (2000). Principios constitucionales del derecho penal. Hammurabi, Buenos Aires.
- Baldeón, I. (19 de junio de 2020). Los “sobrepuestos” en contratación pública y el covid-19: Más allá de lo evidente. Disponible en: <https://www.eude.ec/blog/2020/06/19/sobrepuestos-covid-19-eude/>
- Bolaños, M. (2005). Política Criminal y Reforma Penal. Primer Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología. 24 y 25 noviembre de 2005, Mérida- Venezuela. Pp. 37-61.
- Castañeda Rodríguez, Víctor, Una investigación sobre la corrupción pública y sus determinantes, Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 61(227), pp. 103-135, 2016, p, 104, en [https://doi.org/10.1016/S0185-1918\(16\)30023-X](https://doi.org/10.1016/S0185-1918(16)30023-X)
- Contraloría General del Estado de Ecuador (2021). Contrataciones irregulares perjudican al Estado en más de USD 17 millones. Disponible en: <https://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/SalaPrensa/23870>
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 2-20-EE/20 del 22 de mayo del 2020. Obtenido de:

- http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidIMmY5NwY1Yi1jMzNILTRINDgtYjE1YS0xZWlZYZEzYzIyZDcucGRmJ30=
- Decreto Ejecutivo N° 1052 del 15 de mayo de 2020. Obtenido de: https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios_externos.jsf.
- El Comercio (30 de diciembre de 2020). Corrupción sorprendió en la pandemia a Ecuador. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/corrupcion-sorprendio-pandemia-ecuador-contratos.html>
- García Falconi, R. (2016). Código Orgánico Integral Penal Comentado. Quito: Latitud Cero Editores.
- Hernández, J. (2021). Fenomenología de la Corrupción. Artículo del Proyecto de Investigación Análisis, medición y evaluación de la corrupción institucional registrado con el No. 1086 y aprobado en la sesión 514 del Consejo Divisional de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de fecha 11 de diciembre de 2017. Departamento de Economía Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.
- Muñoz, F. (2015). Derecho Penal: Parte General. Tirant lo Blanch.
- Olivares, E. (2013). El Estado de Necesidad racional de la Legítima Defensa. Política Criminal, Numero 1-22.
- Pan American Development Foundation (2021). Corrupción en tiempos de Covid: la otra pandemia en Ecuador. Observatorio de derechos y justicia. Pan American Development Foundation Disponible en: <https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/Corrupcion-y-covid-19.pdf>
- Rozenwurcel, G., & López, M. (2013). Compras públicas en América Latina y el Caribe ¿Internacionalizar o no internacionalizar? ¿Quién, cómo, cuándo? Buenos Aires: Red Latinoamericana de Política Comercial.
- Servicio Nacional de Contratación Pública (2021). Evaluación Sistema Nacional de Contratación Pública. Metodología MAPS. SERCOP BID. Disponible en: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/05/libro_evaluacion_sncp_2021-comprimido.pdf
- Servicio Nacional de Contratación Pública. Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0104. Obtenido de: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/03/Resoluci%C3%B3n-104-SERCOP-19-Marzo-2020.pdf>