

SEÑOR PRESIDENTE Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Juez Ponente: Hernán Salgado Pesantez

Caso No. 42-21-IN

ABG. SANTIAGO SALAZAR ARMIJOS, Procurador Judicial de la abogada Esperanza Guadalupe Llori Abarca, Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador, conforme se desprende de la escritura pública de poder especial y Procuración Judicial que adjunto.

Dentro de la Acción Pública de Inconstitucionalidad planteada por los ciudadanos JORGE ANDRES CORDERO DUEÑAS, portador de la cédula de ciudadanía No. 131189710-0, ecuatoriano, mayor de edad, estado civil soltero, con domicilio en la ciudad de Guayaquil, de profesión abogado, y FRANCISCO JAVIER ARTEAGA SALAZAR, portador de la cédula de ciudadanía No. 092417602-7, ecuatoriano, mayor de edad, estado civil soltero, con domicilio en la ciudad de Guayaquil, de profesión abogado, en contra del artículo 294.1 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP").

Encontrándome dentro del término legal concedido para el efecto, comparezco ante su autoridad con la presente contestación que la fundamento en los siguientes términos:

I DISPOSICIONES LEGALES IMPUGNADAS

Los legitimados activos, demandaron la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 294.1 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP"), publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 17 de febrero de 2021.

El texto de la norma impugnada es:

“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.

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”

II NORMAS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADAS

En la demanda de inconstitucionalidad, los accionantes alegan que la norma impugnada es contraria a los artículos 76 numeral 3, 82 de la Constitución de la República y artículo 8 numeral 1, del Pacto de San José de Costa Rica.

III ARGUMENTACIÓN SOBRE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD

Los accionantes para sustentar la demanda de acción pública de inconstitucionalidad, afirman que la norma impugnada es inconstitucional, argumentando que:

3.1. *En primer lugar, señalan que si bien el artículo impugnado busca restringir una conducta corrupta y tomar acciones en relación a la misma, a su entender “está redactada de una forma antitécnica tal, que pudiera llegar a dejar impune a quien ha actuado realmente con el ánimo de causar perjuicio económico al Estado, o bien pudiera hacer que se declare culpable al que solo buscaba realizar su trabajo como servidor público, o trabajar como proveedor del Estado”.*

3.2. *En cuanto al derecho a ser juzgado por acto u omisión tipificado al momento de cometerse como infracción penal y con observancia del trámite propio, señalan que “el mercado puede fluctuar y cambiar en muchas ocasiones por varios factores como lugar, momento, objeto que se consume, cantidad que se consume, entre otros”. Por estos motivos, acusan que la norma impugnada no tiene parámetros claros para que el juez emita una sentencia condenatoria, citando para ello las sentencias No. 26-13-IN/20 y No. 34-17-IN/21.*

3.3. *Además, alegan que se vulneró el principio de legalidad debido a que se trata de una ley penal en blanco por no existir definición clara de “evidente y comprobado sobreprecio al precio del mercado” y remitirse a los informes emitidos por la Contraloría General del Estado. Finalmente, expresan que la norma impugnada “no solo implanta un procedimiento especial para una situación que tiene ya un procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sino que viola el derecho a un plazo razonable, y dentro de dicho corto plazo previsto en la norma se viola una serie de garantías del debido proceso”.*

3.4. *Sobre el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) referente a las garantías judiciales, señalan que la Contraloría emitió el acuerdo No. 014-CG-2021 que desarrolla el procedimiento para la elaboración de los informes determinados en la norma impugnada. Respecto de lo anterior, expresan que “no se observa que se incluya en dicho procedimiento ni el más mínimo vestigio del debido proceso, pues ninguna de las garantías del artículo 76 de la Constitución de la República o del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica se encuentran siquiera nombradas”. Sobre el plazo razonable, insisten en que “a simple vista es evidente que 15 días en ningún caso podría ser un plazo razonable para concluir un proceso administrativo que va a determinar indicios de responsabilidad penal para una persona”.*

3.5. Finalmente, respecto del derecho a la seguridad jurídica, los accionantes señalan que la norma impugnada es tan ambigua porque no da confianza ni certeza a la persona procesada toda vez que “en un mercado donde se supone existe dinamismo y operan mayormente las reglas de la oferta y la demanda, no es posible fijar precios exactos para muchos bienes o servicio”. En este punto, expresan que se está dando rienda suelta a que “exista interpretaciones arbitrarias tanto por parte de la CGE como del juez penal, no habiendo un criterio objetivo sobre el cual el procesado pueda defenderse”. Finalmente, alegan que la norma impugnada incumple con los elementos del derecho a la seguridad jurídica -la confiabilidad, la certeza y la no arbitrariedad.

IV ANÁLISIS DE LA DEMANDA

En el presente caso de acción de control abstracto, corresponde a la Corte Constitucional, garantizar que los principios constitucionales sean respetados, observados y ajustados en la normativa impugnada, determinando si la medida adoptada en la disposición impugnada es proporcional con los principios constitucionales; ratificando la convencionalidad y constitucionalidad de las disposiciones; así como también corrigiendo de ser necesario, cualquier distorsión por la vía de la supresión o corrección de las disposiciones normativas observadas, con el fin de precautelar en todo momento la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Requisito básico de toda acción pública de inconstitucionalidad, contenido expresamente en el artículo 79.5.b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es señalar con “argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, porque considera existe una incompatibilidad normativa” con las “disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance” (art. 79.5.a).

Frente a la presente demanda planteada, a esta función del estado le corresponde demostrar y recalcar la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas; y, consecuentemente, el desacierto de los legitimados activos.

4.1. Sobre la Norma Impugnada.-

La norma impugnada describe:

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.

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”

Al respecto es oportuno revisar, que en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece lo siguiente: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*

Ahora bien, para el tratadista Ariño Ortiz, analiza el concepto del precio y hace un paralelo en su definición en el Derecho Público y el Derecho privado, encontramos que, en el Derecho público a diferencia del privado, el precio de los contratos debe ser, en lo posible, el “justo precio”, de tal manera que haya un exacto equilibrio entre el valor de los bienes o servicios que se reciben y el precio que se paga por ellos.

Se trata entonces, de conseguir el “óptimo contractual” para lo cual debe fijarse en el pliego de condiciones o en el contrato un “justo precio” y revisarse cuando sea necesario si el equilibrio económico se ve alterado por un cambio de circunstancias. Esto obedece a razones de conveniencia para el interés público; puesto que la administración que no es una empresa de negocios, sino una organización al servicio de los intereses generales, que no debe introducir en su esquema contractual apreciaciones subjetivas, reduccionistas en la estimación de los precios, ni debe intentar hacer buenos negocios con cargo al contratista. Por ello, los precios del contrato deben estar basados en la media del mercado. Entonces, la competencia de ofertas se depurará en el procedimiento de adjudicación y de no existir competencia suficiente, deberá dejar desierta la adjudicación y ajustarlos a costos reales. (Ariño, 2006, pág. 727)

Si consideramos que a nivel internacional, se han establecido políticas de combate frontal a la corrupción, el Estado Ecuatoriano, bajo la garantía de proporcionalidad entre las penas y las infracciones, crea ésta norma con ese objetivo. Pues, resulta claro y evidente, que el país no goza de inmunidad frente a la corrupción en diferentes ámbitos, por lo que así mismo se genera la imperiosa necesidad de regular y sancionar ciertas conductas que propenden a la corrupción; además que, constituye un deber social y hasta humano actuar con debida diligencia bajo los valores y principios que garantizan el transparente y leal desarrollo de las actividades económicas, con acciones que no afecten la libre y leal competencia.

En el mismo orden de ideas, vale recordar que la contratación pública es una actividad necesaria para que un estado pueda proveer a los ciudadanos una gran diversidad de bienes y servicios necesarios para la actividad pública, en tal sentido, los participantes de estos procesos, tienen la obligación constitucional de utilizar los recursos públicos con eficiencia, eficacia, transparencia y honradez, no obstante, la cantidad de dinero destinado a la compra pública, hace que los procesos de adquisición del gobierno sean vulnerables a la realización de prácticas ilegales, incluso podrían observarse varias

conductas antijurídicas, en un mismo procedimiento de contratación.

Es así que, en el ámbito de las contrataciones de gobierno, lo legal es que las empresas y otros agentes económicos que proveen al estado bienes, servicios y obra pública, compitan para ganar los contratos de adquisición, ofreciendo las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento y oportunidad, sin embargo, en ocasiones, adoptan acuerdos para eliminar o simular la competencia. Así, coordinan posturas en los procedimientos de contratación, manipulan precios, se reparten el mercado y/o restringen la oferta de lo que venden al sector público. Con ello obtienen, a costa del erario, ganancias extraordinarias a las que habrían conseguido en un proceso realmente competido.¹

En conclusión, mediante la emisión de la *norma impugnada* se garantiza desde otra perspectiva, el leal y transparente ejercicio de actividades económicas dentro del Estado Ecuatoriano, actividades que se encuentran debidamente normadas y reguladas; sin embargo, resulta imperativo regular también los aspectos o circunstancias que pudieran considerarse indebidas en tal ejercicio, para así garantizar el correcto desarrollo de las referidas actividades.

4.2. Presuntos derechos vulnerados:

De igual manera los accionantes manifiestan que se han vulnerado los siguientes derechos:

4.2.1. Al artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República.-

El derecho fundamental de las personas es el de ser juzgadas con observancia a los trámites propios de cada procedimiento. De ser lo contrario es evidente el desorden en el que recaería el poder, además de la poca certeza y confiabilidad que tendrían las personas dentro del Estado. Específicamente en materia penal, aquella norma en la que la misma o parte de ella no se encuentra en la ley o se encuentra en normas de rango inferior, es violatoria al principio de legalidad. De esta manera, la primera disposición que consideraríamos infringida es el artículo 76.3 de la Constitución de la República, que indica:

“Art. 76.3. - En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

1 Competencia Económica, Plataforma para el crecimiento 2018-2024, Pág. 1 y 2

Frente a tal afirmación, corresponde precisar que la creación de una norma que permita identificar y sancionar actos de corrupción en el sector público y privado, no vulnera el derecho consagrado en el Art. 76 numeral 3 de la CRE, pues los propios accionantes y la misma Carta Magna en el artículo mencionado como vulnerado, da la razón sobre la Constitucionalidad de la norma impugnada, ya que es clara al precisar que no podemos ser sancionados por un delito que no se encuentre tipificado al momento del cometimiento de una infracción “***Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege***”, debiendo hacer énfasis a los accionantes que la aplicación del artículo 294.1 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, tiene un carácter **EX NUNC** con un efecto **ERGA OMNES**, es decir desde el momento de su vigencia hacia adelante y a la cual estamos sometidos todos los ecuatorianos.

De igual manera, el Art. 11 numeral 9, determina que: “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”, deberes estatales que se plasman por medio del órgano competente al crear la disposición normativa que hoy se halla infundadamente impugnada, en ese sentido, mediante la emisión de la norma impugnada, se garantiza desde otra perspectiva, el leal y transparente ejercicio de actividades económicas dentro del Estado Ecuatoriano.

4.2.2. Al artículo 8 numeral 1, del Pacto de San José de Costa Rica.-

Otra disposición vulnerada según los accionantes es la contenida en el artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica en concordancia con el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador en relación a las garantías del debido proceso, que en su parte pertinente determina:

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

La pretensión de los accionantes hace alusión al artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución cuando se menciona que se deberá contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, esto por cuanto el segundo inciso del Art. 294.1 que es la norma impugnada como inconstitucional señala que “***El informe de la Contraloría General del Estado que determina la existencia de sobreprecio en contratación pública, deberá ser otorgado por dicha entidad, en el plazo máximo de quince días, contados a partir de la fecha de solicitud efectuada por la o él fiscal***”; siendo totalmente coherente lo tipificado en este inciso, ya que el informe que solicitaría la Fiscalía a la Contraloría, no es otra cosa que un aval que demuestre que en cierto caso de contratación pública, existe un posible sobreprecio, es decir la norma no impide en primer lugar el ejercicio de control que realiza la Contraloría, ni tampoco existiría una injerencia por parte de la Fiscalía, en virtud que exclusivamente y de ser el caso, de una denuncia o que de oficio la Fiscalía General del Estado conozca un hecho

de posibles sobrepuestos en la contratación pública podrá actuar con base al informe, lo cual tampoco vulnera la garantía de contar con el tiempo suficiente para ejercer su defensa ya que en el proceso que se llegara a iniciar podrá realizar su descargo ante la autoridad o la administración de justicia.

Es imperativo aclarar que, la importancia de proteger recursos públicos, está supeditada a la observación de los principios básicos de las economías del mundo, en nuestro caso, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su Art. 3 dice: *“Recursos Públicos.-Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.”*

Por lo que, el control interno se perfila como un conjunto de procesos idóneos y efectivos para el control y protección de los recursos públicos, los que hay que efectivizar, entonces, el tiempo y medios adecuados para ejercer su defensa en cualquier modalidad que induzca a corrupción y dada la naturaleza lesiva de la corrupción, jamás vulnerará las garantías básicas del debido proceso como aducen los accionantes.

De cualquier forma, el objetivo de consolidar una sociedad libre de corrupción siempre propenderá al desarrollo sostenible macro y micro económico de sus habitantes, considerando además que un Estado constitucional tiene la obligación de proteger la dignidad y garantizar los derechos de sus ciudadanos, creando un ambiente social idóneo y debiendo actuar en contra de los fenómenos que los amenacen.

4.2.3. Al Derecho a la Seguridad Jurídica.-

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 82 garantiza la seguridad jurídica, que se basa en el respeto a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicables por las autoridades competentes, quienes actuarán en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley; dicha seguridad, implica una correcta y debida aplicación del derecho escrito y vigente, bajo los principios de supremacía y rigidez constitucional previstos en el artículo 424 de la misma Carta Magna.

La seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución de la República, considerando como tal, que la seguridad jurídica es la tutela y confianza de que el Estado respetará todos los derechos de sus administrados, el derecho a la libertad, a la

propiedad privada, a la libertad de expresión, al debido proceso, entre otros, precisamente por la existencia de una norma previa que impone, permite o prohíbe y a la cual no únicamente debe adecuar su acción el poder público, sino que además inevitablemente debe aplicarla.

Al referirnos a la *Norma Impugnada* por los accionantes, arguyen que “*el contenido de la misma es deficiente y de ambigua redacción*”; el Art. 427 de la CRE, determina que:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

Siendo así, al revisar y analizar la *Norma Impugnada*, se dilucida que el contenido y la redacción del texto, se encuentra técnica y jurídicamente estructurado, por lo tanto “*los derechos no se agotan en lo que establece su tenor literal en el texto constitucional, ya que estos estarán sujetos a un desarrollo progresivo a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas.*”

V

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

La Asamblea Nacional como órgano de potestad normativa, ha cumplido con su obligación de adecuar formal y materialmente, los artículos de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal a las disposiciones constitucionales. Ahora, si la especificación determinada en el referido artículo causa confusión o errónea interpretación, los mecanismos a considerarse para adecuar la referida disposición penal, para aclararlos o interpretarlos serán los que determine la Corte Constitucional; más no la declaratoria de inconstitucionalidad pues no se evidencia que exista contradicción con la Constitución; además dicha declaratoria constituye de última ratio. En el análisis y control abstracto de constitucionalidad, alegamos en particular la aplicación de los siguientes principios:

Principio de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas: Bajo la presunción de actuación técnica y legítima del órgano de legislación.

Principio de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico: Las normas impugnadas gozan de eficacia jurídica.

Principio de Configuración de la unidad normativa: La Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, es un todo normativo, que dispone en armonía con la Constitución, conformando una unidad normativa incluso con otros cuerpos legislativos.

Principio Indubio pro-legislature: En la consideración de la legitimidad de la actuación legislativa.

Principio de Interpretación conforme: la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral penal, es compatible con las normas constitucionales.

VI PETICIÓN

Por todo lo expuesto y de conformidad con los principios que gobiernan tanto la Interpretación Constitucional moderna recogidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la doctrina, la jurisprudencia, cuanto en los principios que gobiernan el derecho público; demostrado que ha sido, las pretendidas acciones de inconstitucionalidad carecen de sustento y fundamentos jurídico-constitucionales, por lo que solicito que en sentencia se sirvan desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo.

VII AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES

Autorizo a los abogados patrocinadores Institucionales: Edgar Lagla y Jaime García, para que presenten los escritos que estimen necesarios en la presente acción.

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla constitucional No. 15, así como en el correo electrónico: asesoria.juridica@asambleanacional.gob.ec

En mi condición de Procurador Judicial de la Presidenta de la Asamblea Nacional.

Abg. Santiago Salazar Armijos
Mat. 11270 C.A.P.