

La evasión de procedimientos de contratación pública como peculado: una lectura crítica del derecho penal garantista

*The Evasion of Public Procurement Procedures
as Embezzlement: A Critical Reading From a
Guarantee-based Criminal Law Perspective*

Pablo Andrés León González

Abogado, Universidad del Azuay
Cuenca, Ecuador
pabloleonlegal77@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>

Fernando José Yumi Hurtado

Docente, Universidad Tecnológica Indoamérica
Quito, Ecuador
fernandoyumihur@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0004-0218-0823>

Kevin Alexander Esparza Rivadeneira

Abogado, Universidad Hemisferios
Quito, Ecuador
kevin.sparza@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0009-2961-5811>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2026.45.6>

Fecha de recepción: 1 de julio de 2025

Fecha de revisión: 15 de agosto de 2025

Fecha de aceptación: 4 de septiembre de 2025

Fecha de publicación: 5 de enero de 2026

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La reforma al art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que incorpora la evasión de procedimientos de contratación pública como una modalidad del delito de peculado, ha generado un debate relevante sobre su alcance e interpretación. Este análisis es relevante por sus implicaciones en la seguridad jurídica y en principios como la proporcionalidad y la mínima intervención penal. La presente investigación tiene como objetivo examinar críticamente las distintas interpretaciones posibles de esta disposición —ya sea como agravante, como tipo autónomo o como modalidad dependiente del tipo base de peculado— y proponer una lectura que respete los principios de un derecho penal garantista. Se concluye que la interpretación más adecuada es aquella que subordina la evasión de procedimientos al tipo base de peculado, exigiendo la concurrencia de todos sus elementos estructurales, tales como el beneficio propio o de terceros y el abuso de recursos públicos. Penalizar únicamente la inobservancia de normas formales, sin daño patrimonial ni beneficio ilegítimo constituye una extensión desproporcionada del derecho penal, que puede llevar a la criminalización de actos administrativos sin relevancia penal real. Esta expansión afecta la seguridad jurídica y las garantías propias del Estado de derecho. La investigación se desarrolló bajo una metodología cualitativa de análisis dogmático.

PALABRAS CLAVE: peculado, derecho penal, contratación pública, seguridad jurídica, proporcionalidad, mínima intervención, derecho administrativo, interpretación garantista.

ABSTRACT

The reform of article 278 of the Ecuadorian Criminal Code (COIP), which incorporates the evasion of public procurement procedures as a modality of the crime of embezzlement, has sparked a significant debate regarding its scope and interpretation. This analysis is particularly relevant due to its implications for legal certainty and core principles such as proportionality and the principle of minimal criminal intervention. The objective of this study is to critically examine the possible interpretations of this provision—whether as an aggravating factor, as an autonomous offense, or as a modality dependent on the base type of embezzlement—and to propose a reading consistent with the principles of a rights-based criminal law. The study concludes that the most coherent interpretation is the one that subsumes the evasion of procurement procedures under the base type of embezzlement, requiring the presence of all its essential elements, such as personal

or third-party benefit and the misuse of public resources. Criminalizing the mere breach of formal procedures, absent any patrimonial harm or illegitimate benefit, constitutes a disproportionate expansion of criminal law that risks penalizing administrative actions lacking real criminal relevance. This expansive approach undermines legal certainty and the guarantees inherent to the rule of law. The research was conducted using a qualitative, dogmatic-legal methodology.

KEYWORDS: Embezzlement, criminal law, public procurement, legal certainty, proportionality, minimum intervention, administrative law, guarantee-based interpretation.

FORO

INTRODUCCIÓN

En el año 2021, la reciente reforma al art. 278 del COIP en Ecuador, que incorporó la evasión de procedimientos de contratación pública como supuesto típico dentro del delito de peculado, ha suscitado múltiples debates. La literatura penal ecuatoriana ha abordado el delito de peculado desde distintas perspectivas —como delito especial, como forma de corrupción estructural o como infracción contra la Administración pública—,¹ pero aún son nulos los estudios que se centran con profundidad en la interpretación del nuevo num. 3, lit. e), y en sus implicaciones dogmáticas, constitucionales y prácticas. Esta laguna es preocupante si se considera la severidad de la sanción impuesta y el impacto que tiene en la gestión pública, la política criminal y las garantías del procesado.

En este contexto, el presente trabajo se propone identificar y analizar críticamente el problema interpretativo que plantea esta disposición legal. En particular, se discute si la evasión de procedimientos contractuales debe entenderse como agravante del tipo base, modalidad autónoma independiente, o modalidad autónoma vinculada al tipo base del peculado. La investigación no solo pretende

-
1. Al respecto, véase José Andrés Charry Dávalos, “El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 42 (julio-diciembre 2024): 44-7, <http://bit.ly/3H0HeHo>; también, Francisco Xavier Vega Rivera, “La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), <http://bit.ly/4f8YHtU>.

sistematizar las posibles posturas existentes, sino también proponer una lectura que armonice esta figura con los principios fundamentales del derecho penal, tales como la legalidad, la lesividad, la proporcionalidad y la mínima intervención.

Con este fin, se han utilizado fuentes doctrinarias, autos judiciales nacionales, así como antecedentes legislativos del proceso de reforma. A través del método dogmático, cualitativo y el análisis crítico-normativo, se examinan los elementos estructurales del tipo penal, la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos involucrados y la frontera con el derecho administrativo sancionador.

El artículo se estructura en cuatro partes: en primer lugar, se analizan los antecedentes legislativos de la reforma penal al COIP con respecto a la evasión de procedimientos de contratación pública. En segundo lugar, se presentan las distintas interpretaciones posibles de la nueva disposición del COIP, se analiza el bien jurídico protegido y su relación con delitos de peligro abstracto. En tercer lugar, se discuten las tensiones que esta figura genera con principios constitucionales y penales. Finalmente, se toma posición al respecto y se formula una propuesta interpretativa que abogue por una aplicación restrictiva del tipo, condicionada a la concurrencia de los elementos del peculado base. Esta propuesta busca evitar una expansión desmedida del derecho penal que afecte la seguridad jurídica y desnaturalice su función garantista.

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA EVASIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ASAMBLEA NACIONAL

La lucha contra la corrupción ha sido un eje central en la agenda legislativa ecuatoriana reciente. En este contexto, la Asamblea Nacional recibió diversas propuestas de reforma al COIP, con el objetivo de fortalecer el marco normativo para sancionar los delitos contra la Administración pública, particularmente en situaciones de emergencia y contratación pública. Esto, debido a acciones socialmente perturbadoras que se desarrollaron en el marco de la pandemia.²

-
2. Este proceso de adaptación del derecho penal contemporáneo es una respuesta estructural a la sociedad del riesgo global, Juan Manuel Ortega, “El derecho en la sociedad del riesgo”, *Revista Misión Jurídica* 4, n.º 4 (2011): 81, <http://bit.ly/4faipVZ>. Esto, teniendo en cuenta las distintas demandas sociales que clamaban por seguridad en este contexto, para más detalle sobre este punto y los peligros que conlleva este uso del derecho penal, véase Urs

INFORME PARA PRIMER DEBATE

En el primer Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, se propuso tipificar la evasión de procedimientos de contratación pública como un delito autónomo, independiente del peculado. Durante el debate legislativo, expertos sugirieron sustituir el verbo “evadir” por “eludir” para enfatizar la omisión de una obligación jurídica.³ Finalmente, se planteó incorporar este tipo penal como art. 281.1 del COIP,⁴ manteniendo una estructura similar al peculado: elusión arbitraria de procesos contractuales en beneficio propio o de terceros.⁵ La propuesta contemplaba sanciones graduadas según el monto de la contratación irregular con penas que iban desde seis meses hasta veinte años de prisión, dependiendo de la cuantía y del tipo de contratación involucrada.⁶

INFORME PARA SEGUNDO DEBATE

Durante el segundo debate legislativo se descartó la creación de un delito autónomo por evasión de procedimientos de contratación pública y se decidió incorporarla como una modalidad del delito de peculado. El legislador argumentó que esta conducta comparte los mismos elementos y verbos rectores del tipo base, en especial el abuso.⁷ Por ello, se retomó el término “evadir” en lugar de “eludir” argumentando que el verbo rector principal de la conducta del peculado es “abusar”. Se consideró que la evasión está englobada dentro de este abuso o uso indebido. Al integrarse al tipo penal de peculado, esta forma adquiere características como la imprescriptibilidad y la posibilidad de juzgamiento en ausencia.

Kindhäuser, “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”, *Cuadernos de Derecho Penal* (2014).

3. Puede revisarse con más detalle, Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del “Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”* (Quito: Asamblea Nacional, 2020), 42-5, <http://bit.ly/40B5432>.
4. *Ibid.*, 58.
5. *Ibid.*
6. Para más detalle, con respecto a los tipos de contratación y la descripción típica, véase los incisos a), b), c), d), e) y f), *ibid.*, 58-9.
7. Ecuador Asamblea Nacional, *Informe para el segundo debate*, 102, <http://bit.ly/40B5432>.

OBJECCIÓN PARCIAL DEL EJECUTIVO

El Ejecutivo presentó una objeción parcial al art. 9 del proyecto de ley, en relación con la reforma al art. 278 del COIP sobre el delito de peculado y la inclusión de la evasión de procedimientos de contratación pública dentro de este tipo penal. La objeción se fundamenta en diversas inconsistencias técnicas y jurídicas que, según el ejecutivo, podrían generar imprecisiones normativas y dificultades en su aplicación.⁸

Asimismo, el Ejecutivo objeta la inclusión del apartado e) del número 3 del artículo, que establece como circunstancia la evasión de procedimientos de contratación pública. Advierte que la simple inobservancia de procedimientos de contratación no puede ser automáticamente considerada una conducta delictiva sin una prueba concreta del beneficio propio o para terceros, así como del abuso, apropiación, distracción o disposición indebida de bienes públicos.⁹

Otro punto crucial de la objeción radica en las dificultades técnicas que la reforma podría generar a la gestión administrativa del Estado. Se menciona que, en muchos casos, las entidades públicas deben realizar adquisiciones sin cumplir formalmente con los procedimientos establecidos, por razones operativas o presupuestarias, como ocurre al inicio del ejercicio fiscal cuando no se cuenta con la certificación presupuestaria, pero se requiere la contratación de bienes y servicios esenciales. Según el ejecutivo, estos actos administrativos no deberían ser penalizados, pues no implican necesariamente un perjuicio al Estado ni un beneficio indebido para el funcionario o un tercero.

El delito de peculado se definió en relación con la evasión de los procedimientos de contratación pública así:

Art. 278.- Peculado.- 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, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en

8. Ecuador Presidencia de la República, *Objeción parcial al “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”* (Quito: Presidencia de la República, 2021), 9, <http://bit.ly/40B5432>.

9. *Ibíd.*

virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años:

e) Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló.¹⁰

A pesar de que se realizaron observaciones, posteriormente no existieron modificaciones o aclaraciones respecto a la evasión de los procedimientos de contratación pública y su vinculación con el tipo base.

SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA EVASIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO PECULADO

Esta reforma ha generado diversas interpretaciones en torno a la inclusión de la evasión de los procedimientos de contratación pública. En este contexto, es posible abordar tres lecturas distintas del precepto: i. que la evasión de los procedimientos de contratación pública opera como una agravante dentro del tipo base de peculado, ii. constituye una forma de peculado autónoma e independiente del tipo base y iii. la concibe como una modalidad autónoma, pero vinculada al tipo base.

LA EVASIÓN COMO UNA AGRAVANTE DENTRO DEL TIPO BASE DE PECULADO

Desde la primera interpretación, la incorporación de la evasión de procedimientos de contratación pública en el art. 278 del COIP puede ser entendida como una circunstancia agravante dentro del tipo base de peculado. Bajo esta perspectiva, el delito de peculado mantiene su estructura esencial: la apropiación, abuso, distracción o disposición arbitraria de bienes públicos por parte de

10. Con más detalle sobre el artículo final en el texto enviado para ser publicado en el Registro Oficial, véase Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción* (Quito: Asamblea Nacional, 2020), 5-7, <http://bit.ly/40B5432>.

servidores estatales o proveedores del Estado en beneficio propio o de terceros. Las agravantes del tipo base introducen un elemento adicional que incrementa la sanción de la conducta ilícita.¹¹

Esta interpretación podría encontrar sustento en la propia redacción del artículo reformado, el cual establece que quienes incurran en esta forma de peculado serán sancionados con una pena de diez a trece años de privación de libertad, lo que indica una penalidad diferenciada en comparación con otras manifestaciones del delito en los num. 1 y 2.¹² En este sentido, la evasión de procedimientos de contratación pública no modificaría la esencia del peculado, sino que operaría como agravante de la conducta delictiva al incrementar la lesividad del hecho.

No obstante, una revisión del tipo base muestra que la pena de diez a trece años es la misma que la prevista para la evasión de procedimientos, por lo que no puede considerarse una agravante. Solo habría sido así si se mantenía la propuesta del segundo debate, que excluía la pena para el tipo base, lo cual implicaba problemas prácticos.

LA EVASIÓN COMO UNA FORMA DE PECULADO AUTÓNOMA INDEPENDIENTE DEL TIPO BASE

Desde otra perspectiva, la evasión de procedimientos de contratación pública podría entenderse como una modalidad autónoma e independiente dentro de este delito. Esta línea argumentativa la siguen algunos jueces de la Sala Especializada Penal para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha,¹³ al

-
11. Las agravantes se constituyen como una circunstancia modificatoria. Estas circunstancias son elementos accidentales del delito, ya que no determinan su existencia, sino únicamente el grado de su gravedad, Santiago Mir Puig, *Derecho penal: Parte general*, 10.^a ed., con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ibáñez (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016): 630. Así también, se ha resaltado por algunos autores que necesariamente están vinculadas a los fundamentos de la pena, así, Juan Oberto Sotomayor Acosta y Gloria María Gallego García, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 61 (1999): 38.
 12. En su orden, el numeral 1 tiene una pena privativa de libertad de cinco a siete años, y el num. 2 tiene una pena privativa de libertad de siete a diez años. Distribuidos en varias conductas, para más detalle véase COIP art. 278.
 13. Ecuador Sala Especializada Penal para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Auto de llamamiento a juicio”, en *Juicio n.º 17L03-2024-00009*, 21 de octubre de 2024.

argumentar que la evasión de procedimientos contractuales no se equipara a las acciones clásicas de apropiación, abuso o distracción de bienes públicos, sino que su tipificación responde al incumplimiento de la normativa relativa a la contratación pública. En este sentido, la simple inobservancia o evasión de la legislación relativa a la contratación pública constituiría una infracción penal,¹⁴ sin necesidad de demostrar un perjuicio económico concreto para el Estado o un beneficio indebido para el infractor o un tercero.

Esta postura dogmáticamente se enfoca en el bien jurídico colectivo del delito de peculado,¹⁵ que es la eficiencia de la Administración pública. En este contexto, los bienes jurídicos colectivos representan intereses supraindividuales cuya protección no exige la producción de un resultado lesivo.¹⁶ Basta, en muchos casos, con una mera actividad que contraría los principios estructurales del ordenamiento jurídico. En esa lógica, la interpretación autónoma de figuras como la evasión de procedimientos contractuales ha trasladado el eje del tipo penal hacia un modelo de peligro abstracto.¹⁷

Seguir este razonamiento plantea serios desafíos dentro del derecho penal ecuatoriano. En primer lugar, la tipificación autónoma de la evasión de procedimientos de contratación pública como forma de peculado conlleva a sancionar penalmente

-
14. Así, textualmente: “[...] lo que se incorpora como acción típica es la inobservancia de la legislación relativa a la contratación pública, sancionándose simplemente el incumplimiento de la normativa. Esto es así, pues el peculado es un delito contra la eficiencia de la administración pública, que protege el buen funcionamiento de esta [sic, seguramente por ‘esta’], el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del estado y el deber de fidelidad de los funcionarios”, *ibid.*
 15. Los bienes jurídicos colectivos reflejan nuevos intereses sociales propios de la sociedad del riesgo. Su protección abarca, entre otros, ámbitos como la Administración pública. Se caracterizan generalmente por su naturaleza supraindividual. Así, con más detalle, Pablo Andrés León González, “Hacia una comprensión constitucional del derecho penal del riesgo, bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2024), 41-50, <http://bit.ly/45bJa83>.
 16. Sobre esta discusión, *ibid.*, 45-50. Aunque también se ha defendido la posibilidad de su lesión, al respecto, Mercedes Alonso, “Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico”, en *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, coords. Vicente Valiente Ibáñez y Guillermo Ramírez (Madrid: AEBOE, 2022): 399-402.
 17. En el sentido de que se definen por penalizar conductas en razón de su peligrosidad en términos generales, sin que sea necesario que causen una lesión o representen un riesgo concreto para un bien jurídico determinado, con más detalle, José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10 (2002): 47, <https://bit.ly/3GZwgO6>.

lo que, en esencia, constituye un incumplimiento de normas administrativas. Esta ampliación del ámbito punitivo podría erosionar el principio de mínima intervención penal. En este sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia n.º 2706-16-EP/21, ha señalado que este principio tiene dos implicaciones fundamentales: por un lado, delimita el ámbito de acción del derecho penal exclusivamente a los casos en los que otras ramas del derecho resultan insuficientes y, por otro lado, exige que toda restricción a los derechos sea idónea, necesaria y proporcional.¹⁸

Desde la perspectiva del principio de mínima intervención penal, y en particular de la proporcionalidad de la respuesta punitiva, resulta jurídicamente insostenible que se pretenda sancionar con penas de diez a trece años de privación de libertad la simple evasión de procedimientos de contratación pública, si esta se considera una forma autónoma de peculado. La desproporción se acentúa aún más al compararse con otros delitos:

- Homicidio (art. 144): 10 a 13 años.
- Comercialización de pornografía infantil (art. 104): 10 a 13 años.
- Trabajo forzado o explotación laboral (art. 105): 10 a 13 años.
- Extracción ilegal de órganos (art. 95): 10 a 13 años.
- Privación de libertad de persona protegida en conflicto armado (art. 125): 10 a 13 años.
- Ataque a persona protegida con fines terroristas (art. 126): 10 a 13 años.
- Reclutamiento de niños, niñas o adolescentes en conflictos armados (art. 127): 10 a 13 años.
- Toma de rehenes en conflicto armado (art. 128): 10 a 13 años.
- Desaparición involuntaria (art. 163.1): 10 a 13 años cuando concurren circunstancias agravantes.
- Abuso sexual a menores de seis años (art. 170): 10 a 13 años.

Castigar con igual severidad la evasión de un proceso administrativo que un homicidio o un abuso sexual infantil vulnera el principio de proporcionalidad.

18. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 2706-16-EP/21*, 29 de septiembre de 2021, 6.

El derecho penal y el derecho administrativo en este contexto

Su diferencia radica en que el derecho penal sanciona al considerar que la pena es la retribución justa para una conducta, mientras que, por otro lado, el derecho administrativo sancionador lo hace con fines disuasivos de conductas que pueden o no causar un resultado lesivo, es decir, conductas de un presunto peligro.¹⁹ Además, según Silva Sánchez, el derecho penal tiene una finalidad de prevención, mientras que el derecho administrativo sancionador persigue la eficiencia de la administración.²⁰

Aunque tanto el derecho penal como el administrativo sancionador protegen un bien jurídico coincidente, en este caso,²¹ al tutelar ambos la eficiencia de la Administración pública, el enfoque preventivo y retributivo del derecho penal resulta más gravoso que el disuasivo del derecho administrativo.²² Este último regula y sanciona las conductas de un eventual peligro,²³ por ello, la conducta de “evadir”, si bien puede causar un perjuicio a la eficiencia de la Administración pública, debería ser tutelada por el derecho administrativo sancionador y, con base en el principio de mínima intervención penal, reservar la respuesta punitiva penal para las conductas que causen, no un potencial peligro, sino una afectación real al bien jurídico protegido, como las de abusar, apropiar, etc.²⁴

19. Jesús-María Silva Sánchez, *Derecho penal: parte general* (Madrid: Civitas, 2025), 189-90.

20. Ibid.

21. No se puede negar que ambos, tanto el derecho penal y administrativo, se encuentran estrechamente vinculados cuando el Estado trata de cumplir con su función protectora, en este contexto véase Eduardo Cordero Quinzacara, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, *Revista de Derecho* 25, n.º 2 (2012): 155.

22. El derecho administrativo ejerce control y establece barreras regulatorias desplegando un enfoque preventivo como refuerzo cognitivo, así Jesús Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada (Madrid: Civitas, 2001), 137.

23. Específicamente el derecho administrativo sancionador es una herramienta en casos de riesgos no autorizados administrativamente, e impone sanciones garantizando el cumplimiento de normas, en este sentido, sobre su expansión véase Miguel Ángel Presno, “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, en *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (2017), <https://bit.ly/3Hh5v9i>.

24. Su contrario faculta a que el derecho penal se siga expandiendo, María José Jiménez, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2014).

EVASIÓN COMO UNA FORMA DE PECULADO AUTÓNOMA DEPENDIENTE DEL TIPO BASE

Una postura que resulta más coherente con el principio de legalidad penal²⁵ y la seguridad jurídica²⁶ es aquella que interpreta la evasión de procedimientos de contratación pública como una modalidad autónoma, pero intrínsecamente vinculada al tipo base del delito de peculado. En esta interpretación, la conducta descrita en el num. 3, lit. e) del art. 278 del COIP —“si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia”— no configura un delito independiente ni se activa automáticamente por el solo incumplimiento de formalidades administrativas, sino que requiere la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo base.

El tipo base de peculado (art. 278, primer inciso) establece que para configurarse el delito deben concurrir los siguientes elementos: que el sujeto activo tenga calidad de servidor público o asimilado; que actúe con abuso, apropiación, distracción o disposición arbitraria; que lo haga respecto de bienes públicos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, y que exista beneficio propio o de terceros. Por tanto, la simple evasión de un procedimiento administrativo, sin probarse la concurrencia de estas condiciones materiales, no puede derivar legítimamente en una sanción penal.

El rol del juez, bajo esta interpretación, es esencial: debe analizar si la conducta del procesado encaja en los verbos rectores del tipo base —abusar, apropiarse, distraer, disponer arbitrariamente— y si existe perjuicio institucional o el beneficio indebido, conforme lo exige la dogmática penal y el principio de culpabilidad.²⁷ Solo entonces podrá considerar que la evasión procedimental se subsume válidamente dentro del tipo penal de peculado. Esta línea interpretativa no elimina la punibilidad de la conducta, sino que condiciona su sanción a

25. En su dimensión material, “[...] a través de una formulación clara y precisa del injusto penal y su respectiva sanción (lex certa) [...]”, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso 1364-17-EP/23*, de 21 de junio de 2023, 9.

26. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso 1077-24-EP/25*, de 24 de enero de 2025, 8-9.

27. Sobre este principio, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte* 15, n.º 2 (2008): 69. Así también, Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso 53-20-IN*, 1 de diciembre de 2021, 5.

la existencia real de un ilícito penal, y no meramente administrativo, conforme al principio de última ratio del derecho penal.²⁸

Este enfoque responde a la voluntad del legislador y del ejecutivo durante el proceso de reforma al COIP. Como consta en el segundo debate legislativo, inicialmente se planteó que la evasión de procedimientos de contratación pública fuese un tipo penal autónomo; sin embargo, esta propuesta fue descartada. En cambio, se lo incluyó como una modalidad de peculado al compartir sus elementos sustanciales. Esta decisión legislativa implicó que la conducta no puede ser sancionada penalmente si no se configuran también los elementos del tipo base.²⁹

De igual forma, en su objeción parcial, el ejecutivo manifestó su preocupación por la redacción de esta disposición. Advirtió que la simple inobservancia de procedimientos no puede ser automáticamente considerada delito sin que exista prueba del beneficio indebido y del manejo arbitrario o ilícito de bienes públicos. Incluso señaló que ciertas omisiones pueden ser justificadas por razones operativas o presupuestarias, como sucede al inicio del ejercicio fiscal, y que no deben ser penalizadas. Esta objeción refuerza la necesidad de una lectura sistemática y garantista del tipo penal,³⁰ que preserve el principio de proporcionalidad y evite criminalizar la gestión administrativa bajo criterios de mera formalidad.

-
28. Raúl Carnevali Rodríguez, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, *Ius et Praxis* 14, n.º 1 (2008): 13-48; también, Faustino García de la Torre, “Crisis del principio penal de *ultima ratio*. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 1 (2021): 131-54.
 29. Aunque, la intención del legislador no constituye un método autónomo de interpretación, sino una forma de legitimación que debe estar subordinada al texto legal y sus límites semánticos y gramaticales, así Juan Pablo Mañalich, “La interpretación de la ley penal bajo la ‘prohibición de analogía’. Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico”, *Revista Chilena de Derecho* 51, n.º 3 (2024): 83-4.
 30. Así, en este sentido, Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín, “Irracionalidad punitiva en Ecuador: una mirada crítica desde el garantismo penal”, *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza*, n.º 4 (diciembre 2023): 20; también, Héctor Gabriel Vanegas Fernández, “El garantismo en el proceso penal ecuatoriano: una tensión perpetua”, *Opinión Jurídica* 22, n.º 48 (2023): 4-6.

TOMA DE POSICIÓN

Frente a la redacción actual del art. 278 del COIP, y en particular del num. 3, lit. e), se sostiene que la evasión de los procedimientos de contratación pública deben interpretarse como una modalidad autónoma, pero dependiente del tipo base del peculado. Esta postura se alinea con los principios penales constitucionales.

La norma, tal como ha sido redactada por la Asamblea Nacional, presenta una ambigüedad significativa que impide determinar con claridad si se trata de un tipo penal autónomo, una agravante o una modalidad. En efecto, no existe una conexión expresa con los verbos rectores del tipo base, y ello da lugar a múltiples lecturas que comprometen la seguridad jurídica y abren la puerta a una administrativización del derecho penal,³¹ donde simples infracciones a normas procedimentales podrían derivar en penas de hasta trece años de prisión. Este escenario contraviene el principio de legalidad y de mínima intervención penal, y convierte al tipo penal en un comodín interpretativo al servicio del órgano acusador, sin exigencia probatoria robusta ni criterios dogmáticos precisos.

Desde la perspectiva de la interpretación, el art. 13 del COIP establece que las disposiciones penales deben entenderse en el sentido que mejor se ajuste a la Constitución. A su vez, el art. 18 del Código Civil faculta al juez a interpretar una disposición oscura atendiendo no solo a su tenor literal, sino a su intención y espíritu, manifestados en su historia legislativa. El segundo debate legislativo dejó claro que se descartó crear un tipo autónomo, optando por incorporar la evasión como modalidad del peculado por compartir sus elementos sustantivos. El ejecutivo, en su objeción parcial, también advirtió que la evasión procedimental no configura delito sin abuso, apropiación o disposición arbitraria de bienes públicos con beneficio indebido.

En esa misma línea, resulta revelador que el inciso e) del num. 3 del art. 278 COIP no se limite a mencionar la evasión de los procedimientos, sino que inmediatamente añade que “en este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló”. Esta referencia expresa que contratación arbitraria no puede entenderse como una

31. Sobre el principio de subsidiaridad en este contexto, María Soledad Arroyo Alfonso, “Apuntes sobre la administrativización del derecho penal del medio ambiente”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 83 (octubre 2018): 3-5.

simple sanción pecuniaria adicional, sino como un indicio normativo de que la conducta sancionada no es la mera inobservancia de formas procedimentales, sino el despliegue de un proceso contractual caracterizado por arbitrariedad.

Así, el concepto de “evasión de procedimientos” no equivale a la simple inobservancia de normas administrativas, sino a la utilización de un procedimiento de contratación distinto al que correspondía aplicar en un caso concreto, con el fin de evadir los controles y requisitos de un determinado régimen de contratación. La propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y su Reglamento refuerzan esta comprensión al advertir expresamente que ciertos regímenes no deben usarse como mecanismos de evasión.

El art. 2, num. 8 de la LOSNCP señala que la contratación interadministrativa no puede emplearse como medio de evasión de los procedimientos previstos en la ley ni como mecanismo de intermediación. En el mismo sentido, el art. 206 del Reglamento prohíbe que la capacidad asociativa de las empresas públicas se utilice con fines evasivos, mientras que el art. 204 dispone que el “giro específico del negocio” no debe operar como evasión de procedimientos de contratación de régimen común. Asimismo, el art. 191.6 (aplicación del procedimiento de régimen especial) reitera la prohibición de su utilización como instrumento de evasión de los procedimientos de contratación de régimen común. Incluso la normativa secundaria (Resolución n.º R.E-SERCOP-2023-0134, art. 297.6) mantiene esta misma lógica.

En todos estos casos, la idea central es uniforme: la evasión no se refiere a la inobservancia mecánica de trámites, sino al uso indebido de un procedimiento contractual especial o excepcional cuando la contratación debía canalizarse a través de otro procedimiento legalmente establecido.

No acoger esta interpretación lleva a consecuencias inaceptables.³² Ello rompe la proporcionalidad de la respuesta penal, vacía de contenido la exigencia de lesividad³³ y permite una persecución desmedida. Por ello, hasta que el

32. En la doctrina ecuatoriana: “Las infracciones por incumplimiento de deberes administrativos pueden solucionarse a través de medios coercitivos distintos al penal [...]”. Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales/UASB-E, 2013), 17.

33. Tal como lo ha observado parte de la doctrina crítica, que advierte sobre una: “[...] aplicación formal y administrativización que obvian el principio de lesividad, vinculado a la antijuridicidad material, fundamentando la tipicidad en la infracción de determinada normativa extra-

legislador reforme y clarifique el alcance de esta disposición, la única interpretación legítima y constitucionalmente admisible es aquella que vincula la evasión procedimental con el tipo base de peculado.

CONCLUSIÓN

El presente estudio se propuso analizar críticamente la reforma al delito de peculado en el COIP, particularmente en lo relativo a la inclusión de la evasión de los procedimientos de contratación pública como supuesto típico. Esta investigación ha sido relevante no solo por la ambigüedad normativa que presenta el art. 278, num. 3, lit. e), sino también por las graves implicaciones que una interpretación extensiva de esta disposición puede acarrear en términos de seguridad jurídica, legalidad penal y proporcionalidad de la pena. En este sentido, se buscó contribuir a una comprensión más clara y garantista del alcance de esta figura penal, evaluando sus posibles interpretaciones dogmáticas y sus consecuencias prácticas.

Los resultados alcanzados evidencian que la interpretación más coherente con los principios constitucionales y penales fundamentales es aquella que considera la evasión de procedimientos de contratación pública como una modalidad autónoma dependiente del tipo base de peculado. Esta lectura exige, para su validez, la concurrencia de los elementos materiales del tipo penal: el manejo arbitrario de bienes públicos, el beneficio indebido y el perjuicio institucional. De lo contrario, se corre el riesgo de criminalizar conductas que, en esencia, son infracciones administrativas.

Esta investigación reconoce sus límites y propone como línea futura de investigación el análisis empírico de sentencias que aborden esta figura, sus fundamentos probatorios y el impacto en la criminalización de la función pública. Esto, debido a que aún no existe jurisprudencia que desarrolle esta figura. También, urge un debate legislativo que reformule el tipo penal con mayor claridad y técnica, conforme al derecho penal mínimo, para evitar el populismo punitivo y asegurar un uso justo del poder penal.

penal [...]”. Mirentxu Corcoy Bidasolo, “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I (2021): 92.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, Mercedes. “Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico”. En *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, coordinado por Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez, 393-404. Madrid: AEBOE, 2022.
- Alvaracín Jarrín, Adrián Alejandro. “Irracionalidad punitiva en Ecuador: una mirada crítica desde el garantismo penal”. *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza*, n.º 4 (diciembre 2023): 14-22.
- Arroyo Alfonso, María Soledad. “Apuntes sobre la administrativización del derecho penal del medio ambiente”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 83 (octubre 2018): 7-41.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales/UASB-E, 2013.
- Cárdenas Aravena, Claudia Marcela. “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”. *Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte* 15, n.º 2 (2008): 67-86.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis* 14, n.º 1 (2008): 13-48.
- Cerezo Mir, José. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10 (2002): 47-72. <https://bit.ly/3GZwgO6>.
- Charry Dávalos, José Andrés. “El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 42 (julio-diciembre 2024): 41-57. <http://bit.ly/3H0HeHo>.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I (2021): 89-105.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”. *Revista de Derecho* 25, n.º 2 (2012): 131-57.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Informe para el segundo debate del “Proyecto Unificado de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”*. Quito: Asamblea Nacional, 2020. <http://bit.ly/40B5432>.
- . *Informe para primer debate del “Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”*. Quito: Asamblea Nacional, 2020. <http://bit.ly/40B5432>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 2706-16-EP/21*. 29 de septiembre de 2021.
- . “Sentencia”. En *Proceso 53-20-IN*. 1 de diciembre de 2021.

---. “Sentencia”. En *Proceso* 1364-17-EP/23. 21 de junio de 2023.

---. “Sentencia”. En *Proceso* 1077-24-EP/25. 24 de enero de 2025.

Ecuador Presidencia de la República. *Objeción parcial al “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”*. Quito: Presidencia de la República, 2021. <http://bit.ly/40B5432>.

Ecuador Sala Especializada Penal para el Juzgamiento de Delitos Relacionados con Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. “Auto de llamamiento a juicio”. En *Juicio* n.º 17L03-2024-00009. 21 de octubre de 2024.

García de la Torre, Faustino. “Crisis del principio penal de *ultima ratio*. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 1 (2021): 131-54.

Jiménez, María José. “Sociedad del riesgo e intervención penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2014): 1-25.

Kindhäuser, Urs. “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo”. *Cuadernos de Derecho Penal* (2014): 13-26.

León González, Pablo Andrés. “Hacia una comprensión constitucional del derecho penal del riesgo, bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2024. <http://bit.ly/45bJa83>.

Mañalich, Juan Pablo. “La interpretación de la ley penal bajo la ‘prohibición de analogía’. Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico”. *Revista Chilena de Derecho* 51, n.º 3 (2024): 63-91.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte general*. 10.ª ed. Con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ibáñez. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

Oberto Sotomayor Acosta, Juan, y Gloria María Gallego García. “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 61 (1999): 35-55.

Ortega, Juan Manuel. “El derecho en la sociedad del riesgo”. *Revista Misión Jurídica* 4, n.º 4 (2011): 75-84. <http://bit.ly/4faipVZ>.

Presno, Miguel Ángel. “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”. En *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (2017): 37-61. <https://bit.ly/3Hh5v9i>.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2025.

---. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

Vanegas Fernández, Héctor Gabriel. “El garantismo en el proceso penal ecuatoriano: una tensión perpetua”. *Opinión Jurídica* 22, n.º 48 (2023): 1-16.

Vega Rivera, Francisco Xavier. “La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2020. <http://bit.ly/4f8YHtU>.

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Ecuador. *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*. Registro Oficial 392, Segundo Suplemento, 17 de febrero de 2021.

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Pablo Andrés León González participó en la conceptualización, investigación, planteamiento metodológico, administración de proyecto, supervisión, visualización, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.

Fernando José Yumi Hurtado participó en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.

Kevin Alexander Esparza Rivadeneira participó en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, visualización y redacción del borrador.