

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA INFRACCIÓN DEL DEBER: UNA ESPECIAL
REFERENCIA AL DELITO DE COHECHOAuthorship and Participation in the Infringement of Duty: a Special
Reference to the Bribery CrimePABLO ANDRÉS LEÓN GONZÁLEZ¹

Investigador independiente, Cuenca, Ecuador

Resumen

En el presente artículo se estudiará el complejo y discutido tema de la autoría y participación delictiva, que aparentemente ya ha sido solucionado con la aparición de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, a esta teoría se le ha cuestionado su aplicación en ciertos delitos, que, en virtud del principio de legalidad, exigen una calidad especial a su autor. Estos tipos de injusto se denominan “delitos especiales” que tienen una construcción dogmática propia y tienen como base la infracción de un deber especial encomendado a su autor. Por lo que se analizará dogmáticamente al delito de cohecho en este sentido, contrastándolo con los delitos de infracción del deber, y demostrando su presencia y fundamento en la legislación ecuatoriana. Además, se estudiará la imputación objetiva y problemas específicos en temas de autoría y participación en estos delitos.

Palabras clave

Autoría y participación, infracción del deber, delitos especiales, cohecho.

Abstract

In this article, the complex and controversial issue of criminal authorship and participation will be studied, which apparently has already been solved with the appearance of the domain theory. However, this theory has been questioned about its application in certain crimes, which by virtue of the principle of legality, require a special quality from their author. These types of unjust are called “special crimes” that have their own dogmatic construction and are based on the violation of a special duty of their author. Therefore, the crime of bribery will be dogmatically analyzed in this sense, contrasting it with the crimes of the infringement of duty, and its basis in Ecuadorian legislation. In addition, other specific problems presented by these types of crimes will be studied.

Keywords

Criminal Authorship and Participation, Infringement of Duty, Special Crimes, Bribery.

1. Introducción

Han sido pocos los trabajos que realmente se han preocupado por estudiar la relevancia de la teoría de los delitos de infracción del deber en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido

¹Alumni de la escuela de derecho de la Universidad del Azuay. Correo electrónico: pabloleontul77@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2770-596X>.



a que nunca antes había ocupado una palestra importante en ningún caso de interés nacional. Sin embargo, recientemente en la sentencia del denominado caso “Sobornos 2012-2016 (17721-2019-00029G)”, el Tribunal hizo una especial mención al cohecho como un delito de infracción del deber en su apartado 8.6, cuando se refería a la autoría y participación.

En este apartado el Tribunal resalta concretamente que: “En el caso de delitos de funcionarios y concretamente del cohecho, lo fundamental de acuerdo a esta posición teórica, por la que se decanta este Tribunal de primera instancia, es la infracción del deber de funcionario [...]” (Corte Nacional de Justicia, 2019, p. 380). Pero la asunción hecha por el Tribunal con respecto al cohecho, dogmáticamente, conlleva una serie de consecuencias en la forma de imputación y fundamentación en nuestro derecho, lo cual no ha sido desarrollado, dejando un vacío en la discusión sobre su aplicación y fundamentación en nuestra legislación. Por lo que el objetivo del presente trabajo, será resaltar algunos de los fundamentos teóricos esenciales que sirven de sustento para la infracción del deber en nuestra legislación, teniendo como base al delito del cohecho, que es el delito de corrupción por antonomasia y la figura central de los delitos contra la administración pública.

Para brindar un adecuado tratamiento a este estudio será necesario realizar una revisión de los delitos especiales y su fundamento teórico más importante: la infracción del deber. Claro está que no es un tema nuevo, pues su contenido ya se ha venido desarrollando desde hace más de un siglo, y se reabrió su discusión en la dogmática con “[...] la conocida y célebre obra de Claus Roxin: Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft) de 1963” (Schünemann, 2018, 95).

Por lo tanto, será necesario partir de algunas líneas dogmáticas y aclaraciones con respecto a los delitos especiales en referencia al delito de cohecho, para posteriormente revisar la dogmática de los delitos de infracción del deber, su influencia en la autoría y participación, su imputación objetiva y el problema de la intervención delictiva del *extraneus*, para finalmente arribar a la comprensión de por qué son tan importantes estos delitos en nuestra legislación. Todo esto se realizará con el objetivo de que sirva como una herramienta conceptual para los operadores de justicia.

2. El delito de cohecho ¿Un delito especial propio?

El delito de cohecho es el delito de corrupción más importante dentro de los delitos contra la administración pública. En la mayor parte de legislaciones se ha reconocido esta afirmación a tal punto de que se tipifica la intervención del particular en este delito. Cada ordenamiento jurídico lo ha tratado de acuerdo a su enfoque criminal, reconociendo distintos tipos de cohecho con distintos nombres, dependiendo de la política criminal adoptada en su lucha contra la corrupción, y se han otorgado ciertas variables clasificatorias para la comisión de cada uno de estos tipos de cohecho: propio, impropio, activo, pasivo, genérico, específico, agravado, transnacional, de facilitación, subsiguiente, antecedente, etc.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano actual no aborda ninguna clasificación del delito de cohecho, sino que se limita a describir un tipo de injusto que intenta abarcar todas las conductas o tipos anteriormente mencionados, dejando de lado algunas contenidas en otros tipos penales.

El artículo 280 del COIP que contiene lo referente al delito de cohecho, prescribe lo siguiente:

Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en algua de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o

por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

La persona que ofrezca, dé o prometa donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a un funcionario público extranjero, a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o en una empresa pública, o cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero o, para que ese funcionario que en relación con el cumplimiento de deberes oficiales actúe o se abstenga de hacerlo, será sancionado con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

También se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Para empezar el tratamiento de los delitos especiales, cabe mencionar que la discusión dogmática ha solucionado ciertos problemas con respecto a la intervención delictiva en algunos tipos penales, arribando a determinar y categorizar los delitos en: comunes y especiales. En los delitos comunes cualquier persona puede ser autor, y en los delitos especiales solo puede ser autor quien tiene las calidades exigidas por la norma, es decir son aquellos “[...] que, en contraposición a los delitos comunes, solo pueden ser cometidos por determinadas clases de sujetos” (Vázquez, 2003, p. 315).

Dentro de los delitos especiales existe otra clasificación dada por la doctrina: propios e impropios. Los delitos especiales propios solo pueden ser cometidos por sujetos calificados (autores) por la misma norma y no tienen conexión o relación con un delito común, “[...] es decir, si este [sujeto activo] no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común” (Rebollo, 2000, p. 135).

Los delitos especiales impropios, en palabras de Muñoz Conde, si tienen relación con un delito común, y según Creus tienen la particularidad de que en caso de que no se realice el delito por quien tiene la calidad exigida por la norma (autor), el delito igual se comete tomando la forma de uno distinto. Para entender mejor este particular cabe proponer un ejemplo:

El artículo 84 del COIP tipifica la desaparición forzada (delito especial) en la que existe privación de libertad de una persona seguida de la falta de información, y este delito solo puede ser cometido por sujetos calificados por el tipo: agentes del Estado, quienes actúen con su consentimiento y grupos armados organizados. En caso de que la privación de libertad de una persona seguida de la falta de información, sea cometida por algún sujeto activo distinto a los exigidos por el tipo desaparición forzada, la conducta recaería en el artículo 163.1, desaparición involuntaria (delito común).

De la lectura del tipo penal, para que se configure el delito de cohecho deben intervenir dos sujetos, un sujeto activo genérico (A) y un sujeto calificado (B); por lo que, se puede deducir con facilidad que desde la perspectiva del sujeto activo calificado (B), el cohecho pertenece a los delitos especiales propios, pues solamente pueden cometerlo quienes siendo autores tengan la calidad exigida por el tipo (funcionarios públicos), y su cometimiento no tiene correspondencia o conexión con ningún delito común. Al respecto cabe señalar lo mencionado por Bustos y Hormazábal, quienes resaltan que en este tipo de delitos el sujeto activo calificado tiene una especial relación con el bien jurídico que la norma intenta proteger, y ese es su fundamento. De tal manera que, si no existiese esa relación funcional requerida el injusto no se configura y la conducta es atípica.

Cabe recordar que al sujeto activo al que se refiere el delito especial propio es el funcionario público o servidor público (autor especial propio), que tiene una especial relación funcional con el bien jurídico protegido.

El problema surge cuando en los delitos especiales intervienen varios sujetos, con calidades distintas (*intraneus* y *extraneus*). Con esto se pone de relieve que en un delito especial, muchas veces el hecho punible lo comete (dominio del hecho) quien no tiene la calidad exigida por la norma, lo que deriva en la posible atipicidad de su conducta y la impunidad de todos los intervinientes. En estos casos, “La autoría del *intraneus* no es evidente, pues este no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que este no tiene la cualificación exigida para la autoría.” (Pariona, 2011, p. 71).

3. Revisión dogmática de los delitos de infracción del deber

La discusión que ronda en torno la autoría y participación en el cometimiento de una infracción, es un debate que ha durado muchos años, y quizá nunca termine con las nuevas formas de criminalidad que se presentan actualmente. Aunque existen varias teorías que fundamentan la autoría, para un breve repaso se puede mencionar las más importantes.

Una de las primeras teorías que intentó explicar este problema fue la teoría subjetiva de la autoría, que postula que:

“[...] será autor quien, realizando una aportación causal, cualquier sea su contribución al hecho, lo haga con voluntad de autor [...] y, será partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquier que sea su entidad, lo hace con voluntad de partícipe” (Sota, 2012, p. 5)

Esta teoría resultaba evidentemente insuficiente en el plano práctico por su inconsistencia objetiva. Siguiendo a Donna, otra de las teorías que surgió posteriormente fue la teoría del dominio del hecho, que según Bacigalupo era una variante de la teoría objetiva que subsanaba

las deficiencias que tenían sus antecesoras. Posteriormente, de la mano de Roxin se pone de relieve la teoría de la infracción del deber para ciertos delitos, que también ha sido desarrollada por Günther Jakobs desde su óptica normativista.

Previo a iniciar con la teoría cabe realizar una aclaración inicial, pues una pregunta que siempre surge con respecto a la infracción del deber es: ¿Se puede aplicar la teoría en cualquier modelo social? Para brindar una respuesta cabe partir de una idea importante planteada por el autor Figueroa, que resalta que esta teoría se aplica desde una perspectiva normativa que se fundamenta en una prevención general positiva con un fin social, consolidada en la pena como comunicación negativa del delito, reafirmando la vigencia de la norma. El mismo autor, cuando estudia a los delitos de infracción del deber, cita a Bacigalupo y da una respuesta a esta pregunta: “[...] la teoría de la prevención general positiva tiene a su favor no adscribirse a un determinado modelo de sociedad, puede aplicarse en cualquier contexto social” (Figueroa, 2009, p. 22).

3.1. Teoría del dominio del hecho vs. la infracción del deber

García Conlledo explica que según la teoría del dominio es autor quien tiene el dominio del hecho y cómplice es aquel interviniente que aporta en cierta forma al ilícito, pero no tiene el dominio del hecho. Según esta teoría cada quien es responsable de la organización de su comportamiento y del fundamento del resultado que produce, derivándose también la coautoría y la autoría mediata. El dominio del hecho particularmente está presente en los delitos comunes dolosos, ayudando a determinar la autoría y participación en los casos en que no se requieran otros criterios alternativos de autoría. Por eso resaltan algunos estudiosos que: “[...] una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos.” (Welzel, 1956, p. 105).

Bacigalupo, refiere que sucede distinto con los delitos especiales, pues en virtud del principio de legalidad solo pueden cometerlos ciertas personas con calidades exigidas por la norma, por ejemplo: si en el cometimiento de algún delito contra la administración pública participan varias personas y todas tienen el dominio funcional del hecho, solamente podrán ser autores quienes tengan la calidad exigida por el tipo penal, es decir los funcionarios o servidores públicos, y el resto alcanzarán solamente al grado de cómplices. ¿Cómo se explica esto?

La explicación correcta dogmáticamente a esta interrogante ronda en torno a la infracción del deber especial encomendado al funcionario.

3.2. La infracción del deber en la dogmática jurídico penal

Roxin desarrolla la idea de que por regla general existen deberes que nos competen a todos los individuos (deberes penales) que son fundamento de todo delito y se extraen de la norma penal. Además de estos, existen deberes especiales que les competen solamente a ciertos individuos, estos deberes especiales son llamados también “extrapenales” porque son “[...] deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas” (Roxin, 2000, p. 387). Por ejemplo, los deberes jurídico-públicos que ostentan los funcionarios o servidores del Estado. En este tipo de delitos, de acuerdo con Roxin el obligado especial resalta su participación de la de los demás por la relación especial que tiene con el tipo del injusto, pues el legislador lo ha considerado típicamente como figura central del delito.

Por esto es que Roxin excluye el dominio del hecho de este tipo de delitos, pues para fundamentar la autoría lo único que interesa es la infracción de este deber que ha sido

otorgado al funcionario especial obligado, “[...] que siempre sería autor, independientemente si realiza o no por si mismo los actos descritos en el tipo” (Mir Puig, 2016, p. 386).

En esta línea de pensamiento, también Muñoz Conde se ha pronunciado al mencionar que “En algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene, sin embargo, que ser completado por otros criterios específicos, como la infracción del deber extrapenal, la posición de garante, etc.” (Muñoz, 2010, p. 434). Aunque se considera que en esta forma de delitos no se complementa el dominio del hecho, tal como lo menciona Muñoz Conde, sino que se lo excluye.

Por lo tanto, en una intervención delictiva, será autor necesariamente quien infringe o violenta ese deber especial; y será cómplice, el que interviene de alguna manera, incluso con el dominio del hecho, pero sin tener ese deber especial. El profesor Caro resalta que al ser tan específicos estos deberes especiales, el desarrollo a detalle le compete al legislador.

Cuando Jakobs hace una revisión dogmática de este tipo de delitos los desarrolla mucho más acorde a su postura funcionalista. Para entender el contexto de su postura, se debe partir de la idea de una sociedad regida por normas en la que las personas deben cumplir con deberes, pues según el autor “[...] la persona es la unidad ideal de deberes y derechos” (Jakobs, 2003b, p. 27). En la sociedad se desarrolla el ámbito de organización de los individuos por roles, “[...] refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas.” (Jakobs, 1997b, p. 22).

Una vez comprendido esto, se fundamenta la responsabilidad penal distinguiendo la competencia por organización y la competencia por instituciones específicas. La primera de estas competencias hace referencia a la lesión o al incumplimiento de deberes generales que competen a todas las personas “[...] siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*—” (Caro, 2003, p. 4).

El segundo ámbito de competencia, hace referencia a un deber institucional en el que “el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución [...]” (Jakobs, 1996, p. 55). De tal manera que, la infracción del rol en la competencia por organización equivale a un delito de dominio y la infracción de un deber institucional da lugar a los delitos de infracción del deber. Jakobs (2003a) propone un ejemplo:

[...] cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia”, sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir. [...] Siempre que el autor no actúa en el papel de “cualquiera”, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, es decir, con el contenido de configurar al menos en un determinado campo con otro un mundo común, ocuparse de él, no sólo no empeora su situación, sino también mejorarla, esto es, como funcionario, padre, madre, tutor, administrador de bienes, etc. (p. 43-44).

Una de las instituciones específicas a las que se hace referencia en el párrafo anterior es la institución del Estado, en la que los individuos pueden verse vinculados adquiriendo la calidad de funcionarios o servidores públicos. En este ámbito de competencia los individuos no solo responden por su organización defectuosa, sino por la existencia del bien o de la institución específica de la que forman parte, “En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer” (Jakobs, 1997a, p. 791).

El autor Caro, resalta que la diferencia más notable entre a postura de Roxin y Jakobs, es que para el primero, la infracción del deber fundamenta la autoría en la intervención en el injusto, y para el segundo principalmente fundamenta la imputación penal. Evidentemente, existen puntos de vista diversos y contrarios a los anteriormente expuestos, uno de los más importantes los da Schünemann, afirmando que se pueden encontrar respuestas para el problema de los delitos especiales buscando expresiones presentes en el dominio:

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión. (2004, p. 24).

En definitiva, volviendo a la idea central del estudio y siguiendo el razonamiento de Parma, se puede afirmar que quien actúa en división del trabajo con otro en el dominio del hecho y realiza un delito especial de infracción del deber, no por eso se lo da el tratamiento de coautor, sino que tiene que verificarse la pertenencia a una institución especial que fundamente la imputación típica.

3.3. El delito de cohecho ¿Realmente un delito de infracción del deber?

Una vez establecida la línea teórica, cabe determinar si la infracción del deber se encuentra presente en el delito de cohecho. Además, hay que tener en cuenta que el cohecho ya ha sido catalogado como un delito especial propio, pues solamente pueden cometerlo -en el cohecho pasivo- funcionarios o servidores públicos y quienes actúen en virtud de una potestad estatal.

Para explicar este punto primeramente hay que entender que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento o la eficiencia de la administración pública. Siguiendo esta línea argumentativa, cabe recordar que la teoría de la infracción del deber nos menciona que la actuación de los funcionarios públicos debe estar determinada por deberes que los vinculan a una institución estatal específica. Algunos de estos deberes a nivel general los podemos encontrar establecidos en la normativa ecuatoriana:

El deber de ejercer solamente las funciones que les son atribuidas en la Constitución y en la ley, art. 226 de la Constitución (también CR).
El deber de regirse por ciertos principios, en especial, el de transparencia (Art. 227 CR y art. 1 LOSEP).
El deber de velar por la economía y recursos del Estado (Art. 22 LOSEP).
El deber de dar conocimiento de hechos que puedan causar daño a la administración (Art. 22. LOSEP).
El deber de ejercer sus funciones con lealtad institucional y buena fe (Art. 22 LOSEP).
El deber de no solicitar, aceptar o recibir, dádivas, recompensas, regalos, etc., en razón de sus funciones (Art. 24 LOSEP).

Tabla 1. Elaborada por el autor en base a la normativa ecuatoriana.

La infracción de estos deberes da lugar a los delitos especiales, pero también da lugar a sanciones en el ámbito administrativo. ¿Cómo se diferencia el ámbito administrativo del ámbito penal en estos casos? Simplemente entendiendo que “el Derecho penal interviene en las conductas que se enmarcan en el funcionamiento de la administración pública, en tanto pretende proteger, mediante efectos preventivos, un bien jurídico-penal [...] frente a los ataques más graves en su contra” (Chanjan, 2017, p. 131). En otras palabras, el ámbito penal se reserva

para las conductas más graves, por ejemplo, lo ha hecho mediante la tipificación del cohecho. Pero cabe recordar, que el fundamento teórico radica en estos deberes extrapenales que subyacen al tipo.

En este sentido de forma general, el funcionario tiene el deber de no recibir o aceptar dádivas o beneficios económicos indebidos porque esto perjudica la institución a la que pertenece; y en caso de que infrinja este deber especial, se fundamenta la responsabilidad penal, y se fundamenta también la autoría así el funcionario no haya tenido el dominio del hecho. Pero a más de estos deberes generales en las instituciones estatales, el funcionario tiene deberes específicos extrapenales referentes a sus funciones, que también sirven de base para la imputación objetiva del delito; esto se explicará más adelante.

Entonces, es posible afirmar que el delito de cohecho es un delito especial propio de infracción del deber, pues el funcionario que interviene es responsable por su rol especial y su situación institucional específica frente al bien jurídico protegido.

De esta forma no se podrá calificar de autor a ninguna persona que no tenga la calidad exigida por la norma; en este sentido, el autor Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles resalta que esto no se da “Puesto que la cualidad de funcionario se exige expresamente, calificar como autor a un no-funcionario, incluso a un no-funcionario con dominio del hecho, resultaría una extensión de la punibilidad en desacuerdo con el principio de legalidad” (2003, 276).

4. Imputación objetiva del cohecho como delito de infracción del deber

Cuando se imputa objetivamente, se debe tener en cuenta primeramente la clase de delito que se pretende imputar. Como se mencionó en líneas precedentes, los delitos pueden ser de dominio o de infracción del deber. En ambos casos la imputación guarda ciertas similitudes, pero difiere en su contenido y en sus supuestos, por la misma razón de ser de los delitos de infracción del deber. Dentro de estos últimos, se encuentra el delito de cohecho y se deberá observar sus supuestos.

Cuando se imputa esta clase de delitos, la imputación se clasifica en: la imputación del comportamiento y la imputación del resultado. Antes de ocuparnos de cada uno de estos, cabe reconocer algunas diferencias esenciales con la imputación en los delitos de dominio.

En los delitos de dominio, en la imputación del comportamiento se debe verificar la creación de un riesgo penalmente prohibido, y en la imputación del resultado se debe verificar ese vínculo objetivo entre el comportamiento y el resultado. Sucede distinto con los delitos de infracción del deber, pues:

[...] la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto por una institución social específica, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización de un riesgo prohibido organizativamente creado o no controlado, sino como una forma de configuración de la realidad social que el vinculado institucional debió haber evitado con el cumplimiento de su deber positivo especial. (García, 2019, pp. 487-488).

4.1. Imputación del comportamiento

Como primera consideración, cabe mencionar que la mayor parte de delitos de infracción del deber están tipificados en nuestro ordenamiento como delitos de mera conducta, en los que “[...] *solo se exige la conducta del autor para su realización, sin necesidad de un hecho (suceso) separado de la misma.*” (Modolell, 2016, p. 369). El delito de cohecho encaja en este supuesto, pues es un delito complejo de mera conducta (recibir o aceptar) y de agravación por el resultado (ejecuta el acto o no realiza el acto debido).

Mediante la imputación del comportamiento se imputará la mera conducta del delito, y será necesario verificar, primeramente: ¿Quién está institucionalmente obligado?

En primer término, están obligados institucionalmente en el delito de cohecho, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal. Pero no será necesario solamente verificar la calidad de servidor o que actúe en virtud de una potestad estatal de forma general, sino también que pertenezca a una institución en específico. Por ejemplo: el sujeto (A) recibe un soborno que el sujeto (B) le está ofreciendo para que le otorgue un contrato en su beneficio.

Aquí no se deberá probar solamente que el sujeto (A) es un servidor público, sino su pertenencia específica y formal a la municipalidad de tal cantón en tal provincia, y que cumple tal función dentro de esa institución. Por eso es que el tipo penal cohecho exige que sean: “cuestiones relativas a sus funciones”.

Con respecto a este punto cabe resaltar el planteamiento de Robles:

Los llamados a ocupar posiciones de garantía institucionales (deberes positivos especiales) son, como se ha dicho, los funcionarios. De ahí que la lesión de la institución sea siempre vista como la infracción de un deber positivo y a la inversa: la infracción de los deberes positivos derivados de la asunción de una posición institucional constituyen lesión de la institución. (2013, p. 15).

Por otra parte, deberá verificarse “Que el autor de un delito lo sea no por quebrantar una prohibición sino precisamente por incumplir un deber positivo [...]” (Sánchez-Vera, 2003, p. 278). El autor, mediante el cumplimiento de este tipo de deberes evita precisamente que ocurra un hecho penalmente relevante con relación al bien jurídico.

En el mismo ejemplo anterior: el sujeto (A) recibe un soborno que el sujeto (B) le está ofreciendo para que le otorgue un contrato en su beneficio. Aquí el funcionario incumple el deber positivo de cuidar la institución mediante el ejercicio de sus funciones con lealtad y buena fe, incumple el deber de no recibir dádivas para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, y de forma más específica, el deber impuesto de seguir a cabalidad los procesos de contratación pública. Es decir, pueden concurrir varios deberes en un solo incumplimiento, eso deberá verificarse en cada tipo en específico. Para que sea punible, en el delito de cohecho, la infracción del deber debe realizarse de acuerdo a la forma prevista, cumpliendo los requisitos típicos de la normativa en cuestión, que en este caso, es la ecuatoriana.

Una vez verificado estos dos requisitos, será necesario entender los límites de esta competencia institucional. Es importante dejar en claro “[...] que el grado de institucionalización es variable. Existen instituciones con una mayor preconformación jurídica que otras, de manera que también las exigencias de comportamiento dirigidas a las partes pueden ser muy diversas.” (Robles, 2013, p. 11).

No será competente institucionalmente si el funcionario se ha desvinculado de la institución. Existen procesos formales que deben observarse para terminar su vinculación, por ejemplo, en el caso de un funcionario, la renuncia o el despido lo desvincularían. También existen formas de desvinculación parcial o temporal, por ejemplo, cuando se delega a otra persona algún tipo de trabajo, el tiempo fuera del horario laboral, o las vacaciones. Sin embargo, “[...] estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional.” (García, 2019, p. 491).

4.2. Imputación del resultado

En los delitos de infracción del deber que además se requiere imputar el resultado, se deberá tener en cuenta que, según García, esta imputación no se presenta como generalmente lo hace en los delitos de dominio, es decir, como “[...] como la realización del riesgo prohibido creado por el autor, sino como la producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión.” (García, 2019, p. 492).

En el caso del delito de cohecho, el resultado lesivo que agrava la conducta se produce cuando el funcionario ejecuta el acto para el que recibió el beneficio o no realiza el acto debido. En este caso igualmente deberá verificarse que fue resultado del incumplimiento de deberes que le impone la institución a la que pertenece.

5. Con respecto a la intervención de los sujetos activos en el delito de cohecho

Mucho se ha discutido sobre la tipificación de la intervención del particular en el delito de cohecho. Por una parte, se encuentran las posturas que conciben al delito de cohecho como un delito bilateral de convergencia, en el que se requiere una pareja delictiva, el funcionario y el particular (ambos sujetos activos). Por otra parte, están las posturas que conciben la unilateralidad del delito, en la que separan las conductas delictivas del funcionario (cohecho pasivo) y el particular (cohecho activo). Con respecto a la unilateralidad, algunos autores han señalado que: “No se trata, por tanto, de un delito bilateral, en el sentido de que el delito surge con el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades entre el particular y el funcionario, sino de dos delitos distintos y autónomamente castigados.” (Muñoz, 2015, p. 840).

Sin entrar en mayores detalles sobre el fundamento dogmático de una u otra postura, a entender del autor, es el direccionamiento adoptado por el legislador en la construcción del tipo penal el que orienta a la bilateralidad o a la unilateralidad del cohecho. Por ejemplo, el Código Penal Español tiene muchos tipos delictivos referentes al cohecho, algunos se refieren solamente a los actos del funcionario (solicitar o recibir), y otros a los actos del particular (ofrecer o entregar). Al ser distintos los tipos, lógicamente sus actos no son bilaterales, sino unilaterales y autónomos.

En la legislación ecuatoriana pasa distinto, pues solo existe un tipo penal referente al cohecho, que incluye los actos del funcionario y del particular a la vez en el mismo tipo; es decir, no tenemos estos actos separados como se lo hace, por ejemplo, en el Código Penal Español. Con esto se hace referencia también, a que en la tipificación en el derecho ecuatoriano los únicos actos que ha de realizar el funcionario son los de “aceptar y recibir”, dejando fuera la posibilidad de que sea el funcionario el que solicite.

Por lo tanto, nuestro COIP sigue la teoría de la bilateralidad del cohecho, mismo que ha sido definido como un delito de convergencia en el que deben intervenir necesariamente dos sujetos activos: el particular y el funcionario público (denominado autor especial propio). Existe convergencia en un delito “[...] si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección” (Rosa, 1961, p. 292).

Para que se configure el delito de cohecho en nuestra legislación, debe intervenir típicamente el sujeto (A) que es el particular que ofrece, da o promete, y el sujeto (B) que es el funcionario público que recibe o acepta. Hasta este punto todo se presenta de una forma relativamente clara, pues se ha explicado que la comisión del delito es bilateral, por una parte, la norma requiere un sujeto activo genérico (A) y por otra, un sujeto activo calificado (B). Sin embargo, el problema surge cuando intervienen más sujetos en la comisión del delito desde la perspectiva del sujeto activo calificado (B), que no tienen la calidad requerida por la norma, ¿Qué sucede con ellos?, ¿En qué calidad se les imputa? ¿Cuál es la penalidad aplicable en estos casos? Cabe realizar una pequeña tabla ejemplificativa para aclarar este punto.

Delito de cohecho	
Lo que la norma requiere	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado.
Intervención problemática de otros sujetos (<i>extraneus</i>)	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) coautor genérico.
	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) coautor genérico + (D) cómplice genérico.
	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) cómplice genérico + (D) cómplice genérico.

Tabla 2. Elaborada por el autor.

Con esto no se pretende restringir las formas de aparición delictiva, sino solamente ejemplificar algunas de las formas que se presentan, que generan problemas y que sirven de base para el desarrollo del presente trabajo.

5.1. El problema de la intervención delictiva del *extraneus*

Como punto de partida hay que tener claro que, resumidamente, la discusión dogmática con respecto a la intervención de un *extraneus* en los delitos especiales ronda en torno a dos posturas: (i) la teoría de la unidad del título de imputación, que postula que el partícipe responde por el delito especial al que ha asistido, aún sin tener la calidad exigida por la norma, ni infringir deber institucional alguno; y (ii) la teoría de la ruptura del título de imputación, que sostiene que por el delito especial solo responde quien es autor y tiene la calidad exigida por la norma. García resalta que en esta última teoría el cómplice no puede responder por el delito especial, simplemente porque no tiene relación institucional con el bien jurídico, ni la calidad exigida por la norma y solamente responderá por un delito común, en caso de haberlo.

Un ejemplo tomando en cuenta el delito de cohecho: (B), que es funcionario público (*intraneus*), se pone de acuerdo con (C) (*extraneus*) para que este negocie y reciba por (B), un soborno que (A) le está ofreciendo.

Delito de cohecho	
Lo que la norma requiere	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado que es el funcionario.
Intervención problemática del <i>extraneus</i> en el ejemplo	Autor genérico (A) ---y--- (B) autor calificado + (C) coautor genérico.

Tabla 3. Elaborada por el autor.

En este caso, si se sigue la teoría de la unidad del título de imputación: (B) (*intraneus*) responde en calidad de autor por el delito de cohecho, y (C) (*extraneus*) respondería por el mismo delito, pero en el presente caso también tiene el dominio del hecho, ¿Debería responder como coautor del delito? ¿Aún sin tener la calidad exigida por la norma de ser funcionario público? O ¿Debería quedar impune su conducta? En estos casos de delitos especiales de infracción del deber la solución es distinta a la requerida en los delitos de dominio, pues “No es posible seguir aquí la teoría de la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le puede imputar responsabilidad penal por una competencia institucional que no le alcanza” (García, 2019, p. 800).

Por otra parte, en caso de que se siga la teoría de la ruptura del título de imputación, (C) (*extraneus*) no respondería por el delito de cohecho, pues no tiene la calidad exigida, ni ha infringido deber institucional alguno, sino que respondería por un delito similar, pero común; y en caso de que no exista un delito común vinculado al delito especial, su conducta podría quedar impune. Reátegui, refiere que se le ha cuestionado a la teoría de la ruptura del título de imputación justamente eso, que prevé la posibilidad de dejar impunes ciertos delitos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha seguido el principio de accesoriedad, que ha llevado a que la solución sea optar por la teoría de la unidad del título de imputación. Con claridad, esto se puede determinar atendiendo al párrafo segundo del artículo 233 de la Constitución ecuatoriana (2008):

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Aunque la Constitución es concluyente con su postura, se considera que esta no es del todo correcta dogmáticamente, pues al incluir a quienes no tienen la calidad exigida por el tipo dentro de delitos especiales de infracción del deber, se está desnaturalizando esta figura convirtiéndola, tal vez, en un delito común.

Por eso es necesario traer a discusión la teoría de la infracción del deber, para proponer soluciones concretas con respecto a estos casos de intervención delictiva que son conflictivos en la práctica, y que obviamente exceden los límites de este estudio.

6. Conclusiones

En temas específicos de autoría y participación en el derecho penal actual, se ha puesto de relieve que no siempre la respuesta es la teoría del dominio del hecho, pues siguiendo estrictamente el principio de legalidad se puede notar claramente que existen ciertos delitos especiales que requieren una calidad especial del autor para su cometimiento. Este tipo de delitos no tiene un fundamento cualquiera, sino un especial deber otorgado al autor que lo ha vinculado de manera importante y directa con el bien jurídico protegido. De tal manera que, la infracción de este deber fundamenta la imputación y la autoría en este tipo de delitos, denominándose delitos de infracción del deber.

Estos delitos han estado presentes por mucho tiempo en la legislación ecuatoriana, sin un tratamiento dogmático adecuado. Recientemente, en uno de los casos más emblemáticos del país, se ha puesto de relieve la importancia dogmática que realmente tienen.

Por su parte, el delito de cohecho es un delito en el que interviene una pareja delictiva, y ha sido catalogado como un delito de corrupción por antonomasia. Ha estado presente en casi toda la historia legal de la humanidad, sus particulares características han obligado al legislador a otorgarle una tipificación especial, incluyendo específicamente al particular que interviene en el ilícito. En el presente trabajo, se ha abordado este delito y se lo ha contrastado con la dogmática penal para determinar y aclarar su pertenencia a los delitos especiales de infracción del deber, justamente porque tienen deberes específicos que los vinculan con la administración pública estatal, y tienen la obligación de organizar su conducta, de tal manera que no solo no perjudique a la institución (ejecute el acto), sino que la mejore y la proteja

(no realizar el acto debido). También, se ha planteado uno de los problemas más importantes que ha tomado cabida en la discusión dogmática, que abre pautas para su discusión y análisis en nuestra legislación con respecto a la intervención problemática del *extraneus* en los delitos especiales de infracción del deber.

A pesar de que este estudio ha sido fructífero, existen temas de importancia que merecen ser abordados y que no se les ha dado un tratamiento dogmático adecuado en nuestra legislación: la autoría mediata, la tentativa, la coautoría y el dolo como conocimiento y voluntad en los delitos especiales de infracción del deber.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional. *Ley Orgánica del Servicio público*. Registro Oficial del Ecuador N. 16 del 12 de mayo de 2005.
- Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador N. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional. *Código Organico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180 de 14 de febrero de 2014.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis SA, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta.
- Caro, J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho penal*, 1.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Chanjan, R. (2017). El Correcto Funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de Inculpación de los Delitos vinculados a La Corrupción Pública. *Derecho Penal y Criminología*, 38, 121. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>
- Corte Nacional de Justicia (2019). Sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito. Sentencia de primera instancia. Proceso 17721-2019-00029G.
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, 10.
- Donna, E. (2005). *La autoría y la participación criminal*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Figuroa Ortega, Y. (2009). Delitos de infracción de deber. Dykinson.
- García C., P. (2019). *Derecho Penal*. Lima: Ideas solución editorial.
- García C., P. (2009). La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales.
- Jakobs, G. (2003a). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. Montealegre, E. (coord.), *El funcionalismo en el derecho penal (39-57)*. Universidad Externando de Colombia.
- Jakobs, G. (2003b). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, trad. Cancio Meliá, Manuel, Feijoo Sánchez, Bernardo, España: Civitas.
- Jakobs, G. (1997a). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. M. Pons.
- Jakobs, G. (1997b). La imputación objetiva en el derecho penal. (trad. M. Cancio Meliá). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49(3), 835-874.

- Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal, parte general, 10ª edición, Ed. *Reppertor, Barcelona*.
- Modolell G., J. L. (2016). El tipo objetivo en los delitos de mera actividad. *Política criminal*, 11(22), 368-390.
- Muñoz C., F., & García Arán, M. (2010). Derecho penal: parte general, octava edición. Editorial Tirant lo Blanch.
- Muñoz C., F. (2015). Derecho Penal Parte especial. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pariona, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. *Gaceta Penal* N° 19, 69-83.
- Parma, C. (2016). Teoría del delito, límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas, tentativa. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago.
- Rosa, A. C. (1961). Cohecho y soborno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 14(2), 281-309. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777250.pdf>
- Roxin, C. (2000). Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Marcial Pons.
- Robles, R. (2013). Deberes Negativos Y Positivos En Derecho Penal. InDret, [en línea], 1, Núm. 4, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184>
- Reátegui Sánchez, James. (2014). Autoría y participación en el delito. *Gaceta Jurídica*, Lima.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2003). Delitos de infracción de deber. Montealegre, E. (co-ord.), *El funcionalismo en el derecho penal (271-289)*. Universidad Externando de Colombia.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal Y Criminología*, 25(75), 13-26.
- Sota, P. (2012). Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho. *Derecho y Cambio Social*, 9(27).
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general. Instituto Nacional de la Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela.
- Rebollo, R. (2000). Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales: particular referencia al delito de tortura. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 53(1), 133-168.
- Welzel, H. (1956). Derecho penal: parte general, traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.