

**EL DELITO DE COHECHO EN SU GRADO TENTADO  
ANÁLISIS DEL CASO ANA LUCIA CEVALLOS CONTRA OSCAR AYERVE.**

**INTRODUCCIÓN**

Este trabajo nace de la discusión jurídica desarrollada a lo largo del proceso judicial planteado por la Diputada Ana Lucía Cevallos en contra del Ingeniero Oscar Ayerve por el delito de cohecho. Teniendo en cuenta los criterios emitidos por las diferentes instancias judiciales con respecto a la tipificación penal del hecho, realizaré un estudio sobre la estructura de este delito y de la tentativa en el marco del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, en relación con otros regímenes jurídicos y con las distintas teorías que se manejaron dentro del juicio.

Plantear esta discusión se encuentra justificado por la importancia social y jurídica del tema, y por cuanto obliga al estudio de las estructuras metodológicas que soportan la lógica en la creación del derecho (el legislador) y en su aplicación (el juez).

El estudio se fundamenta en los postulados de la Teoría Pura del Derecho por un lado, y en contraposición el iusnaturalismo, pues el análisis va encaminado a confrontar la norma positiva con el deber ser del derecho.

Utilizando diferentes recursos de método y sobre la base de la moderna técnica jurídica, se pretende realizar un análisis del tipo penal del delito de cohecho, su estructura, elementos, modalidades, paralelamente con el caso planteado. Así también estudiar la técnica del delito tentado y sus componentes, para determinar si cabe la tentativa de cohecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **CAPÍTULO I: EL DELITO EN GENERAL.**

Este primer capítulo constituye una introducción al tema central del trabajo, en él se examinará brevemente los aspectos principales de la Teoría General del Delito; los contenidos han sido expuestos en forma breve y simple, a manera solamente de ubicar el análisis posterior del delito de cohecho en un marco teórico adecuado.

### **1.1. Nociones.**

Las ideas sobre delito y pena, datan de los primeros tiempos de la humanidad, los primitivos grupos sociales ya reprimían el daño a otros. En un inicio se trataba de venganza privada por el mal causado y no había límite para el castigo, las penas llegaban a ser sumamente crueles y desmedidas, era simplemente el poder del más fuerte.

Con el paso del tiempo, cuando los seres humanos comienzan a agruparse surge una necesidad colectiva de cuidado a los demás miembros y la venganza pública se limita, ello se manifiesta en las primeras normas de Derecho Penal (Código de Manú, Ley del Talión, Código de Hammurabi, etc.).

Luego el surgimiento del Estado moderno, determina la cesión de una parte de los derechos individuales para que un tercero superior se haga cargo del manejo y organización de la sociedad, incluyendo obviamente la imposición de las penas, con lo cual el derecho punitivo toma un rumbo diferente, lo que se busca primordialmente es garantizar el orden y evitar el abuso en el castigo.

El Derecho Penal ha atravesado por un largo e inacabado proceso de evolución en cuanto a sus principios, concepciones y formas de penar. Se ha tomado mano de muchas disciplinas auxiliares que han ayudado a desechar ideas precarias (la existencia de delincuentes natos por ejemplo)

hasta el punto de convertir a esta rama del derecho en una verdadera ciencia.

De igual manera, la pena en la actualidad ya no es un fin en sí mismo, sino una forma de proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y buscar, en lo posible, la reinserción del delincuente en la sociedad.

## **1.2. Definiciones generales.**

Etimológicamente, delito viene del latín "*delictum*", palabra que hacía referencia a un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena.

De manera simple se define al delito como el resultado producido luego de la acción del delincuente.

"En general, delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. Procede o abstención que lleva anejo una pena. Más técnicamente, cumplimiento del presupuesto contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor del delito o partícipe responsable de él, no viola, sino que observa". (Cabanellas, 58, Tomo III).

## **1.3. Definiciones jurídicas.**

Definiciones jurídicas sobre el delito hay tantas como autores que se han ocupado del tema, ello ha llevado a que los criterios sean muy uniformes y los distintos tratadistas hayan considerado los mismos elementos. Históricamente se puede abarcar el problema de la definición desde un doble punto de vista y, dividirlos en definiciones formales y materiales o reales.

Las definiciones puramente formales son aquellas que conciben al delito como la conducta típica descrita en la ley y sancionada con una pena determinada; a decir del tratadista ecuatoriano Ernesto Albán "se advierte que tal concepto, siendo formalmente exacto, en realidad no aclara nada:

es verdadera tautología" (Albán Gómez par. 2), es decir, nada dice respecto a los elementos que debe reunir un acto o una conducta para ser considerada como delito. Pese a lo expuesto muchos Códigos Penales incluyen este tipo de definiciones en sus textos, lo hace el español por ejemplo y, el ecuatoriano que en su artículo 10 dice "Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar" (Código Penal). Dichos conceptos obedecen o se derivan del principio universal de legalidad "*nullum crimen sine lege*", recogido por la mayoría de ordenamientos jurídicos<sup>1</sup> ; pero no profundizan en la naturaleza del hecho delictivo, ni en las condiciones que este debe reunir para ser considerado tal, es por ello que muchos autores intentan otro tipo de definiciones, las reales o materiales.

Las definiciones reales o materiales, pretenden en cambio señalar los caracteres que debe reunir un acto para ser delito y como debe desarrollarse una conducta para ser inculpada por la ley penal. Estas definiciones de alguna manera son más precisas que las puramente formales; aunque en opinión de algunos autores caen en el campo del iusnaturalismo y para precisar su alcance es necesario tener en cuenta además aspectos filosóficos, históricos, éticos, sociales, morales, etc. Corresponde entonces al Legislador precisar que conductas deben ser consideradas delictivas y lo debe hacer de acuerdo a la exigencia de las circunstancias de la sociedad en un momento dado.

En un intento por superar la controversia existente entre las definiciones formales y las reales surgen otras como la de Carrara en la que se empieza a hablar acerca de las características que debe reunir un hecho delictivo. Para este penalista "Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso" (Albán Gómez par. 5).

---

<sup>1</sup> En el caso del Ecuador este principio se halla en la Constitución Política de la República en su artículo 24 y en el Código Penal artículo 2.

Los conceptos modernos no son puramente formales ni materiales, más bien obedecen a un análisis de los elementos que se han presentado a lo largo del tiempo en las conductas delictivas, son su consecuencia; es por esto que muchos autores han optado por definir al delito a través de una descripción de los elementos comunes y generales; si bien es cierto que cada delito en particular tiene sus propias características, hay unas que se encuentran presentes en todos los hechos delictivos y son justamente éstas las que sirven de base a las definiciones y a su vez diferencian al delito de otros actos ilícitos.

En este ámbito Francisco Muñoz Conde define al delito como:

*“la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), teniendo por tanto que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica y mucho menos si es culpable o punible”. (Muñoz Conde 4).*

La mayoría de doctrinarios concuerdan en que el delito debe contar con estos cinco elementos: constituir un acto, típico, antijurídico, culpable y punible; según algunos tratadistas la punibilidad no puede considerarse como otro elemento del delito, más bien es una consecuencia, sólo si el acto cumple con los cuatro primeros requisitos podrá ser punible. Hay quiénes sostienen también que debe agregarse además como otro elemento a las condiciones objetivas de punibilidad que se refieren a caracteres específicos necesarios para que un hecho determinado sea delito, así por ejemplo en los delitos de quiebra, se requiere la declaración previa de la quiebra.

#### 1.4. Los elementos del delito.

Corresponde a la teoría general del delito ocuparse de la descripción de los elementos comunes que debe reunir un acto para ser considerado delito. Como ya mencioné antes todo acto debe tener una serie de rasgos comunes para ser delito y poder atribuir ese acto a un sujeto determinado; así mismo cada delito tiene sus características específicas que son descritas y analizadas en la parte especial del Código Penal. A continuación un breve análisis de estos elementos:

**1.4.1. El acto.-** El primer elemento del delito es el acto, es decir, es la base sobre la cual se desarrolla el análisis de las demás categorías del delito, en definitiva si no hay acto no puede hablarse de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

De toda la escala del comportamiento humano, hay un tipo que la norma penal escoge como negativamente relevante y sanciona con una pena determinada. Es este el comportamiento o conducta al cual se puede calificar y agregar posteriormente las demás cualidades que debe reunir un acto para ser tratado como delito.

Para referirse a esta característica fundamental del delito se utilizan varias acepciones como acto, acción, conducta o comportamiento humano, dentro de las cuáles se incluye también a la omisión, sin que pueda de ninguna manera asimilarse estos dos conceptos que constituyen tipos diferentes.

Como acto o acción se entiende a todo comportamiento humano voluntario, entendido por tal el dominio del ser humano sobre su actividad; a su vez sólo aquellos actos que son exteriorizados son jurídicamente relevantes, no se penan las ideas, las meras intenciones o los sentimientos por más peligro que pudieran acarrear, excepto cuando la ley así lo disponga (ver introducción del capítulo IV). Es importante señalar que la acción siempre está dirigida a la consecución de un fin, es ejercicio de actividad final según Hans Wezel (Muñoz Conde 9).

La acción tiene por tanto dos fases: **a)** una fase interna que se produce en la esfera interior del actor y que se refiere a la selección de los medios necesarios, previsión del resultado y consideración de los efectos concomitantes, todo esto en razón del fin que persiga el sujeto con su accionar. **b)** una fase externa, que se refiere a la realización misma del acto y la modificación que se produce como consecuencia en el mundo exterior.

Estas dos fases tienen importancia en el campo penal luego de que el acto ha sido exteriorizado, pues puede ocurrir que lo relevante no sea el fin; pero si los medios empleados o los efectos concomitantes (consecuencias).

La acción manifestada en el mundo exterior debe tener una relación de causa-efecto con el resultado producido (relación de causalidad) cuando se trata de los delitos conocidos como de resultado, pues en otros casos como en los delitos de mera actividad esta relación no es necesaria, se castiga la simple manifestación de voluntad. En los delitos de resultado esta causalidad es exigible con el objeto de poder atribuir un resultado dado a un autor determinado, obviamente tienen que considerarse luego los demás elementos del delito para que pueda existir responsabilidad penal.

De lo dicho hasta el momento sobre la acción deducimos que se trata de una característica que es propia del ser humano, por tanto no es atribuible a los animales, las cosas o a entes ficticios como lo son las personas jurídicas, cuestión esta que en el pasado se tuvo como posible. En tratándose de las faltas cometidas por las personas jurídicas los responsables son las personas individuales a cuyo cargo se encuentra la representación y dirección de estos entes, todo ello sin perjuicio de las sanciones civiles o administrativas como la liquidación, disolución, etc. que si puede aplicarse a las personas jurídicas.

El acto como elemento fundamental del delito se presenta bajo dos modalidades: la acción –de la cual ya se a hecho un breve análisis– y la

omisión, que se refiere también a una acción determinada que debió llevarse a cabo.

La omisión no puede tenerse como un simple "no hacer", sino más bien como no realizar algo que el sujeto está en capacidad de hacer y tiene la obligación de hacerlo, se desprende entonces que la omisión debe reunir las mismas características de la acción en cuanto a finalidad y causalidad, la falta de actuación debe ir también encaminada a un fin (lesión de un bien jurídicamente protegido). La omisión constituye una violación a normas imperativas que producen un resultado penalmente relevante.

Los delitos de omisión abarcan tres modalidades: a) Delitos de omisión simple o propia, son aquellos en los que la falta de actuación está prevista en la ley como una infracción (rehusarse a prestar un servicio legalmente exigible); b) Delitos de omisión y resultado, en los que la omisión tiene un vínculo con un resultado con el que además mantiene una relación causal (Funcionarios Públicos que consienten en la sustracción de caudales públicos); c) Delitos impropios de omisión, se refieren a los que pueden cometerse tanto por acción como por omisión, el tipo penal no describe específicamente la posibilidad de la omisión; el problema está en el análisis de los factores que llevan a determinar si se puede equiparar la acción descrita en el tipo a la falta de actuación constitutiva de omisión (dejar de alimentar, socorrer o curar equivale a causar la muerte de otro y se puede equiparar con el homicidio).

Finalmente hay ciertas circunstancias en las que según el criterio mayormente aceptado existe ausencia de acto, en cuanto este elemento es considerado como manifestación síquica del ser humano conducida por la voluntad, si no existe esta no puede hablarse de acto propiamente y tampoco de delito, estas situaciones son: la fuerza irresistible, el sueño natural, el sonambulismo y algunos autores consideran que la hipnosis cuando la persona es débil mentalmente y el hipnotizador ha logrado controlar las facultades volitivas del sujeto.

**1.4.2. La Tipicidad.-** Es el segundo elemento del delito y consiste en la adecuación de la conducta humana al tipo descrito en la Ley. Muñoz Conde dice al respecto que “De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o intervención legalizada” (32).

Dentro de la tipicidad, es necesario hacer referencia al tipo, que es justamente la descripción que hace la norma de una conducta humana considerada como delito; el cual debe reunir todos los elementos descriptivos necesarios, además de un lenguaje apropiado que permita identificar plenamente la figura delictiva. A decir de Ernesto Albán Gómez, la definición del tipo es una cuestión de “adecuada técnica legislativa”.

El tipo está estrechamente relacionado con la antijuridicidad; sin embargo se trata de categorías distintas, pues no todo acto típico es antijurídico (si existen causas de justificación como la legítima defensa), ni toda conducta antijurídica es típica (debe estar descrita en la ley). El tipo es entonces imprescindible en cuanto constituye una presunción de antijuridicidad y permite así continuar con la determinación de si una conducta humana es delictiva.

**1.4.2.1 Estructura del tipo.-** El tipo debe reunir algunas características necesarias para evitar confusiones, tales como estar escrito en un lenguaje que la media de la población pueda entender, evitar las descripciones casuísticas, utilizar de preferencia elementos descriptivos y no normativos, definiciones generales que refieran claramente la conducta prohibida por la ley penal. Pese a lo dicho existen tipos penales en los que es imposible enmarcar todas las manifestaciones de un delito, por lo que surgen los tipos cualificados que son derivaciones de un tipo penal específico y deben cumplir con circunstancias objetivas o personales que agravan el tipo básico (en el hurto por ejemplo); en otras ocasiones lo atenúan y se les

llaman delitos privilegiados (infanticidio por honor), pues por las circunstancias en las que se cometió su pena es menor a la del tipo básico.

Cuando las condiciones que se añaden a un tipo son de tal magnitud que lo diferencian por completo del tipo básico estamos frente a un tipo autónomo de delito (homicidio= tipo básico, si cumple los elementos previstos en la ley se transforma en otro delito, el asesinato).

Los delitos cualificados o privilegiados se distinguen de los delitos autónomos, por cuanto los primeros agregan componentes que agravan o atenúan sin alterar el tipo base, mientras que los otros se convierten en una estructura distinta con características propias y autónomas que puede ser tratado independientemente.

**1.4.2.2. Elementos del tipo.-** Si bien es imposible dilucidar todos los elementos que cada tipo delictivo podría llegar a tener, hay tres puntos que están presentes en todos los tipos penales: la acción o núcleo del tipo, el sujeto activo y el bien jurídico protegido.

a) La acción, es la descripción de un comportamiento humano (acción u omisión), a través de un verbo en la mayoría de casos (sustraer, matar, etc.), de un sustantivo (acceso carnal) o de una frase (faltar a la verdad).

En ciertos casos para que se configure el tipo se requiere sólo la realización de la acción sin que exista un resultado, estos son los delitos de mera actividad (falso testimonio); otras veces se requiere que la conducta haya modificado el mundo exterior, son los delitos de resultado, en los que la modificación debe estar separada de la acción (robo, homicidio).

En otros delitos se exigen circunstancias de tiempo (en tiempo de guerra para la traición), de lugar (despoblado para el abandono de niños), empleo de medios especificados en la ley (asesinato por veneno) o referentes a una ocasión (declarar o confesar para el perjurio).

Los delitos pueden ser además simples y compuestos según comprendan una o varias acciones. A su vez los compuestos son complejos y mixtos, los primeros surgen cuando hay dos o más acciones que constituyen un tipo distinto cada una; pero que juntas originan un delito autónomo (robo con homicidio). Los mixtos se dan cuando un mismo tipo penal contiene varias modalidades de conducta y que realizada cualquiera de ellas, nace el tipo.

Una última división de los tipos penales está dada por el vínculo psicológico que existe entre el autor y el resultado que este produce, se dividen así en delitos dolosos y delitos imprudentes.

b) Sujeto activo, que es quien realiza la acción; normalmente sujeto activo puede ser cualquier individuo que ejecute la conducta descrita en el tipo, pero hay ocasiones en que el sujeto debe reunir ciertas condiciones para ser considerado autor de un delito, por ejemplo tener la calidad de funcionario público en el cohecho. En otras ocasiones existe una pluralidad de sujetos activos como autores de un delito o se requiere la presencia de dos sujetos autónomos (igualmente en el delito de cohecho: funcionario y quien soborna). En otros casos es sujeto activo únicamente aquel que esté en posición de ejecutar inmediata y corporalmente una acción (el acceso carnal en la violación).

c) Bien jurídico, hace referencia a aquello que la ley intenta proteger castigando su daño con la imposición de una pena. Los bienes protegidos son una selección que la ley hace y no tienen por tanto una existencia a priori.

El bien jurídico sirve al mismo tiempo como criterio bajo el cual los distintos delitos se agrupan, tomando en cuenta los bienes jurídicos que se protegen (delitos contra la vida, la propiedad, la Administración Pública, el Estado, etc.).

Es necesario distinguir entre el bien jurídico protegido y el objeto de la acción, que es la cosa misma sobre la que recae la acción del sujeto;

incluso en los delitos en los que esta categoría parece coincidir como en el homicidio, puede separarse el objeto sobre el que recae la acción (sujeto o individuo que es asesinado), del bien jurídico que se protege (la vida).

El titular del bien jurídico es el sujeto pasivo, que en ocasiones no está bien determinado y puede acarrear confusiones, principalmente en los delitos comunitarios, en otras ocasiones se habla de un titular genérico como el Estado o se discute respecto a la titularidad de entes ficticios como las personas jurídicas.

**1.4.3. La antijuridicidad.-** Es otro de los elementos del delito que debemos tomar en cuenta para determinar si un hecho constituye o no un ilícito. Lo antijurídico es lo contrario a lo establecido en la ley, hace referencia al daño causado contra un bien jurídicamente protegido.

En ocasiones se emplea el término antijuridicidad como sinónimo de injusto, pero lo injusto en verdad vendría a ser aquel acto que ya fue calificado de antijurídico, es decir, sería una antijuridicidad determinada.

*“La antijuridicidad requiere para su existencia de dos presupuestos; primero que se de como consecuencia de la tipicidad, esto es, que la tipicidad se traduzca simplemente en un indicio de antijuridicidad, y esta solo cobre vigencia en los casos en que no se presente una causa de justificación; y segundo, la existencia de un desvalor de acción y de resultado en el comportamiento desplegado por el sujeto activo...” (Plascencia, 134).*

El desvalor de la acción y del resultado implica la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; pero siempre que la Ley Penal los haya especificado dentro de los protegidos y su lesión (resultado producido) o puesta en peligro (mera acción) sea contraria al orden jurídico.

Estos son conceptos inseparables, no puede concebirse el desvalor de la acción, sin que su consecuencia sea justamente el mismo desvalor del

resultado, ambos están implícitos en la Ley que tipifica una conducta como delito; en ocasiones simplemente se sanciona con una pena mayor al delito consumado (desvalor del resultado) que a la tentativa (desvalor de la acción).

**1.4.3.1. Causas de justificación.-** Como se dijo en su momento al tratar sobre la tipicidad (ver punto 1.4.2. de este mismo capítulo), esta constituye un indicio de antijuridicidad; sin embargo no todo hecho típico es necesariamente antijurídico, esto es posible cuando por circunstancias de orden social, político o jurídico el Legislador aprueba, por decirlo de alguna manera, la comisión de un hecho que a simple vista es antijurídico.

Las causas de justificación son entonces, conductas penalmente relevantes que por razones de distinto orden no constituyen delito. Cuando dos bienes jurídicamente protegidos entran en colisión y uno de ellos tiene preeminencia sobre el otro, la Ley deja de proteger uno de estos bienes en favor del que considera más importante, por ejemplo "...si el orden jurídico reconoce el derecho de una persona a defenderse de una agresión, causando inclusive la muerte del agresor, esto significa que el matar a otro, aunque sea un acto típico, es en este caso un acto legítimo, conforme a Derecho..." (Albán Gómez, 108).

Las causas de justificación deben reunir elementos tanto objetivos (que se dé la situación de justificación), como subjetivos (que el sujeto sepa que está realizando una conducta permitida por la Ley, tendencias subjetivas para justificar la acción). Si alguno de estos elementos no está presente en forma clara, lo que se produce no es una causa de justificación, sino una circunstancia atenuante o agravante que modifica la pena, es decir, la actuación no deja de ser antijurídica.

Son consideradas causas de justificación las siguientes: la legítima defensa, el estado de necesidad, el mandato de la ley y la orden de autoridad u obediencia debida; en ocasiones se agrega además el consentimiento del titular del derecho.

a) La legítima defensa: puede ser definida como la defensa a una agresión actual e ilegítima en la que no hubo provocación por parte de quien se defiende. La mayoría de los requisitos que debe cumplir una conducta para ser considerada como legítima defensa se mencionan en su definición, estos son: agresión actual e ilegítima, necesidad racional de los medios empleados para repeler dicha agresión y, falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

El Código Penal Ecuatoriano, al igual que el de muchas otras legislaciones como la española y mexicana, contiene varias subespecies como la legítima defensa de terceros, legítima defensa del honor conyugal, etc.; lo cual nos lleva a un casuismo inútil que más bien causa grandes confusiones<sup>2</sup>.

b) El estado de de necesidad: "situación de peligro de un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la lesión de otro bien jurídico" (Albán Gómez, 118).

Durante alguna época se consideró al estado de necesidad como una causa de inculpabilidad, un caso de fuerza irresistible; pero en la actualidad la mayoría de legislaciones la conciben como una causa de justificación, otras como la española le otorga un doble tratamiento: es causa de justificación cuando colisionan dos bienes protegidos que tienen distinto valor y se prescinde de uno de ellos a favor del otro, y es causa de exculpación cuando los bienes que colisionan tienen el mismo valor.

Los requisitos que se exige para esta causa de justificación son los siguientes, según el Código Penal Ecuatoriano: necesidad de evitar un mal o peligro, a su vez el peligro debe ser real, actual o inminente; que el mal evitado sea mayor que el causado; que no haya otro medio practicable y menos perjudicial; otras legislaciones incluyen además como exigencias para la calificación de esta causa que el peligro no haya sido provocado por el

---

<sup>2</sup> El Código Penal Ecuatoriano trata de la legítima defensa y los casos que admite nuestra legislación y otras circunstancias de excusa en los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26.

necesitado, y que el sujeto no tenga la obligación jurídica de soportar el mal.

Los casos que nuestra legislación penal considera como estado de necesidad son: el hurto famélico (aunque según el Art. 29 sería sólo una circunstancia atenuante), el aborto terapéutico (Art. . 447), la muerte de animales (Art. 413 y 414), la revelación de secretos profesionales (Art. 201); además la Ley de Defensa contra Incendios exonera de responsabilidad al conductor de un camión de bomberos que por llegar a apagar un incendio ocasiona un accidente de tránsito (Art. 27 Ley de Defensa contra Incendios).

c) El mandamiento de ley: Se refiere a actos típicos, pero que están ordenados o permitidos por la ley, aquí también se da la colisión de intereses; pero la ley resuelve permitir uno de ellos por expresa disposición, por ejemplo cuando miembros de la Policía o ejército se ven obligados a aprehender a un delincuente, en este caso el orden y seguridad de la colectividad está sobre el derecho a la libertad individual, y el arresto está a su vez ordenado por la ley para ciertos casos.

En la ley se menciona algunos casos para estas circunstancias: que la ley ordene directa y expresamente la realización del acto, que la ley imponga un deber de tal naturaleza que no pueda ser cumplido sino a través de actos típicos, que la ley permita la realización de actos típicos en el ejercicio de una profesión, arte u empleo.

d) La orden de autoridad u obediencia debida: es en realidad un caso específico de mandamiento de ley, pues en este caso la orden que debe cumplir un subalterno debe estar también ordenada o permitida en la ley en razón del oficio y debe ser emitido por autoridad competente.

Los requisitos son: que haya entre el superior que emite la orden y el inferior que obedece, una relación jerárquica de orden público; que la orden respete las atribuciones legítimas del superior (esfera en la que puede

actuar); que la orden sea expedida y comunicada con las formalidades que exige la ley para cada caso.

La doctrina se pronuncia mayormente por la tesis de que esta causa de justificación no tiene cabida cuando la orden emitida por el superior es manifiestamente ilegal, en este caso el inferior tiene la obligación de negarse al cumplimiento de la orden, so pena de ser responsable penalmente por el acto ejecutado.

e) El consentimiento del titular del derecho lesionado: esta no es una causa de justificación existente en nuestra legislación; sin embargo vale la pena establecer en que consiste, es la posibilidad que tiene el titular de un derecho a renunciar a la protección del mismo, lo cual es posible únicamente si se trata de derechos que pueden renunciarse (el derecho de propiedad por ejemplo).

**1.4.4. La culpabilidad.-** Una vez que se ha establecido la existencia de los otros elementos como son la tipicidad y la antijuridicidad, debemos entrar al análisis de uno más: la culpabilidad, pues el que un acto sea típico y antijurídico, no significa que es culpable.

La culpabilidad implica ingresar en el ámbito subjetivo, es decir, dejamos el análisis del acto, para analizar la conducta del sujeto. Significa calificar el comportamiento humano, sobre la base de la actuación que debía haber tenido el sujeto en relación con lo que establece la Ley Penal (protección de un bien jurídico), para así poder establecer su responsabilidad en un hecho delictivo.

La culpabilidad ha sido concebida de distintas maneras a lo largo del tiempo y su importancia es hoy mucho mayor de lo que fuera en épocas anteriores. En la actualidad se la trata no como una categoría interna del sujeto, sino de éste en relación con el medio social, no existe culpabilidad por sí misma, siempre debe estar en relación con un hecho determinado, al cual el Estado como máximo ente regulador y representante de la

sociedad, en atención además a un proceso histórico y a las necesidades sociales, le otorga la calificación de culpable (concepto dialéctico de culpabilidad). A su vez la culpabilidad tiene una función motivadora, en cuanto promueve a las personas a través de la norma penal a abstenerse de realizar determinados actos por ser contrarios al ordenamiento vigente (concepto material de culpabilidad).

La culpabilidad en definitiva constituye la posibilidad de atribuirle a una persona la comisión de un hecho determinado y por tanto hacerle responsable del mismo.

**1.4.4.1. La imputabilidad.-** La imputabilidad, conocida también como capacidad de culpabilidad, se refiere a las condiciones o características que debe tener y en las cuales debe estar un individuo para que pueda ser responsable de la comisión de un delito.

Para que una persona sea imputable debe haber actuado con conciencia y voluntad, es decir, debe ser lo suficientemente capaz para poder decidir y no padecer enfermedades o trastornos psicológicos (artículo 32 del Código Penal). Por el contrario, se dice que un sujeto es inimputable cuando por su situación no tiene la capacidad de culpabilidad y tampoco puede ser castigado por la comisión de un acto delictivo.

Así como en derecho privado, en el campo penal la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, por tanto las causas de inculpabilidad se reducen a unos pocos casos:

a) Minoría de Edad.- Según nuestra legislación, todo menor es inimputable, el Código Penal no se refiere en detalle a este tema, más bien se remite a lo establecido en el Código de Menores. Cabe señalar que la tendencia a nivel mundial en la actualidad, está encaminada a considerar al menor como sujeto de todo derecho y por tanto responsable de sus actos, ello implicaría que el menor de edad debe ser sancionado con las mismas

penas que quien tiene capacidad de culpabilidad; sin embargo esta teoría apunta más bien a la posibilidad de reinserción del menor en la sociedad.

b) Perturbación mental.- El problema de esta causa de inculpabilidad viene dado por el uso de términos imprecisos para referirse a un mismo problema: el de los trastornos psicológicos. La ley no especifica que es lo que debe entenderse por trastornos o enfermedades psicológicas y por ello ha sido necesario acudir al criterio de expertos para poder definir esta categoría y evitar posibles errores (artículos 34 y 35 del Código Penal).

Para que estas perturbaciones sean causa de inculpabilidad el sujeto que padece un trastorno psicológico debe estar privado de "...su capacidad de entender o de querer, por alteración de sus facultades psíquicas, en tal grado y de tal modo que no pueda dirigir su conducta conforme a las exigencias del derecho" (Albán Gómez, 130).

En algún momento se consideró la posibilidad de que el sujeto que sufría alguna de las perturbaciones antes mencionadas, podía tener momentos de lucidez y si cometía un delito en este período de conciencia era imputable, hoy en día esta posibilidad se ha descartado por parte de los psiquiatras.

c) Trastorno mental transitorio.- Se produce cuando una persona que no es considerada enferma mental, comete un delito en un momento en que sus capacidades estaban alteradas en tal forma que no era responsable de sus actos; esta situación es muy compleja de determinar tanto para los peritos como para los jueces. La norma exige para la determinación de esta circunstancia que el sujeto esté al momento de la comisión del acto en tal estado mental que no le era posible querer o entender y, que dicho estado mental sea producto de una enfermedad, excluyendo así otras posibilidades como el haber actuado por miedo, emoción, etc. (artículo 34 del Código Penal).

d) Sordomudez.- Esta causa de inimputabilidad tiene su fundamento en la especial situación de aislamiento de los sordomudos, debido a la cual no están en capacidad de asimilar las obligaciones de respeto a la ley. Así mismo nuestro Código considera que si el sordomudo actuó con conciencia y voluntad es imputable, situación esta que es de muy difícil verificación (artículo 39).

e) La embriaguez y la toxicomanía.- La legislación penal en el Ecuador habla de varias clases de embriaguez: fortuita, voluntaria, premeditada y habitual; solamente la fortuita es considerada causa de inculpabilidad, la voluntaria no tiene efecto alguno (aunque en la práctica se considera indicio de dolo), mientras que la premeditada y la habitual son agravantes.

La toxicomanía recibe el mismo tratamiento que la embriaguez; pero la doctrina se inclina por la tesis de que tanto los ebrios habituales como los drogadictos deberían ser considerados alienados mentales y por tanto inimputables y, consecuentemente someterse a un tratamiento de rehabilitación.

**1.4.4.2. La "*actio liberae in causa*".-** Es una expresión que se utilizó en la antigüedad para referirse al problema que surge cuando un individuo se coloca voluntariamente en una situación de inimputabilidad y al dilema de determinar la imputabilidad en una circunstancia como la mencionada.

La doctrina se pronuncia por la tesis de que en estos casos el momento de la imputabilidad no está dado por el instante de comisión del acto, sino más bien por aquel en el que el sujeto se puso voluntariamente en una situación de inconciencia.

Así resulta entonces que quien incurre en este caso será siempre imputable si se puso en dicha situación voluntaria y conscientemente, pues se presume que actuó dolosamente y, en cambio hay culpa si el sujeto actuó por negligencia o imprudencia.

**1.4.4.3. El dolo y la culpa.-** Son en definitiva las dos manifestaciones de la culpabilidad, que determinan el grado de responsabilidad que tiene una persona en un acto delictivo determinado.

El dolo es la representación más común y de mayor gravedad, debe ser consciente y voluntaria, se la define como la intención de causar un daño cuyo resultado es previsto y querido por el agente.

Según Cabanellas, el dolo en materia penal es "la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley. Así se dice, sintéticamente, que el dolo penal es la voluntad de delinquir, donde el dolo e intención criminal resultan sinónimos" (t. III, 311).

La culpa implica que una persona actúa sin la diligencia y el debido cuidado necesarios para evitar que se produzca un daño. Para que se pueda hablar de culpa debe producirse un resultado previsible pero no querido por el sujeto, debe haber voluntad de realizar el acto y finalmente el resultado debe ser producto de una falta de cuidado y atención en el cumplimiento de los deberes.

La disciplina penalista considera mayoritariamente que el fundamento de la culpa radica en el cuidado con el que debe actuar todo individuo para no causar daño a otras personas, esta es a su vez la razón por la que la culpa se pena en muy pocas ocasiones y pocos delitos admiten una modalidad culposa, mientras la gran mayoría de delitos son esencialmente dolosos.

**1.4.4.4. Causas de inculpabilidad.-** Se refieren a situaciones en las que el individuo es imputable; sin embargo no comete el hecho con dolo ni culpa, estas situaciones son: a) el caso fortuito, que está tomado en el sentido de la imprevisibilidad o sorpresa con la que un hecho se presenta y produce un daño, ante el cual la persona que está realizando un acto nada puede hacer para evitar este daño; b) la coacción moral, significa que la voluntad del sujeto está viciada por una amenaza injusta e inminente de un mal

grave, por tanto el sujeto es impulsado a cometer el acto contra su voluntad; c) el error, que se lo ha dividido tradicionalmente en error de hecho y error de derecho, el primero se refiere a una errónea interpretación de los hechos o de la realidad, mientras que el segundo es un desconocimiento total o parcial de la ley. El sistema penal se pronuncia en la actualidad por la unificación en el tratamiento del error, pues al final ambos constituyen un vicio del conocimiento, ya por interpretación errónea de la realidad de los hechos o por desconocimiento de lo previsto en las normas.

**1.4.4.5. El grado de exigibilidad.-** Se plantean esta tesis como otro elemento a analizar para determinar la existencia de la culpabilidad, implica la comprobación de las razones que el individuo tuvo para apartarse de las exigencias legales, pues hay situaciones excepcionales en las no se puede exigir a una persona que actúe conforme a Derecho.

Nuestro Código Penal se refiere a estas situaciones en las siguientes disposiciones: Artículo 45 y 49 sobre los encubrimientos no punibles entre parientes, artículo 295 la falsa declaración judicial para favorecer a parientes, artículo 310 la evasión de parientes y artículo 354 el falso testimonio de un sindicado en un juicio.

**1.4.5. La pena.-** Desde épocas muy antiguas, el ser humano castigaba los hechos contrarios al orden establecido con la imposición de una pena, la historia y la forma en que este elemento del delito ha sido concebido, van de la mano con la historia de la humanidad.

Durante mucho tiempo se la tuvo como una forma de castigar a quien infringía la ley o realizaba un acto reñido con las costumbres, era una especie de venganza por el sufrimiento causado por una persona a otra. En un principio la pena estaba en manos de los particulares, con el tiempo y como no podía ser de otra manera, esta facultad pasa al Estado como máximo ente organizador y protector de la sociedad, como una forma además de reprimir los abusos que se producían con el pretexto de castigar.

Actualmente la doctrina apunta a convertir a la pena en una forma de reinserción del delincuente en la sociedad y cada vez se habla con más fuerza de medidas preventivas contra el crimen y que las cárceles se conviertan en centros de tratamiento delincencial.

El caso del Ecuador merecería un amplio análisis en este sentido, este no es el propósito de este trabajo; sin embargo considero que el sistema penitenciario ecuatoriano está muy lejos de lo propuesto por estas nuevas tendencias y su crisis es cada vez más evidente.

**1.4.5.1. Condiciones objetivas de penalidad o procedibilidad.-** Hay autores que tratan a estas condiciones como dos cuestiones distintas, pues las primeras (condiciones de penalidad) condicionan la imposición de una pena, mientras las otras (condiciones de procedibilidad) la instauración del proceso. En realidad se trata de barreras procesales que desempeñan la misma función: establecer ciertos presupuestos con los que se debe cumplir para que sea posible castigar con una pena un delito, o iniciar un proceso penal.

**1.4.5.2. Excusas absolutorias.-** Son casos en los que pese a existir un acto delictivo, en el que además se han verificado las demás categorías necesarias referentes a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la ley decide no castigar estas acciones, pues en unos casos las causas del delito y sus consecuencias son propias del autor y le afectan solamente a él, en otros existen razones de seguridad del Estado, etc<sup>3</sup>.

## **1.5. Clasificación del delito.**

Por lo extenso de las clasificaciones y por los múltiples criterios utilizados, se hará únicamente una enumeración de la clasificación constante en la

---

<sup>3</sup> Nuestra legislación establece esta posibilidad en los artículos 145, 298, 317, 447, 496, 532 y 588.

propia ley y adoptada como válida por el tratadista ecuatoriano Ernesto Albán Gómez:

1.- Por la gravedad del delito:

- Delitos y contravenciones, según el sistema bipartito que es el adoptado por Ecuador.
- Crímenes, delitos y contravenciones, cuando se trata de un sistema tripartito.

2.- Por la acción para perseguir los delitos:

- De acción pública de instancia oficial
- De acción pública de instancia particular
- De acción privada

3.- Por el momento de su descubrimiento:

- Delitos flagrantes
- Delitos no flagrantes

4.- Por la estructura del acto delictivo:

- Delitos simples
- Delitos complejos

5.- Por la forma en que se produce el resultado:

- Formales o de simple actividad
- Materiales

6.- Por la duración del momento consumativo:

- Instantáneos
- Permanentes
- Continuados
- Habituales

7.- Por sus efectos:

- De daño
- De peligro

8.- Por el bien jurídico afectado:

- Delitos comunes
- Delitos políticos
- Delitos económicos

Como mencioné al inicio, mi propósito con este primer capítulo era esbozar un marco teórico propicio antes de entrar al análisis del delito de cohecho, por ello he tratado puntos básicos de la Teoría General del Delito, para facilitar la comprensión o el estudio de los elementos y características propias del cohecho; a más de proporcionar una guía básica para aquellos lectores de este trabajo, que no hayan tenido un acercamiento previo con las ciencias penales.

#### **BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO I.**

- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Manual de Régimen Penal Ecuatoriano, Quito, Ediciones Legales.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico de Derecho Elemental, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo III, 1997.
- Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2002.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del Delito, México, Tercera reimpresión, Universidad Autónoma de México, 2004.
- [www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenIVoll](http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenIVoll) (responsable Carrancá y Rivas Raúl), fecha de último ingreso 12 de enero de 2.007, a las 10H27.

## CAPÍTULO II: EL DELITO DE COHECHO.

Para comenzar con el examen del tema de fondo de este trabajo es preciso realizar una breve exposición de los hechos que motivaron la denuncia de la Diputada Ana Lucía Cevallos Muñoz en contra del Ingeniero Oscar Ayerve Rosas, y el posterior juicio que se siguió en contra de este funcionario por el "Delito de Cohecho en grado tentado".

El día lunes 8 de noviembre de 2.004 el Ing. Oscar Ayerve, que en ese entonces era asesor del Presidente de la República Lucio Gutiérrez, viaja a Cuenca y se entrevista con la Diputada Cevallos en su oficina, durante esta vista y según la versión de la funcionaria, el Ing. Ayerve le propone el manejo de áreas estratégicas en el Azuay de las cuáles se podría obtener rédito económico, a cambio del voto de Cevallos en la sesión del Congreso de 9 de noviembre de 2.004, en la que se pretendía instaurar un juicio político en contra del Presidente de la República.

Posteriormente, la diputada denuncia el hecho en una reunión que mantiene con su bloque legislativo en Quito y después en una de las fiscalías del Azuay. Luego del cumplimiento de las etapas procesales respectivas, el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay dicta sobreseimiento provisional del proceso y del imputado. Esta resolución es apelada y la Primera Sala de lo Penal Colusorio y Tránsito de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca revoca la resolución y llama a juicio a Oscar Ayerve, por el delito de cohecho en grado tentado. El Segundo Tribunal Penal del Azuay, condena al imputado por este delito y luego se declara nulo el juicio por vicios de procedimiento.

### **2.1. Reseña histórica.**

Desde la aparición de las primeras leyes como el Código de Manú y otras, se sancionó con dureza este tipo de delitos, se los consideraba el peor crimen contra la actuación de los funcionarios.

A lo largo del Imperio Romano, se dictaron muchas normas para castigar la corrupción de funcionarios públicos, la más notoria fue la *Lex Julia Repetundarum* del emperador Julio César, que fue además la que dio nombre a este tipo de actos contrarios a la ley (crimen *repetundarum*), aunque este concepto "...solía estar restringido al acto de aceptar el soborno, usando esta última expresión para significar el delito del que compra o corrompe." (Goldstein, 124), luego se unificaron criterios y hoy se conoce como cohecho tanto al acto del corruptor, como al del funcionario público (Cohecho pasivo y activo respectivamente). Este delito se penaba muy severamente hasta la época de Justiniano en que las penas se atenuaron.

El antiguo derecho penal español también castigaba estos delitos con mucha rigidez (Alfonso X: Partida III, título XXII, leyes 24 y 25), principalmente cuando se trataba de jueces que recibían presentes o atenciones; estas regulaciones se han mantenido con pequeñas variantes en el Código Penal de España hasta la actualidad.

En Ecuador, desde el primer Código Penal del año 1837, se incluyó normas referentes al delito de cohecho, si bien los textos han variado su estructura es básicamente la misma, la modificación más importante tiene que ver con la pena y las multas, que en la actualidad son mayores.

## **2.2. Definiciones.**

Cohecho viene del latín "*coactare*" que significa forzar, o "*confecto*" preparado, arreglado; la definición etimológica no se ajusta al verdadero concepto actual de cohecho, pues más que forzar a un funcionario público, en el cohecho surge un acuerdo entre éste y el particular para realizar un acto reñido con el derecho, a través de la comisión de un delito, de una abstención, o de cumplir con funciones propias del empleado que no están sujetas a retribución.

Según el Diccionario de Derecho Penal y Criminología de Raúl Goldstein cohecho es la "Acción y efecto de cohechar, es decir, de sobornar o corromper al funcionario o magistrado". Continúa diciendo este autor: "El delito consiste en poner precio a un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido."(124). Dicho precio consiste en la entrega de dones, presentes u otras dádivas, o en aceptar promesas; pero la mayoría de autores concuerdan que estos ofrecimientos deben tener un contenido económico. Hay legislaciones que aceptan otras posibilidades como la actuación del funcionario por odio, amor ó la entrega de dádivas que incluyan cualquier tipo de satisfacción física o sentimental.<sup>4</sup>

Carrara define a este delito como: "La venta concluida entre un particular y el oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de éste, que por regla debería ser gratuito." (Torres Chávez, 535).

Maggiore dice que es "La aceptación hecha por un funcionario para sí o para un tercero, de una retribución no legalmente permitida." (535).

Para Aníbal Guzmán, autor ecuatoriano, el cohecho "es un acto delictivo que ataca al recto proceder propio del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones o cumplimiento de sus deberes, corrompiéndole o dañándole a base de dinero, dádiva o promesa..." (151).

Víctor Almeida concuerda en que es un delito que tiene por finalidad "reprimir la falta de probidad de los empleados de los órganos administrativos (ejecutivo, legislativo y jurisdiccional) y a la vez reprimir la infidencia de, la falta de confianza del empleado en el desempeño de su cargo..." (92).

Este delito tiene distintas denominaciones, en Portugal se lo conoce como "*peita, soborno, corrupcao*", en el antiguo derecho italiano se le llamó "*baratería*", los españoles y la mayoría de legislaciones americanas, incluyendo la nuestra, lo denominan cohecho; es en definitiva un acto de

---

<sup>4</sup> En el Ecuador sólo se acepta la tesis de dones o presentes con contenido económico.

corrupción y como tal ha sido susceptible de duras críticas por parte de juristas y doctrinarios, así lo observamos en la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de Colombia, que está reproducida en el libro de Alfonso y Carlos Gómez, y de la cual transcribimos un breve párrafo:

*"Figura el cohecho, sin duda, entre los delitos graves que atentan contra la Administración Pública. Es germen activo de descomposición social y se considera como ruina moral de las naciones, porque quienes han sido escogidos para preservar la moralidad pública y mantener la organización de la comunidad, para lo cual se les dota de excepcionales recursos, olvidan sus fundamentales obligaciones y vuelven su poder contra la sociedad misma. Desatan el desorden y conmueven las bases jurídicas y éticas del Estado. El funcionario o empleado que lo realiza desconoce los principios morales y legales que rigen su actividad, ordenadores de la forma como debe realizar sus funciones; y quien con él pacta la ilícita retribución, tiene bases seguras para desconfiar de la bondad y rectitud de las funciones públicas y de sus ejecutores y para continuar con el deterioro de la facultad oficial que se le ha vendido. El funcionario o empleado público que así se comporta "menoscaba el derecho y el recto funcionamiento de la Administración Pública"; por ello se suele omitir consideraciones sobre el daño o peligro patrimoniales."(275).*

Entrando al análisis del caso que nos ocupa, esto es, el juicio por "Delito de cohecho en grado tentado", es necesario realizar ciertas puntualizaciones con el fin de empezar a dilucidarlo y apreciarlo.

Según las definiciones doctrinarias expuestas en párrafos anteriores, el delito de cohecho se reduce a un acuerdo de compraventa, como lo manifiesta Carrara, entre el particular que propone y el funcionario público que acepta.

En este proceso en estudio, efectivamente según la denuncia presentada en una de las Fiscalías del Azuay por la Diputada Cevallos existió una propuesta de acuerdo por parte de Ayerve, para que esta funcionaria realice un acto ilegítimo inherente a sus funciones al abstenerse de votar, o para que vote en contra en la Sesión del Congreso que buscaba enjuiciar políticamente al Presidente Lucio Gutiérrez.

De lo manifestado y sin entrar todavía a un análisis de los requisitos para que se configure este delito, a simple vista podría decirse que por ahora los hechos manifestados en la denuncia de Cevallos se encuadran perfectamente en las definiciones doctrinarias que sobre el cohecho se han expuesto: existe un proponente, un funcionario público (aunque la calidad de funcionaria de la Diputada no se haya establecido con certeza todavía, ver punto 2.4.2. de este mismo capítulo), la proposición de un acuerdo en el que se entregarían áreas estratégicas para que la funcionaria obtenga réditos económicos a cambio de su voto en el Congreso.

### **2.3. Características del tipo penal y naturaleza jurídica.**

El cohecho es un delito bilateral, según criterio de la mayor parte de los autores, ello implica la concurrencia de dos sujetos: el corruptor y el que se deja corromper, en definitiva el particular (sujeto activo) y el funcionario público (sujeto pasivo). En opinión de Quintano Ripollés es el "delito "de dos" por antonomasia, en el que cada parte infringe un bien jurídico y responde a una revelación diversa: el corrompido, su obligación oficial de lealtad, su corruptor, la del normal desarrollo de las funciones públicas." (Torres Chávez, 529).

En este mismo sentido se lo llama también delito pluripersonal, de participación necesaria o de convergencia, generalmente se utilizan estos términos como sinónimos, aunque yendo al fondo se puede determinar que en verdad se trata de clases diferentes. Los delitos de

participación necesaria son una categoría más amplia que los delitos pluripersonales y requieren la existencia de varias conductas, independientemente de que todos los partícipes sean autores del delito; en cambio en los delitos pluripersonales siempre hay dos sujetos activos, no obstante según la doctrina alemana se debe dar un tratamiento distinto según el grado de participación de estos sujetos, así si se trata de un delito de conductas convergentes todos los individuos son autores y por tanto pueden ser penados, y si las conductas son contrapuestas, pese a haber participación, se pena sólo a uno de los sujetos.

Esta teoría puede parecer un tanto confusa, sin embargo nos ayuda a determinar la naturaleza jurídica de ciertos delitos complejos y explica la decisión de los legisladores en cuanto castigar la actuación de un solo sujeto, cuando para la consumación del delito se requiere la presencia de dos. La conducta del otro individuo estará, al parecer de esta legislación, sometida a las reglas generales de la participación y a las condiciones en que el hecho se suscitó.

Aplicando *mutatis mutandis* la teoría alemana a nuestro ordenamiento jurídico, encajaría perfectamente en el tratamiento dado en el Código Penal al delito de cohecho, sobretodo si optamos por la teoría de que es un delito pluripersonal. Nuestra legislación efectivamente contiene en el Título III del libro II del Código Penal, todo lo referente a los delitos contra la Administración Pública, y dedica el capítulo VII al cohecho, en estas normas pese a hablar de la concurrencia necesaria de dos o más sujetos, de acuerdo a la participación de cada uno, y a la posición que adopten, incurren en un tipo diferente de delito: cohecho activo, pasivo, agravado, etc. (Ver capítulo III).

Dentro del que caso que analizamos, el Juez de instrucción dictó sobreseimiento provisional del proceso y del imputado fundamentando su decisión en que el cohecho es un delito bilateral,

que requiere la proposición de un agente y la aceptación de otro para que el delito se consume. Más adelante se contradice porque asegura que el delito del funcionario consiste en admitir, y el del corruptor en ofrecer una dádiva, con lo que está aceptando que se trata de conductas diferentes.

Por lo tanto, me inclino por la tesis de que el cohecho es un delito bilateral o pluripersonal, en el sentido de que son necesarios dos sujetos para que se configure el tipo, no obstante haya que determinar la calidad en la que intervienen y su grado de participación; con esta afirmación aporto otros elementos de convicción respecto al caso Oscar Ayerve, más aún si tomamos como cierta la existencia de la propuesta de este individuo –sujeto activo–, única conducta que aparentemente podría castigarse.

En lo referente a la calidad de la Diputada como sujeto pasivo y por tanto ofendida, el criterio apunta más bien a que en este tipo de delitos es siempre el Estado como máximo ente regulador de la sociedad quien tendría esta calidad, aunque la norma exija la presencia de un funcionario público para que se pueda hablar de cohecho, es decir, de un sujeto que cumpla con funciones públicas por delegación del Estado (este tema se tratará con profundidad más adelante).

Por lo dicho, la presencia de la Diputada Cevallos como parte necesaria en la determinación de la existencia del delito, nos vuelve a confirmar que estamos frente a un ilícito pluripersonal, en el que es preciso analizar la participación de esta persona: al no haber aceptado la propuesta no puede ser sujeto de pena, por el contrario si lo hubiera hecho, se configuraría el delito de cohecho pasivo, que no es un tipo diferente del activo, sino una modalidad distinta cuyas características son las mismas.

Sin embargo de lo expuesto, muchas regímenes jurídicos lo tratan como dos delitos diferentes y describen la conducta de cada uno de los sujetos que intervienen como tipos distintos; lo cual se sustenta en el criterio de Francisco Muñoz Conde que concuerda en que el bien jurídico protegido es el mismo, aunque concebido desde un doble punto de vista: la violación del funcionario a sus deberes, y la consideración que todos debemos tener por el normal desenvolvimiento de la función pública; pero esto no implica que el cohecho es 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." (957).

Podría decirse también que el ordenamiento ecuatoriano trata al cohecho como dos delitos al describir la conducta del sujeto en tipos diferentes: cohecho activo, pasivo, de jueces.

No es fácil tomar una posición absoluta al respecto, en el ordenamiento ecuatoriano por un lado existen tipos distintos –el cohecho agravado– con penas distintas, y por otro el tratamiento para el cohecho activo y pasivo es el mismo, en cuanto a la pena por ejemplo, aunque con consideraciones diversas respecto a los sujetos que intervienen, al grado de participación y a la gravedad del resultado.

Algunos ordenamientos jurídicos lo conciben erróneamente como un delito de mera actividad, que se perfecciona con la aceptación de la promesa por parte del funcionario cuando hablamos de cohecho pasivo; en cambio, en el caso del cohecho activo, se consuma con la realización del ofrecimiento, por lo que ninguno de los dos tipos sería susceptible de tentativa.

Es también un delito doloso por excelencia, debe existir la intención del particular para corromper al funcionario, y de éste para realizar un

acto que vaya en contra del normal desenvolvimiento de sus funciones. En Ecuador no se admite la modalidad culposa en el cohecho, posibilidad aceptada en el ordenamiento argentino.

Volviendo al caso Ayerve, de las distintas versiones rendidas durante el proceso podemos determinar la intención con la que actuó este individuo, a continuación menciono algunas: El entonces asesor del Presidente de la República asevera en su declaración rendida ante el Fiscal y en las posteriores que se dieron durante el juicio, que el día 8 de noviembre de 2004 viajó a Cuenca en un avión de las Fuerzas Armadas para reunirse con el Gobernador de la Provincia Marcelo Batallas y resolver los incumplimientos que el Gobierno Central tenía con el Azuay y que estaban provocando malestar; sin embargo dice haber mantenido una reunión con el Gobernador sumamente corta, luego de la cual confirma que se dirigió a la oficina de la Diputada Cevallos para realizar una visita de "cortesía", e inmediatamente regresó a Quito. El Gobernador Batallas contradice a Ayerve al afirmar que se le comunicó de la llegada del asesor de la presidencia el día de los hechos; pero nunca se entrevistó con éste en esa fecha. Así mismo, existen varias versiones del Doctor Carlos Castro y de las asistentes de la Diputada que confirman la presencia de Ayerve en la oficina de la Diputada el 8 de noviembre de 2004. Los testimonios de las personas que estuvieron en la oficina de Cevallos (su hermano, dos de sus asesoras y dos colegas abogados) respecto a lo suscitado ese día y a la propuesta de Ayerve son concordantes y unívocos; entonces teniendo en cuenta que en el Ecuador el cohecho es siempre doloso, obviamente la actuación de Ayerve tiene que enmarcarse dentro de este supuesto.

Los requisitos comunes a este tipo de delitos son:

- 1.- Que exista un funcionario público en ejercicio de sus funciones, este siempre será el sujeto pasivo del delito.

2.- Que un sujeto cualquiera requiera del funcionario para que realice un acto relativo a sus funciones o se abstenga de realizar algo, dicho acto puede ser justo pero no sujeto a retribución, puede ser injusto, o que le solicite la comisión de un delito. Estamos frente al sujeto activo, que por lo general es un particular, pero bien puede ser otro funcionario público, como ocurre en el proceso que analizamos.

3.- Que exista el ánimo de corromper al funcionario para la realización de uno de los actos determinados en el numeral anterior, a través de hacer ofertas o promesas, entregar ú ofrecer dones o presentes.

En este numeral hay que hacer varias puntualizaciones, en primer lugar según nuestra legislación, es necesario que las ofertas o promesas, dones o presentes tengan contenido económico, como ya se mencionó al analizar las definiciones; por tanto lo entregado debe ser significativo y constituir el móvil del proceder del funcionario, se descarta entonces los regalos pequeños o de agradecimiento que aparentemente no tienen importancia monetaria, así como favores de orden sentimental o sexual. En este sentido el ordenamiento ecuatoriano no es del todo adecuado al desechar una serie de posibilidades que surgen con frecuencia en la realidad.

Al contrario de lo expuesto, hay ciertos casos en que efectivamente se entrega regalos de poco valor como reconocimiento al servicio del funcionario, si bien esta actuación no tiene razón de ser, está justificada por los usos sociales o costumbres; se debe por tanto recurrir siempre al ánimo con el que se entregaron los presentes, aunque continuamente nos enfrentemos a circunstancias muy relativas y de difícil apreciación.

4.- Que el acto o abstención caiga dentro de las funciones propias del funcionario público, dentro de su esfera de competencias, pues si está fuera podría configurarse más bien el delito de estafa por parte del funcionario.

## 2.4. El bien jurídico protegido.

A lo largo del tiempo han existido diversas teorías respecto al objeto de protección en los hoy denominados "Delitos contra la Administración Pública", producto de la necesidad de agrupar adecuadamente una serie de delitos que mantienen características comunes y de encontrar un único bien jurídico para todos ellos. Así inicialmente se pensó que este criterio podía ser la protección a los deberes de los funcionarios públicos, luego el correcto funcionamiento de la Administración y dentro de ello, como principio que contribuye a ese adecuado funcionamiento, la imparcialidad con la que debe actuar todo funcionario en la prestación de servicios públicos.

Para entender mejor este planteamiento es necesario revisar por un lado, nociones básicas respecto a lo que es la Función y Administración Pública, al funcionario público, y por otro, los distintos criterios mencionados respecto al bien jurídico protegido.

**2.4.1. La Administración y la Función Pública.-** La noción moderna de Administración está determinada por la naturaleza del acto administrativo, independientemente de si proviene de una institución pública. "La Administración aparece cuando se presenta el acto administrativo, es decir, el acto de gobierno, en cualquiera de las esferas de Poderes, y si el grueso de de la Administración lo encontramos en la actividad del Poder Ejecutivo, en el Legislativo y en el Judicial también nos hallamos ante actos de naturaleza administrativa y, por ende, ante la Administración." (Marienhoff, 41).

Joaquín Escriche dice que la Administración Pública es la "parte de autoridad pública que cuida de las personas y bienes en sus relaciones con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común, y ejecutando las leyes de interés general". (77, t. I)

La Función Pública según Cabanellas es la "Actividad, a la vez derecho (como síntesis de facultades) y deber (en tanto que inexcusable obligación), que cumple quien desempeña un cargo o ejerce real y efectivamente parte del Poder público, sea como autoridad, agente o auxiliar". (139, tomo IV).

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, de la que el Ecuador es suscriptor, dice que debe entenderse por Función Pública "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos."

A su vez la Constitución Política del Ecuador, se refiere en su Art. 118 a las instituciones del Estado, y luego en el inciso final dice que éstas instituciones conforman el sector público; aunque la redacción de este precepto no es del todo apropiada, pues se asimila a las instituciones estatales con el sector público, como si se tratara de lo mismo, nos ayuda a delimitar los organismos e instituciones que conforman la Función Pública. El artículo en mención dice: "Son instituciones del Estado: 1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativas, Ejecutiva y Judicial;..." (Constitución Política de la República del Ecuador).

Los organismos de la Función Legislativa son parte de la Función Pública por mandato constitucional y por tanto deben observar el principio de legalidad del Derecho Público, por el que no pueden "...ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley..." (Art. 119) (Principio de legalidad en derecho público).

Los conceptos arriba expuestos tienen importancia dentro de este estudio para comprender el marco dentro del cual debe manejarse los delitos contra la Administración Pública y su verdadero alcance; así mismo debo precisar que para el Código Penal se asimilan los

términos Administración y Función Públicas, aunque en la doctrina del Derecho Administrativo se puede encontrar diferencias.

**2.4.2. Los Funcionarios Públicos.-** Se los define como "El órgano o persona que pone en ejercicio el Poder Público." (Cabanellas 138, t. IV).

El Derecho Administrativo distingue entre funcionario y empleado público: "el primero es el que actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados, expresando, ante éstos, la voluntad de aquél; el segundo es el que, prestando servicios en la administración, no actúa con dicha delegación y lo hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma Administración." (Bielsa, p. 4 y 5).

La Convención Interamericana contra la corrupción también define al "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público" como "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos".

En ocasiones y para ciertas materias se utiliza como sinónimos los términos empleado y funcionario público, aunque su tratamiento sea diferente; el ordenamiento penal ecuatoriano dentro del capítulo que se está analizando "Del Cohecho", se refiere expresamente a los funcionarios públicos y a toda persona encargada de un servicio público, es decir, existe la distinción propia del Derecho Administrativo.

En relación a los funcionarios públicos la Constitución en sus artículos 120 y 121 dice en la parte pertinente a nuestro estudio que: "No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus

funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.” y el inciso segundo del artículo 121 “Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de 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 aún en ausencia de los acusados” (Constitución Política del Ecuador).

Entonces funcionario público es tanto el que ejerce parte de la Función Pública, como delegatario del Poder Estatal, así como los elegidos por votación popular y también los jueces, árbitros y miembros de un jurado.

Luego de los conceptos y normas transcritas, resulta indiscutible la calidad de funcionaria pública que tenía la Diputada Ana Lucía Cevallos al momento en que ocurrió la propuesta de corrupción por parte de Ayerve; además de la consecuente responsabilidad que tenía por sus actos en el ejercicio de funciones.

Respecto al asunto mencionado el punto 2.3. de este capítulo, al tratar sobre los elementos del delito de cohecho, se dejó planteada la incógnita sobre la calidad de sujeto pasivo y de ofendida de la Doctora Cevallos, pues se mencionó la tesis de que en este tipo de delitos el sujeto pasivo es el Estado; sin embargo si se acepta como válido el concepto de funcionario público de Cabanellas, transcrito en líneas anteriores, del cual se puede colegir que todo funcionario público ejerce en definitiva parte del “poder público” por delegación para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de los fines del Estado, sería delegatario también como ofendido en los casos en que el Estado tenga esa calidad. Por otro lado si la norma prevé la

participación imprescindible de un funcionario como sujeto pasivo que recibe una propuesta de corrupción, dicho sujeto es el directamente ofendido en cuanto es depositario del poder estatal y debe precautelar los intereses de toda la comunidad.

El criterio vertido en el párrafo anterior, fue manejado por la defensa del Oscar Ayerve a lo largo de todo el proceso, se llegó a mencionar incluso que al ser el Estado ecuatoriano el ofendido, se debía contar con la presencia del Procurador General del Estado, quien ejerce la representación judicial. Pese a lo lógica que puede resultar esta tesis, pienso que los funcionarios públicos son también delegatarios del poder estatal como ya mencioné, si bien debió contarse con el Contralor como agente llamado a intervenir dentro del juicio, ello no significa que la Diputada Cevallos no pueda intervenir como ofendida por las razones que ya expuse.

**2.4.3. Los deberes del funcionario público como bien jurídico.-** En un inicio la pauta para agrupar a este tipo delitos fue la presencia de un funcionario público, de ahí la necesidad de protección ante la posibilidad de abusos cometidos desde dentro por los propios funcionarios, pero este criterio resultaba insuficiente; aparece entonces la noción de proteger las actividades del funcionario en ejercicio de su cargo, “derivados de la especial relación que une a esos sujetos (funcionarios) con los órganos en los que se integran” (Rodríguez, 27).

Varios autores se pronunciaron por esta tesis considerando que estos ilícitos tienen una naturaleza profesional y administrativa, que implican una falta del funcionario a sus actividades. En definitiva, algunos tratadistas “caracterizaron los delitos previstos en este Título a partir de la infracción de los deberes propios del cargo, lo que les condujo a situar el núcleo del injusto en la lesión del principio de autoridad o en el prestigio de la Administración.” (27). Consecuentemente se centró el fundamento del ilícito en “la infracción de los deberes del cargo

derivados de la especial relación de sujeción que une a los funcionarios con el Estado.” (Rodríguez 32).

Esta teoría recibió una serie de críticas por parte de los doctrinarios: En primer término, se protegía la lealtad de los empleados hacia el Estado, o la dignidad del Estado mismo, lo que es propio de un Estado totalitario, pero incompatible con los principios del Estado Social de Derecho. Por otro lado, la tutela era únicamente a la relación Funcionario-Administración, y no se considera la otra cara de la relación, es decir, la que nace entre la administración y los ciudadanos. La infracción a los deberes del funcionario es insuficiente, pues carece de razón necesaria para la sanción penal, es preciso que se ponga en peligro o se lesione un bien jurídico protegido, que tenga importancia más allá de la trasgresión disciplinaria: “los principios o valores cardinales para el correcto ejercicio de la función pública.” (Rodríguez, 32). Finalmente, se decía que al equiparar la infracción disciplinaria con la penal, se desconocía la razón de ser de la intervención penalista, que sólo se justifica cuando se quebranta un bien jurídicamente protegido.

Bacigalupo (autor citado por María José Rodríguez Puerta) añadió otros elementos a esta tesis que empezaron a cambiar el punto de vista, sostuvo que además de infringir los deberes del cargo, se pone en peligro otro bien jurídico: “la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo y judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho.” (Rodríguez, 28).

**2.4.4. El correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico protegido.-** Bajo este concepto se trata de agrupar a todos los delitos que afectan el funcionamiento de la Administración y violan los principios fundamentales inherentes a cada una de las actividades que realiza el Estado (principio de legalidad, de eficacia, de jerarquía, de coordinación), es decir, a los servicios que presta a

los ciudadanos en el marco de un *Estado Social y Democrático de Derecho*.

El problema en este caso surge con respecto a lo que debe entenderse por "Función o Administración Pública", aparentemente podría ser únicamente la desarrollada por la función ejecutiva, debido al concepto doctrinario de la división de poderes del Estado, pero para el ordenamiento penal, esta división resulta inaplicable, en consecuencia dentro de estos ilícitos están incluidos los que van en contra de la función legislativa y la jurisdiccional. El fraccionamiento de los poderes del Estado ha caído en desuso, justamente por las dificultades que en muchos sentidos presenta su separación, sigue siendo válido en lo que tiene que ver con la no subordinación e independencia en la toma de decisiones.

La mayoría de estudiosos del tema opinan que la Ley Penal se refiere a "Función Pública" en sentido general, según María José Rodríguez "los delitos contra la Administración pública comprenden tanto los ataques a la actividad administrativa, en sentido estricto, como los dirigidos contra otras actividades públicas, la legislativa y excepcionalmente también la judicial." (39).

Octavio Toledo definió a la Función Pública como el "conjunto de funciones que desempeña el Estado para la consecución de sus fines; en la que estarían comprendidas tanto la actividad legislativa, judicial como la administrativa." (Rodríguez 29). En opinión de Rodríguez *esta es la forma más adecuada de interpretar este conjunto de delitos*, y así es, pues se está considerando la actividad del Estado como un todo dirigido a obtener fines colectivos y de servicio a toda la comunidad, no se protege la integridad o el buen nombre de los organismos estatales, sino sus potestades, de acuerdo a los principios constitucionales propios de un *Estado Social de Derecho*.

**2.4.5. El principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho.-** Las otras teorías respecto al bien protegido son comunes a todos los delitos contemplados en el Título III del Libro II del Código Penal del Ecuador, la tesis que expondré a continuación es aplicable sólo a los delitos de cohecho, es más bien una consecuencia lógica de la consideración sobre el correcto funcionamiento de la Administración como bien tutelado en estos ilícitos y en los demás de este Título, producto de las concepciones modernas de administración propias de los regímenes democráticos.

En todas las modalidades de cohecho el elemento común es el posible acuerdo que puede darse entre el particular y el funcionario, que provocaría una actuación "parcializada" de este último en favor de una persona, desatendiendo el interés público.

La protección al desempeño de las actividades de la función pública, cuando responde a la noción de una Administración que presta servicios a la comunidad, debe estar subordinada a los principios constitucionales y al Derecho en general. Bajo este supuesto lo que se protege realmente es la imparcialidad con la que debe actuar todo funcionario público en el desempeño de su cargo.

Esta consideración, sin embargo, conlleva el problema de separar la actuación del particular y la del funcionario de acuerdo al grado de participación y responsabilidad en un delito de esta naturaleza; para muchas legislaciones la pena para el corruptor debe ser menor a la que se impone al funcionario, pues quien en verdad está violando el principio de imparcialidad es este último, si bien el particular busca un beneficio, no lo corresponde a él realizar un acto público apegado a Derecho e imparcial.

Por otro lado cuando estamos frente a actos administrativos propios del cargo, pero no sujetos a retribución (de naturaleza reglada), no precisamente se viola el principio de imparcialidad, pues este acto

sería imputable sólo al funcionario y constituiría más bien un abuso de poder. En cambio cuando la solicitud está encaminada a obtener que el funcionario se abstenga de ejecutar un acto, que realice una práctica injusta o que cometa un delito (actos discrecionales), si mutila la imparcialidad. La diferencia radica en que en el primer caso no existe una decisión por parte del servidor público, porque se trata de conductas determinadas o regladas; mientras que el segundo supuesto, se manifiesta la voluntad del funcionario, es decir, el funcionario decide optar por un camino sobre el que tiene facultad de intervenir pero es contrario a Derecho.

Desde este punto de vista, la española María José Rodríguez Puerta, autora citada anteriormente, opina que la única manera en que se justifica la inclusión de actos reglados como delito en el capítulo del cohecho, es cuando se los toma como formas derivadas y agravadas del tipo básico.

La legislación ecuatoriana otorga la misma pena al particular que al funcionario público (artículo 290 del Código Penal), el tratamiento para ambos sujetos es el mismo, por lo que, a mi criterio, no existe diferencia entre actos reglados y discrecionales, por lo menos desde el punto de vista del castigo, aunque conceptualmente pueda hacerse esta diferencia.

El principio de imparcialidad como bien jurídico protegido, es otro punto a favor de la consideración de ofendida de Ana Lucía Cevallos, según esta tesis la propuesta de corrupción implicaba la realización por parte de la funcionaria de un acto discrecional, que de darse quebrantaba el mencionado principio, además corrobora la obligación de todo funcionario de dirigir su actuación conforme a los principios que gobiernan al Estado.

A lo largo del capítulo se han establecido los distintos elementos que debe reunir el delito de cohecho para ser tal, se ha definido lo que es

la Administración Pública y lo que debe entenderse por funcionario público, así también se expusieron distintas teorías sobre el bien jurídico protegido dentro de los delitos contra la Administración, la última –sobre la imparcialidad- parece ser la más lógica al considerar la actuación tanto del sujeto activo, como la del pasivo, pues ambos violan el principio de imparcialidad desde perspectivas diversas, ello permite analizar la conducta de cada individuo en tipos diferentes e imponer una pena según el grado de participación. Luego de lo dicho se vuelve muy fácil colegir que efectivamente el caso Cevallos Ayerve, cumple con todos los requisitos de un delito de cohecho, conforme queda demostrado por los argumentos presentados.

## **BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO II.**

- ALMEIDA SÁNCHEZ, Víctor, Interpretaciones, Interrogantes y Aplicaciones Penales, Tomo I y II, Ecuador, Imprenta Poligráfica; 2002.
- BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo III, Sexta Edición, 1964.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico de Derecho Elemental, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo IV, 1997.
- CREUS, Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961.
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1977.
- GOLDESTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Edición, 1983.
- GÓMEZ, Alfonso y Carlos Arturo, Delitos Contra la Administración Pública, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2004.
- GUZMÁN LARA, Aníbal, Diccionario Explicativo del Derecho Penal, Tomo I y II, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Segunda Edición, 2002.
- MARIENHOFF, M.S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Segunda Edición, 1965.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2001.
- PÉREZ BORJA, Francisco, Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tomo II, Quito, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, El delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- TORRES CHÁVEZ, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Libro II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978.

### **CAPÍTULO III: MODALIDADES DE COHECHO Y ELEMENTOS DE CADA TIPO.**

En el capítulo anterior quedó establecido que el cohecho es un delito bilateral que sanciona tanto al corruptor como al que se deja corromper; el ordenamiento jurídico ecuatoriano tipifica estas conductas en tipos diferentes “mas no independientes el uno del otro pues para que exista cohechado es indispensable el cohechador, cuya definición es la de aquél que cohecha o soborna a un funcionario público” (Gaceta Judicial, S. XVI, No. 2, 316).

En opinión de María José Rodríguez Puerta, la distinción que hace la mayoría de la doctrina entre cohecho activo y pasivo no es del todo acertada pues otorga al funcionario público una actitud siempre pasiva y al particular una activa; pero “si bien es cierto que el funcionario comete cohecho cuando acepta la oferta de una ventaja hecha por un particular, no es menos cierto que en numerosas ocasiones no se limita a recibir la ventaja, sino que lleva a cabo una conducta activa, solicita del particular su entrega” (153).

En otros ordenamientos se admite la posibilidad de que el funcionario sea quien proponga el acto de corrupción al particular, entonces tendría una posición activa (Este caso en la legislación ecuatoriana encajaría bajo la figura de concusión prevista en el Art. 264 del Código Penal). Además dice la autora arriba citada que la clasificación entre cohecho pasivo y activo, hace presumir la existencia de dos delitos diferentes, cuando en verdad se lesiona un mismo bien jurídico protegido: la imparcialidad que preserva a su vez el buen funcionamiento de la Administración.

Estamos ante una situación en la que intervienen dos sujetos y sus actuaciones merecen tratamiento diferente; pero el delito es el mismo, tanto si la propuesta es aceptada por el funcionario, como si se va a penar solo la conducta del particular porque el funcionario rechazó la dádiva. Por último esta distinción influye en la valoración del desempeño de cada uno, pues podría pensarse que la actividad pasiva del funcionario es menos

censurable que la activa del particular, cuando en verdad el funcionario es pieza indispensable para la comisión de este delito. En consecuencia esta autora se pronuncia más bien por la distinción entre cohecho desde el punto de vista del particular y cohecho desde el punto de vista del funcionario.

Sin embargo de lo manifestado, y pese al acertado criterio de Rodríguez Puerta, hay que reconocer que toda clasificación tiene por finalidad facilitar el estudio y sobretodo describir las características distintivas de aquello que es objeto de análisis, en nuestro caso de una conducta delictiva. Por ello he preferido apegarme a la clásica distinción doctrinaria entre cohecho activo y pasivo.

En este apartado trataremos entonces sobre las distintas modalidades de cohecho aceptadas tácitamente en nuestra legislación, las características propias de cada tipo y los elementos que deben reunir.

### **3.1. El cohecho pasivo.**

El cohecho pasivo es el cometido por el funcionario público, entendido este en los términos que se señaló en el capítulo anterior, es decir, como todo el que presta un servicio público y ejerce por tanto representación y delegación de parte del poder estatal. Por otro lado también se estableció, conforme a los preceptos constitucionales, a los de la Convención Interamericana contra la Corrupción y a criterios doctrinarios, que funcionario público es también el elegido por votación popular además de los jueces, árbitros y miembros de un jurado. (Ver punto 2.4.2., capítulo II).

**3.1.1. Cohecho pasivo propio e impropio.-** El Código Penal ecuatoriano hace relación a esta figura en los artículos 285 al 289, considerando las distintas posibilidades de comisión de este delito por parte del funcionario público.

Así, nuestra legislación reconoce tres especies distintas dentro del cohecho pasivo, a continuación un breve análisis de cada una:

a) En el primer supuesto se mencionan varias posibilidades, el inciso primero del artículo 285 nos dice que es cohecho el acto perpetrado por "todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución..."

Podríamos señalar como elementos de este delito los siguientes: El artículo se refiere a actos que se realizarán a futuro, cuya realización es consecuencia de la aceptación ("...el que aceptare...") de una oferta o promesa, o la recepción de dones o presentes. Por "Oferta" se entiende la promesa de dar o hacer algo; por "promesa" la voluntad de hacer algo en beneficio de otro; "don" es sinónimo de dádiva, presente u obsequio; y "presente" es sinónimo de regalo.

Estas promesas u ofertas, dones o presentes deben tener contenido económico como ya se mencionó en algún momento a lo largo de este trabajo, deben también constituir el móvil de la actuación del funcionario, ello implica que el funcionario está de acuerdo y acepta el pacto que le están proponiendo, sobre todo cuando estamos ante la posibilidad de que los beneficios recibidos vayan en favor de una tercera persona. En este sentido dice Cuello Calón "Si no hay dádiva o promesa no hay delito. Si el funcionario realiza el acto constitutivo de delito cediendo a ruegos o súplicas, o movido por odio o simpatía o por otro móvil que no fuere de lucro, no hay cohecho" (371). El ordenamiento ecuatoriano concuerda con el español en este punto, en contraposición con otros regímenes que admiten un contenido sentimental o de otra índole a las ofertas o presentes dentro de este ilícito –el alemán, por ejemplo-. Es irrelevante que la recepción de los dones se realice antes o después de la comisión del delito, pues la consumación se produce con la aceptación.

Es también indispensable que el acto solicitado caiga dentro del ámbito de competencia del funcionario, pues si está fuera habría más bien estafa, en razón de la falsa expectativa generada en el particular respecto al cumplimiento de la oferta.

Debe manifestarse la intención delictiva, constituida por la conciencia del funcionario de que le están entregando los dones o presentes justamente en razón de su cargo y de que va a obtener un beneficio por un acto no retribuido.

El caso descrito en el primer inciso del artículo 285 es lo que se conoce con el nombre de cohecho pasivo impropio y es justamente por el que se le acusaba a Oscar Ayerve en relación con el artículo 290, que tipifica el cohecho activo. En definitiva, la propuesta en este caso iba a encaminada a que Ana Lucía Cevallos cometa un acto justo en el ejercicio de su cargo, que no estaba sujeto a retribución: que vote en contra del enjuiciamiento político al ex Presidente Gutiérrez.

La pena para este delito es de prisión y puede ir de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares, a más de restituir el duplo de lo percibido. Sobre este punto concuerdo plenamente con el criterio de Efraín Torres Chávez, el cual transcribo, me permití cambiar los valores en razón de que las multas se encuentran ahora en dólares:

*“La multa de ocho dólares, en un delito de cohecho, es verdaderamente risible. ¿Qué sentido tienen estas multas enanas? ¿castigo? ¿intimidación? ¿impuesto? ¿daño material devuelto al Fisco por la inversión estatal en la administración de justicia? ¿la multa añadida hizo rebajar la prisión? Mientras más preguntas se hagan las respuestas formarán una barrera de rechazo para estos juegos de vieja legislación penal. Aún el más elemental sentido de proporción, en el aspecto retributivo de la sanción, hace obligatorio un nuevo análisis de la multa, como pena.”*

No cabe extenderse en comentarios, si estamos ante uno de los peores actos de corrupción y de los que mayor daño causa al buen funcionamiento de la Administración, es inconcebible que se apliquen multas que no se corresponden en lo absoluto con el mal causado.

b) En el segundo inciso de este mismo artículo se contempla otras alternativas, conocidas como cohecho pasivo propio, en este caso “por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación”. Las dos conductas mencionadas deben cumplir con los mismos requisitos señalados para el inciso primero del artículo 285, aunque estamos ante dos actuaciones distintas; en el primer supuesto el funcionario debe ejecutar un acto injusto, pero sin que llegue a ser delito, un acto contrario a los deberes del funcionario y a la Ley. El segundo se refiere a una conducta pasiva, a un no hacer algo que el funcionario estaba obligado a realizar, esta conducta tampoco debe constituir delito y se configura el cohecho aunque la falta de actuación del funcionario “...no cause perjuicio ni a la causa pública ni a tercero, siempre que estuviere obligado a obrar conforme a los deberes de su cargo.” (Cuello Calón, 375).

El artículo 286 trata otro caso de cohecho pasivo propio “Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que, por ofertas o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes...”. La diferencia con el segundo inciso del artículo 285 radica en que en este caso hablamos de acciones u omisiones ya realizadas, no de actos futuros.

Finalmente las penas varían según la naturaleza, así si el acto encaja en cualquiera de los casos del segundo inciso del artículo 285 la pena de prisión es de uno a cinco años y multa de seis a treinta y un dólares, y la restitución del triple de lo recibido. En el artículo 286 se prevé una pena mayor, tres a seis años de reclusión menor, y multa de dieciséis a setenta y siete dólares, evidentemente se trata de un delito de mayor gravedad.

c) En el artículo 287 se describe otra modalidad de cohecho pasivo propio, más grave que las anteriores si el funcionario "...ha aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes por cometer, en el ejercicio de su cargo, un delito." Estamos frente a un caso de cohecho pasivo propio porque el fin de la corrupción es que el funcionario público cometa un delito, aunque no es necesario que se realice el acto delictivo, pues el delito se consuma con el acuerdo al que llegan el particular y el funcionario, por tanto tampoco importa si los bienes ofrecidos se entregaron.

En este evento habría concurrencia de infracciones, por un lado existe el delito que el funcionario cometió movido por la dádiva que recibiera, y por otro, se configura el delito de cohecho pasivo propio.

Otros autores como Etcheverry consideran como cohecho propio, justamente lo contrario, es decir, el que comete el funcionario ya sea realizando actos propios de su cargo, absteniéndose de ejecutar un acto. La mayoría de doctrinarios y legislaciones acepta la primera clasificación que hemos propuesto, aunque sea de manera tácita como mencionamos.

**3.1.2. El cohecho agravado.-** El Código Penal ecuatoriano se refiere en el artículo 288 a una especie diferente de cohecho, que generalmente se lo denomina cohecho agravado, aunque en verdad es otra modalidad del cohecho pasivo propio. Los elementos que debe reunir este tipo son los mismos señalados en líneas anteriores para el cohecho pasivo; pero con la diferencia que en este caso quien comete el delito es un juez, jurado, árbitro o componedor.

El artículo 288 dice: "El juez, el árbitro o componedor, el jurado que se hubiere dejado cohechar o sobornar, serán reprimidos con cuatro a ocho años de reclusión mayor y privación del ejercicio de la abogacía en su caso". Nuestra legislación no prevé la existencia de componedores, por lo que se presume que este término se utilizó como un sinónimo de árbitro.

Estamos frente a un tipo que parte de la aceptación del ofrecimiento, se presume que el delito se cometió y por tanto puede ser probado; en definitiva cualquiera de las otras formas de cohecho pasivo, tanto el propio como el impropio, puede ser cometida por los sujetos mencionados en este artículo, pero la pena es diferente por la calidad que ostentan y porque en sus manos está la administración de justicia.

La pena va siempre de cuatro a ocho años de reclusión mayor, no se hace diferencia respecto a la gravedad del delito, también se establece la privación del ejercicio de la abogacía, se supone que todos los sujetos mencionados en el artículo 288 son abogados. El artículo 289 complementa la pena con una multa, la cual es "igual al triple del dinero o valor de la recompensa..." y luego establece que esta multa no podrá, en ningún caso, ser inferior a ocho dólares.

Este tipo penal suele confundirse o mezclarse con el delito de prevaricato, si bien en el delito de cohecho, el Juez (en general todos los sujetos mencionados en el artículo 288) suele cometer también el de prevaricato, se diferencia porque en este último el móvil no es una recompensa. Según Quintano Ripollés, autor citado por Efraín Torres Chávez, es esencial determinar la entidad de los móviles en el prevaricato, y dice que los "de lucro están excluidos porque de concluir, convierte la prevaricación en cohecho, delito que, por ser de la misma naturaleza no me parece que pueda concurrir con las prevaricaciones a pesar de la opinión en favor de esta concurrencia emitidas por Cuello Calón y por alguna jurisprudencia. El cohecho absorbe a la prevaricación en las modalidades en que es de mayor categoría penal que ésta." (Torres Chávez, 526).

### **3.2. El cohecho activo.**

El artículo 290 del Código Penal contiene la figura doctrinariamente conocida como cohecho activo:

*“Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes, a un funcionario público, a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio, aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar.”*

El cohecho activo es el cometido por el particular, sujeto activo de este modalidad puede ser cualquier persona, pero también puede ser otro funcionario público, ello se desprende claramente de la redacción del artículo 290 que comienza con la frase “Los que hubieren...” sin determinar persona específica, o sea cualquiera.

Luego el artículo habla de “haber compelido por violencias o amenazas, dones o presentes...”, bien puede entonces el funcionario público haber actuado por temor o coaccionado, en cuyo caso no sería responsable del acto; sin embargo como en todas las circunstancias en que existe fuerza, es muy difícil de probar, además por lo general en un delito de cohecho lo que mueve la actuación del funcionario es la dádiva.

Este tipo se refiere a hechos consumados y considera las distintas posibilidades de cohecho por parte del funcionario para castigar con igual pena al particular corruptor, a más de la prohibición de devolver el objeto de la corrupción constante en el artículo siguiente (artículo 291). El autor español Francisco Muñoz Conde señala que si el ofrecimiento va encaminado a que el funcionario cometa un delito, el particular tendría responsabilidad en la comisión de este acto como autor o cómplice, pero siempre y cuando tenga conciencia de que el acto es delictivo. Desde mi punto de vista el corruptor debería ser siempre responsable como partícipe del delito que se cometió, se vuelve muy complejo determinar si sabía o no que el acto solicitado era delito.

El bien jurídico protegido en esta modalidad sigue siendo el correcto funcionamiento de la Administración Pública sobre la base del deber de imparcialidad; si bien el funcionario es quien debe cumplir con este deber en forma directa, el particular tiene la obligación de respetar y no interferir en la actuación del titular de la función pública.

Lo que se pena en este caso es la intromisión de un tercero ajeno al aparato burocrático, en las actividades propias de la Función Pública, al utilizar medios que no están considerados como legales o legítimos para alcanzar un beneficio que normalmente no hubiera conseguido. Sin embargo de lo dicho, hay legislaciones -la española- que en ciertas circunstancias dejan exento de pena al particular en el supuesto de que sea el funcionario quien propone el acuerdo; situación que me parece de difícil comprobación, normalmente en este delito existe un proceso de negociación que pasa por distintas etapas, luego de las cuales la determinación de quién propuso el pacto resulta muy complicada.

En opinión de Muñoz Conde, en el cohecho activo caben las formas imperfectas de ejecución, es decir, es susceptible de tentativa, cuando el cohechador propone y el funcionario no acepta. Igual criterio tiene María José Rodríguez Puerta que dice: "No obstante cuando la oferta del particular no es aceptada, sólo responderá penalmente éste...Esta concreta modalidad delictiva -tentativa unilateral de cohecho del particular- constituye un tipo de participación necesaria en el que, pese a intervenir dos sujetos, solo es punible la conducta de uno de ellos..." (290).

Retomando el caso Cevallos-Ayerve, el Segundo Tribunal Penal del Azuay en la sentencia realiza un análisis del cohecho pasivo y activo, y determina que se trata de un delito bilateral que sanciona la actuación del corruptor y de quien se deja corromper en tipos distintos más no independientes. La sentencia dictada en esta causa, se sustenta en múltiples opiniones de tratadistas del Derecho Penal, y fortalece la hipótesis defendida en este trabajo.

Como señalé antes, el artículo 290 fue la base desde la cual partió la acusación a Oscar Ayerve en concordancia con el artículo 285, debido a que el delito no se consumó se enjuició y condenó a este sujeto por “delito de cohecho en grado tentado”. Aunque este será el tema de análisis en el capítulo que viene, es preciso, mencionar que pese a que el delito descrito en el artículo 290, hace alusión a hechos consumados, bien podría hablarse de tentativa en el cohecho.

Efectivamente, el cohecho en grado tentado, no es figura típica en nuestro Código, no existe un tipo específico que se refiera a la tentativa de cohecho, como tampoco encontramos para la tentativa de otros delitos como el asesinato o el aborto, posibilidades que se rigen por la aplicación de las normas generales constantes en los artículos 16 y 46 del Código Penal.

### **3.3. El tipo subjetivo.**

El delito de cohecho tiene una serie de elementos subjetivos, a más de las características objetivas que ya se señalaron.

Tanto el cohecho activo como el pasivo tienen como característica común el que no es necesario que el acto objeto de la corrupción llegue a realizarse; ello le otorga una serie de particularidades que son esenciales para subsumir los actos de ambos sujetos en el delito, las mismas que tienen que ver especialmente con la intención del sujeto de obtener un segundo resultado.

**3.3.1. El elemento subjetivo principal: El Dolo.-** Dentro de los elementos subjetivos de este tipo, el principal es el dolo, como ya se mencionó en el algún momento, el cohecho es un delito esencialmente doloso, no se admite la modalidad culposa, este es un presupuesto lógico porque siempre la intención de ambos autores va encaminada a obtener un resultado que es consecuencia del acto de corrupción. Aunque algunas legislaciones admiten una modalidad culposa, se trata más

bien de la falta de alguna de las formalidades propias de cada tipo de cohecho, pero en este caso no exactamente estamos ante una actuación culposa, que implicaría haber causado un daño por descuido, imprudencia o negligencia, mas no buscando el resultado.

Se han expuesto a lo largo de este trabajo varios conceptos sobre el dolo, en el primer capítulo se hizo referencia a que este constituye una de las dos manifestaciones de la culpabilidad, y que según el criterio de Cabanellas dolo era sinónimo de "intención criminal", por tanto es necesario que el dolo esté presente en todos los elementos de este delito, es decir, el funcionario debe estar consciente de que actúa como tal, que el acto cae dentro del ámbito de su competencia y conocer la naturaleza del acto que el particular le solicita, ya sea que tenga una connotación delictiva, justa, injusta o se trate de una abstención; de igual manera debe estar presente en la intención del proponente.

La mayoría de la doctrina se pronuncia por la tesis de que no cabe el dolo eventual en este tipo de delitos, el dolo eventual significa que "el autor quiere un resultado, que, aun no cierto, sea probable o posible" (Cabanellas, 311). La autora española citada en varias ocasiones, María José Rodríguez, dice que puede existir cohecho con dolo eventual cuando "el funcionario conoce que intenta, o lleva a cabo, un pacto con el particular para transaccionar con las funciones públicas, y se compromete además a cumplir lo pactado, esto es, a adoptar el acto en sentido acordado, con independencia de que para ello deba contrariar las normas que regulan su actividad o incluso cometer un delito." (250).

Esta tesis puede resultar confusa, en realidad lo que habría en estos casos sería un error respecto al tipo, o ausencia de alguno de los elementos constitutivos del delito, pero no puede hablarse de dolo eventual en el cohecho.

**3.3.2. La intención de practicar el acto objeto del cohecho como elemento subjetivo.-** Si bien tanto el funcionario como el particular buscan la realización de un acto propio del cargo –acción típica-, la posición de uno y otro es diferente, pues al funcionario compete la realización del acto, mientras el particular propone y no puede intervenir en la realización, esto acarrea consecuencias distintas para cada sujeto.

De ahí lo lógico de la legislación ecuatoriana, al otorgar un tratamiento diferente a la actuación de cada una de las partes en varios tipos de cohecho; y es más adecuado aún el criterio de otros ordenamientos, al considerar como posible la tentativa dentro de este delito. Sin estos argumentos, no sería posible que casos como el que ahora se analiza, sean penados por poner en peligro el bien jurídico protegido.

Es necesario además, considerar dentro de este elemento dos posibilidades: La primera cuando el funcionario no cumple con lo pactado, en cuyo caso, pese a haber existido la oferta o incluso haberse entregado la dádiva, no se tipificaría el delito de cohecho, sino más bien el de estafa como señalé. La segunda cuando el funcionario promete realizar un acto que está fuera del ámbito de sus funciones, que tendría la misma connotación.

**3.3.3. El error sobre uno de los elementos típicos.-** Para las legislaciones que aceptan la teoría del dolo eventual, todo error podría solucionarse a través de este criterio, empero debido a la falta de concordancia sobre el tema, es necesario analizar dos casos de error: sobre el carácter delictivo del acto y sobre el carácter injusto del acto contrapartida de la dádiva.

a) El error sobre el carácter delictivo del acto contrapartida de la dádiva.- Dentro de este supuesto hay así mismo dos posibilidades: La primera cuando el funcionario cree que va a cometer un delito y en

verdad sólo se trata de un injusto, en cuyo caso se debería juzgar al infractor por la modalidad efectivamente cometida (artículo 13 del Código Penal), sin considerar las circunstancias agravantes sobre las que el funcionario cometió el error. La segunda cuando el funcionario cree que realiza un acto injusto y se trata de un delito, esto ocurre cuando el funcionario cree cometer el tipo básico y lo que comete es el tipo agravado. Este error se resuelve aplicando la modalidad perseguida y no la cometida o aplicando el principio de culpabilidad material, por el que se debe tomar en consideración las características precisas de la acción o del autor, buscar el por qué de la imputación.

Todas las situaciones descritas implican al final error en el tipo, pues existe una confusión en los elementos normativos del tipo.

b) El error sobre el carácter injusto del acto contrapartida de la dádiva.- En este caso el particular ofrece la dádiva pensando que se trata de un hecho conforme a derecho, cuando resultó ser ilegal, este error se resuelve igualmente excluyendo la circunstancia agravante, y la modalidad de cohecho a aplicar sería la que en verdad cometió.

### **3.4. El cohecho en otras legislaciones.**

El cohecho es un delito duramente castigado en la mayoría de legislaciones, el rechazo social por este tipo de actos, ha obligado a que el legislador busque, a través de la tipificación de múltiples conductas, frenar la utilización de una función pública para beneficio personal.

A continuación realizaré un breve análisis de algunos ordenamientos jurídicos, con el propósito de establecer la similitud conceptual que existe entre los distintos regímenes respecto a este delito, así como las diferencias que puede haber en cuanto a los requisitos y las penas.

El Código Penal de Colombia, describe el cohecho en apenas tres artículos, en los que se diferencia expresamente las modalidades de cohecho propio e impropio, así como el cohecho "por dar u ofrecer" (que sería el cometido por el particular, es decir, el cohecho activo); las penas de privación de la libertad son muy similares en los tres casos previstos, no existe una modalidad agravada, ni se menciona como en el Código ecuatoriano a otros sujetos como los árbitros, jueces, etc., se habla solamente de funcionarios públicos en general, también se impone la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, esta sanción no está considerada en nuestro ordenamiento, excepto para el cohecho cometido por funcionarios judiciales. Además las multas aplicadas son mucho mayores que en nuestro país.

El régimen argentino, es similar al nuestro en cuanto a la protección de la institucionalidad, pero tiene algunas diferencias porque admite la posibilidad de que sea el funcionario quien proponga el acto de corrupción, por otro lado la descripción de lo que doctrinariamente se conoce como cohecho activo (el cometido por el particular o el corruptor en general) se realiza en varios artículos y admite diversas posibilidades, en estos preceptos se menciona la posibilidad de corromper a través de objetos de "valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas" (artículo 258 del Código Penal argentino), se acepta entonces, que el ofrecimiento no necesariamente debe tener un contenido económico como se exige en nuestra legislación.

El ordenamiento alemán, considera como corruptela a lo que nosotros hemos llamado cohecho pasivo, es decir, al que comete el funcionario público y, como cohecho al cohecho activo, al cometido por el particular. Dentro de esta distinción existen varias modalidades, unas más graves que otras, las penas incluyen básicamente privación de la libertad y multas. En cuanto a los sujetos activos, se menciona a "titulares de cargos" (funcionarios públicos), árbitros y jueces, así como soldados del ejército federal. La enumeración de los posibles sujetos de

corrupción es mucho más amplia en la legislación alemana que en la ecuatoriana, al mismo tiempo al haber una enumeración taxativa, se corre el riesgo de restringir la participación de otros individuos que pueden y deben ser considerados Funcionarios Públicos. En este sentido la redacción de nuestro articulado me parece más adecuada. El Código alemán establece además con mucho acierto, que la tentativa es punible, tanto para los actos cometidos por el corruptor, como por el funcionario público.

Finalmente para terminar con esta exposición, me referiré al ordenamiento español, que es muy similar al nuestro en cuanto a la redacción y al objeto de protección –la imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública–. Básicamente varía en cuanto a las penas, que a más de las privativas de libertad y de la restitución del triple de lo recibido, contemplan la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, según la gravedad del hecho. Como ya mencioné, en el Ecuador solamente cuando estamos ante el cohecho cometido por jueces, árbitros, en fin, se impone una sanción similar, se inhabilita al sujeto para ejercer la abogacía.

Luego del análisis de los distintos tipos de cohecho, es evidente la dependencia que existe entre el cohecho y otros actos, por ello me permito transcribir, una vez más la expresión de Quintano Ripollés que opina que este delito:

*“tiene a la luz de la ciencia penal características tan poco acusadas que hasta puede dudarse de su sustantividad. En él, al menos en sus formas más graves, no hay una actividad criminal definida, debiendo operar forzosamente sobre otro acto concreto, en el que se apoya la nueva responsabilidad.*

*La subordinación del cohecho al acto es, pues, absoluta, y lo que da contenido a la responsabilidad es el lucro proveniente de otra persona, no el que por sí sólo pudiera obtener el agente. De donde resulta que*

*más que delito sustantivo, el cohecho parece forma de ejecución de otros delitos y aun de actos delictivos, sobre los que opera creando responsabilidades nuevas.”(Torres Chávez, 529).*

En verdad estamos frente a un delito de difícil determinación, incluso puede en algunas ocasiones tomar la apariencia de un negocio jurídico lícito, su naturaleza ligada siempre a diversas actuaciones provoca la confusión y en muchos casos la coexistencia con otros delitos como la estafa, el tráfico de influencias, el prevaricato, en fin. Casi siempre al hablar de un caso de cohecho, encontramos dentro de él otros tipos penales que, o bien no pueden concurrir con el cohecho y se descarta la existencia de este último, como ocurre con la estafa o el tráfico de influencias; o bien, estos otros delitos coinciden o coexisten con el de cohecho, estamos entonces ante un concurso de delitos que genera más de una responsabilidad (esta situación se resuelve con la aplicación de las normas constantes a partir del artículo 81 del Código Penal).

### **BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO III.**

- ALMEIDA SÁNCHEZ, Víctor, Interpretaciones, Interrogantes y Aplicaciones Penales, Tomo I y II, Ecuador, Imprenta Poligráfica; 2002.
- CREUS, Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961.
- ETCHEVERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tomo V, Editora Nacional Gabriela Mistral.
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1977.
- GÓMEZ, Alfonso y Carlos Arturo, Delitos Contra la Administración Pública, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2004.
- GUZMÁN LARA, Aníbal, Diccionario Explicativo del Derecho Penal, Tomo I y II, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Segunda Edición, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2001.
- PÉREZ BORJA, Francisco, Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tomo II, Quito, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, El delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 1999.
- TORRES CHÁVEZ, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Libro II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978.
- [www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/codigos\\_nacionales/CP\\_aindice](http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/codigos_nacionales/CP_aindice), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h40.
- [www.unifir.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf](http://www.unifir.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf), (traductora Claudia Díaz López), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h45.
- [www.datadiar.com./actual/legislacion/penal](http://www.datadiar.com./actual/legislacion/penal), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h56.
- [www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal](http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h50.

## CAPÍTULO IV: LA TENTATIVA.

El delito es un proceso, un conjunto de pasos o etapas que terminan con la manifestación externa de una conducta que produce un resultado: el acto típico, o sea, el delito.

A este proceso se lo denomina generalmente "*Iter criminis*", es el camino que recorre el delito hasta ser tal; existen dos etapas bien diferenciadas una interna o psicológica y, una externa o material, en ocasiones se habla de una etapa intermedia que solo se pena en ciertos casos.

Dentro de la fase interna, existen a su vez otros momentos que únicamente los enunciaré a manera de información, son: la ideación, la deliberación y la resolución delictual. En definitiva, a esta etapa corresponde el período interno del sujeto en cuanto a idear el crimen, planearlo, considerar los medios, circunstancias y, tomar la decisión de cometer el delito.

Obviamente por ser un proceso psicológico que no se exterioriza, del que es imposible tener conocimiento y, aún cuando se haya tenido, no se pena (*Cogitationis poenam nemo patitur* "las ideas no se penan"); este criterio es aceptado por la mayoría de doctrinarios y de legislaciones, lo contrario sería un verdadero despropósito y atentaría contra la libertad individual.

La fase intermedia implica que la voluntad de delinquir se manifieste a través de una simple comunicación de pensamientos, en cuyo caso tampoco se puede establecer una pena, o a través de las llamadas "resoluciones manifestadas", que son actos del sujeto en los que está claramente visible la intención de cometer un ilícito, este segundo caso se pena en ciertas circunstancias, cuando el delito se agota por haber puesto en peligro un bien jurídico protegido, generalmente se trata de delitos de conspiración y proposición; aunque no hay uniformidad de criterios respecto a la punibilidad en estos casos, muchas legislaciones como la española sanciona todos los supuestos de proposición o conspiración, otras como la alemana no sanciona estos actos.

El Código Penal ecuatoriano establece que la conspiración y la proposición se penan por excepción (artículo 17), cuando se trata de conspiración para cometer delitos que atentan contra la seguridad del Estado (artículos 118, 131, 135 y 136); sin embargo también se establece que si los autores de estos ilícitos desistieren de la comisión del delito antes de ser enjuiciados, no existirá pena (inciso final del artículo 17). En nuestra legislación no existen casos de proposición sancionados.

La ley penal del Ecuador también tipifica ciertas figuras como delitos autónomos, que son muy parecidas a las "resoluciones manifestadas", "se trata de expresiones verbales, o básicamente verbales, encaminadas de alguna manera a la comisión de un delito futuro. Tales, por ejemplo, las amenazas, que aparecen como elemento nuclear del delito de intimidación (artículo 378), o la instigación para delinquir (artículo 386), o la asociación ilícita (artículo 369 y siguientes)". (Albán Gómez, 148). Se trata de delitos autónomos y no actos que son parte del proceso de comisión de un ilícito, como ocurre con la conspiración y la proposición.

La fase externa es justamente la exteriorización de la intención del delincuente, es decir, se traspasa la esfera psicológica e inicia la fase de materialización, en tres momentos: el momento previo a la ejecución, que comprendería los actos preparatorios; el de ejecución misma, dentro del cual puede hablarse de tentativa, frustración o consumación del acto; y finalmente el momento posterior a la ejecución, que estaríamos frente al delito agotado.

#### **4.1. Concepto.**

La tentativa es una categoría en el llamado "camino del delito", es el comienzo de ejecución, el ilícito no inicia con los actos preparatorios, pese a haber diversas teorías al respecto, los actos preparatorios (como comprar armas, proveerse de instrumentos, etc.) no se penan, debido a que son equivocados, poco concordantes y pueden generar confusión respecto a la intención del agente. La línea que separa los actos preparatorios del

comienzo del delito es muy tenue, sin embargo el delito nace cuando se haya realizado un acto inequívoco que busque un resultado posible.

Carlos Fontan Balestra, autor citado por el ecuatoriano Marco Noriega Puga, dice que la tentativa es "comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor." (14).

Para otros como Romagnosi es la "ejecución incompleta de la infracción", o un delito incompleto como la define Jiménez de Asúa (Ezaine, 26). El Código español dice que hay tentativa "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento." (Cabanellas, t. VIII, 317).

El Código Penal de nuestro país define en el primer inciso del artículo 16 lo que es la tentativa: "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica." En verdad el ordenamiento ecuatoriano asimila el delito frustrado y la tentativa bajo las mismas consideraciones, este tema será expuesto con mayor detenimiento más adelante.

#### **4.2. Aspecto Histórico.**

En el antiguo Derecho Romano, no se encuentra una doctrina desarrollada de la tentativa, se penaban ciertos actos como la tenencia de armas con la intención de delinquir, pero no se desarrolló un concepto en torno a la tentativa como la conocemos actualmente. Lo mismo ocurrió con el Derecho Germano, y no fue hasta los siglos XIV y XV, que se formula una teoría sobre la tentativa; posteriormente en el siglo XX se empieza a considerar a la tentativa como principio de ejecución del delito en cuanto intención del agente dirigida a la comisión de un delito y manifestada en un acto.

Los clásicos aportaron mucho a la técnica de la tentativa, al implementar la división de los actos en preparatorios y de ejecución, así los primeros no son susceptibles de pena, mientras que los segundos sí. Pese a lógico de este criterio, el problema surge por la dificultad de determinar cuales constituyen actos preparatorios y cuando empiezan los de ejecución.

En el caso del Ecuador, desde el primer Código Penal de 1837, se habla sobre la tentativa, en un inicio se la confundía con los actos preparatorios, luego en el Código de 1872 se encuentra una referencia a la tentativa más cercana a la actual; en este cuerpo normativo se incluyen a más de las normas generales, distintos tipos específicos de tentativa, por ejemplo la tentativa de cohecho, de falsificación de sellos o monedas, entre otros. En el Código de 1938 se introducen reglas generales para la tentativa que se aplican a todos los delitos, con excepción de ciertos actos que constituyen tipos autónomos como en el caso de tentativa de aborto, de asesinato contra el Presidente de la República o contra otros funcionarios públicos, en los demás delitos se aplica las reglas generales sobre esta institución jurídica.

#### **4.3. La infracción consumada, la tentativa y el delito frustrado.**

El término infracción se utiliza en el derecho penal para referirse al quebrantamiento del orden jurídico en general, abarca tanto los delitos como las contravenciones, según nuestro sistema bipartito. Para poder llegar a una comprensión plena de la tentativa es necesario analizarla en relación con el delito consumado, en razón de que no cabe tentativa de contravenciones (inciso final del artículo 16 del Código Penal); empero para los fines de este estudio utilizaremos los términos infracción consumada o delito consumado como sinónimos.

En general los códigos no dan una definición de lo que es la infracción consumada, muchos penalistas dicen que es el delito perfecto, aquel en el que se conjugan todos los requisitos que la ley exige para castigar una conducta. En opinión de Jiménez de Asúa, es muy difícil hablar de un delito

perfecto, es más adecuado referirse a un delito consumado, que según Frías Caballero existe "cuando determinada conducta surgida en la realidad externa, ha realizado totalmente el tipo en todos sus elementos" (Ezaine, 103). Este concepto implica que no importa si los fines del delito se cumplieron, lo que vale es que se produjo un resultado que modificó el mundo exterior.

El delito consumado es sólo uno de los momentos del *Iter criminis*, el anteúltimo de ellos, como dice Ezaine, en el que las "circunstancias del delito pueden realizarse o no, siendo ajenas al perfeccionamiento del mismo. Así por ejemplo... la consumación no sufre postergación en los delitos "calificados por el resultado" en donde el resultado mayor no ha sido querido por el agente y es sólo un agravante del delito, como en el caso del aborto seguido de la muerte de la mujer, en donde la verificación de la circunstancia ni anticipa a la consumación, ni la pospone". (104).

La tentativa es considerada como un delito perfecto o consumado, en la medida que contiene todos los elementos esenciales, esto es, el sujeto, el objeto, la acción y el resultado, "...constituye un delito autónomo, diferenciándose solamente del delito consumado, por el fin propuesto. Se confirma, por la circunstancia de que se ha dicho que todo delito es punible, en cuanto la ley lo considera en si mismo perfecto, aunque le falte el elemento de la consumación.

Concretamente la tentativa, es delito por violar el orden jurídico penal, aunque lo infrinja de un modo menos grave que el delito consumado, por tanto merecerá una pena leve; y, no porque se le considere como circunstancia atenuante del delito, sino porque representa un minus con relación a la infracción consumada." (Noriega Puga, 46).

En conclusión la tentativa, es un delito perfecto, en cuanto se violó una norma y en cuanto tiene su propia referencia y pena en el código, impuesta no sólo porque se pone en peligro un bien jurídico, sino porque se quebranta el orden establecido. El delito de tentativa por tanto no se

relaciona con los otros tipos delictivos, es independiente, en la medida en que por ejemplo la tentativa de homicidio, se transforma en un tipo diferente del homicidio. Luigi Scarano aporta a esta tesis al decir que existen "delitos tentados", pero no "actos tentados", el acto siempre es consumado, por lo que la tentativa es una creación jurídica.

Una vez más, los distintos criterios de renombrados tratadistas, apuntalan la concepción vertida a lo largo de este trabajo respecto al juicio Cevallos Ayerve, si la tentativa es un delito perfecto y constituye un tipo diferente, nada impide que se juzgue un acto como "Delito de cohecho en grado tentado"; estamos ante un tipo distinto al cohecho, que nace con vida propia y cuya verificación debe ser independiente, en la medida que debe reunir todos los elementos de un delito.

Para confirmación de lo dicho, el ecuatoriano Marco Noriega Puga, autor citado en otro momento dice que "... la técnica legislativa actual, e incluso la ecuatoriana, ...ha colocado la figura jurídica de la tentativa en la parte general por la sola razón de que aquella debe referirse, de modo igual, a numerosas y diversas especies de delitos, con base en una uniformidad correspondiente a la intención y al resultado. Sin embargo, el delito tentado tiene su figura característica, autónoma, como la tiene el delito consumado." (60).

Por lo general, en la descripción de cada ilícito se define el delito consumado y el momento de la consumación dependerá del tipo de que se trate, por eso Frías Caballero dice que la única forma de deslindar la tentativa del delito consumado es a partir de la determinación del momento consumativo, para lo cual es preciso comparar entre los hechos del mundo real y el tipo descrito en la ley, y sujetarse a la regla de que "todo lo que no siendo consumación ha penetrado en el ámbito del proceso ejecutivo y avanzado más allá del simple comienzo de ejecución, es aún tentativa." (Frías Cabalero autor citado por Ezaine, 100).

El delito frustrado es, según muchos tratadistas, una forma de tentativa, la mayoría de legislaciones, incluyendo la ecuatoriana, tratan a la tentativa y al delito frustrado como una misma institución; sin embargo para otras legislaciones como la española, son dos cuestiones diferentes.

Conceptualmente, estas dos figuras son distintas en cuanto la tentativa implica comenzar la ejecución de un delito, sin que lleguen a realizarse todos los actos necesarios para la consumación, mientras en el delito frustrado es imprescindible que se ejecuten todas las acciones para la comisión de una infracción; lo que tienen de común es que ambos procesos ejecutivos se interrumpen por un imprevisto ajeno a la voluntad del sujeto.

El delito frustrado se considera de mayor peligrosidad, en tanto se han llevado a cabo todas las acciones conducentes a la comisión de un delito y la consumación se ha suspendido únicamente por un imponderable, pero la voluntad del agente estuvo encaminada siempre a conseguir el fin que se propuso.

Romagnosi separa la tentativa del delito frustrado, señalando como elementos necesarios de la primera la intención y el peligro. Mientras para el segundo es primordial la ejecución de todos los actos, con la voluntad de llevar a cabo el fin más grave, debido a que la frustración es producto de un fortuito.

En la práctica no resulta tan simple la separación entre delito frustrado y tentativa, por eso Jiménez de Asúa opina que es "infinitamente más práctico atenerse a la mera tentativa", solución adoptada por el código ecuatoriano, que en la última parte del inciso primero del artículo 16 incluye al delito frustrado dentro de la tentativa al decir que quien realiza actos idóneos para la realización de un delito, responde por tentativa... "si el acontecimiento no se verifica".

Nuestra ley exige para los casos de tentativa que los actos sean idóneos, aptos para producir un resultado; esta idoneidad tiene que ser tomada

desde una doble perspectiva: Absoluta, cuando el acto habitualmente es capaz de producir un resultado, por ejemplo "A priori puede afirmarse que el disparo de un arma de fuego; el empleo de un veneno o de un puñal, son medios idóneos para cometer un homicidio" (Albán Gómez, 153). Relativa, cuando un acto no es por sí mismo apto para producir el resultado, pero en relación con circunstancias especiales puede producirlo, por ejemplo causar una herida leve a un hemofílico o darle dulce a un diabético.

Estos actos a más de ser idóneos, deben ser inequívocos, su interpretación no debe llevar a confusiones, es decir, debe haber una sola interpretación para esas acciones, si existe duda respecto a la intención delictiva, ya no existe tentativa. De igual manera, si no hay claridad respecto al delito que se quiso cometer se debe penar por aquel que sea más favorable al reo (entre una tentativa de homicidio y un delito de lesiones, se debe juzgar por este último) (153).

Finalmente como indiqué, la acción no debe consumarse o el acontecimiento verificarse como resultado de una causa ajena a la voluntad del sujeto activo; si el acto se interrumpe voluntariamente, estamos ante un desistimiento, previsto en el segundo inciso del mismo artículo 16.

#### **4.4. Elementos de la tentativa.**

Para la determinación de los elementos de la tentativa he seguido el criterio de Marco Noriega Puga, según este autor se trata en verdad de etapas del proceso delictivo y son: la determinación de cometer el delito, el comienzo de ejecución y la no consumación involuntaria.

**4.4.1. La determinación de cometer el delito.-** Pertenece a la fase interna del *iter criminis*, corresponde al fuero del autor, a su individualidad psicológica y comprende la ideación, la deliberación y la resolución delictual.

Esta etapa no se pena por las razones expuestas con anterioridad, sin embargo es importante al momento de juzgar un acto como delito, para establecer la responsabilidad del agente considerando que se encontraba en uso de sus facultades mentales durante todo el proceso de determinación.

**4.4.2. El Comienzo de ejecución.-** Corresponde ya a la fase externa del delito, se deja atrás el pensamiento del autor y se entra en la materialización de los actos. Por eso es necesario distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución. Los primeros todavía no son punibles, no existe claridad respecto a los motivos o circunstancias en las que se desarrollan estos actos, mientras los segundos constituyen la tentativa.

Para facilitar la distinción entre actos preparatorios y de ejecución, Francisco Carrara contribuyó con la teoría de la univocidad, que implica que los actos externos deben estar manifiestamente dirigidos al delito. Luego Carlos Fontán Balestra añade algunos puntos a esta teoría y dice que los actos preparatorios no pueden penarse por ser equívocos y estar todavía en la esfera interna del sujeto, una vez que se manifiestan en el sujeto pasivo, se convierten en actos de ejecución. Según este doctrinario la ley realiza una descripción en cada tipo de actos mediante los cuales se realiza el verbo rector de cada figura, esto constituye el núcleo del tipo; así si el verbo rector en el homicidio es matar a un hombre, los actos de ejecución se sitúan en el núcleo cuando se comienza a matar, mientras que los actos preparativos siempre están fuera del núcleo.

**4.4.3. La no consumación involuntaria.-** Este es el elemento que diferencia a la tentativa de otras figuras como el delito consumado, y lo acerca al delito frustrado técnicamente concebido, aunque en muchos casos tengan igual tratamiento.

Uno de los requisitos fundamentales para que un acto sea tentativa, es que el delito no llegue a consumarse por la interrupción de acontecimientos

inesperados fuera de la voluntad del culpable, lo que la diferencia del desistimiento que incluso tiene una pena menor.

#### **4.5. Características de la Tentativa.**

La tentativa por ser un delito autónomo debe reunir las mismas características que cualquier otro delito, esto es, constituir un acto, típico, antijurídico, culpable y punible.

Partimos de la premisa de la existencia de una acción u omisión, a la que se deberá agregar los demás elementos, cuya relación con la tentativa expondremos a continuación.

**4.5.1. La tipicidad en la tentativa.-** Este elemento implica la adecuación de una conducta al tipo descrito en la ley, lo cual ocurre sin mayores dificultades en los delitos autónomos, sin embargo cuando existen varios sujetos que intervienen en un mismo delito, o cuando estamos ante figuras que no se consuman como en la tentativa surgen problemas, debido a que la adecuación no es exacta y el tipo no nace. Esto implicaría que los actos mencionados no puedan ser penados, para evitar esto se han creado los tipos accesorios o subordinados.

En estas figuras la tipicidad solo se entiende en relación con los tipos autónomos, es ahí cuando "se conecta con su consecuencia penal", adquiere sentido con el comienzo de ejecución de uno de los delitos descritos en la parte especial del Código, sino que por razones de "economía" se ha redactado una única norma sobre la tentativa. La tentativa es subordinada en cuanto a su forma, pero es autónoma, los tipos básicos constituyen únicamente el punto de partida para la estimación del hecho, "en tanto vive en ella la tipicidad, ya como previsión legal o como adecuación típica al modelo de la norma o tipo específico del delito tentado". (Pavón Vasconcelos, 81).

En definitiva, la adecuación al tipo en la tentativa es parcial, sólo se adecua en parte a la conducta descrita en el tipo principal, esta es la base para la valoración del acto, mientras en el delito consumado es total.

**4.5.2. La antijuridicidad en la tentativa.-** Al igual que con los otros elementos, la antijuridicidad es la misma para los delitos consumados que para la tentativa, es su fundamento; una conducta humana sólo puede ser delito si es antijurídica. Igualmente las causas de justificación que legitiman la actuación y excluyen la antijuridicidad tienen idéntico tratamiento en ambos casos.

La única diferencia sobre esta característica es que en la tentativa no se produce daño a un bien protegido, el resultado no existe, por tanto la acción del sujeto se encamina a la violación de las normas establecidas o al peligro de daño al bien jurídico. Al respecto dicen los tratadistas que un acto ilícito no viola la ley penal, se adecua a ella, más bien lesiona principios y derechos constantes en otras ramas del derecho (la civil, administrativa, etc.).

Marco Noriega Puga dice que “la antijuridicidad en la tentativa, se da en el quebrantamiento a las normas del derecho penal, que se enmarca o subordina a la Constitución, y que sin la presencia de causas justificantes, la acción deba ser idónea para lesionar o hacer peligrar un bien jurídico protegido...” (69).

**4.5.3. La culpabilidad en la tentativa.-** Esta es otra de las características del delito en general y de la tentativa, en cuanto se refiere a una acción que debe atribuirse a una persona determinada, luego de haber determinado que es típica y antijurídica.

Enrique Cury Urzúa dice que las reglas de la culpabilidad son las mismas en la tentativa que en el delito consumado, el sujeto debe ser imputable, haber actuado con conciencia y voluntad, y en un caso concreto debe ajustar su conducta a lo establecido en la ley. (Noriega Puga, 69).

Evidentemente, en la tentativa no podemos encontrar todas las manifestaciones de la culpabilidad existentes en los demás delitos (el, dolo, la culpa y la preterintención como categoría intermedia), en este caso la actuación es siempre dolosa, "El sujeto, al realizar actos de ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad". (Pavón Vasconcelos, 71).

**4.5.4. La punibilidad en la tentativa.-** La punibilidad es la última de las características de la tentativa, tiene un tratamiento distinto que en los delitos autónomos y su fundamento es diferente. Sobre este punto han surgido distintas teorías a lo largo de la historia y se han formulado varios criterios respecto a las razones de establecer una pena en los delitos tentados.

La teoría objetiva se basa en el comienzo de ejecución del delito y en el peligro corrido por el bien jurídico protegido, por tanto los actos que dan comienzo deben ser típicos e idóneos. Debe existir una relación directa entre el daño causado y la pena impuesta, si el resultado no llegó a producirse, la pena es menor para la tentativa que para el delito consumado.

Para la teoría subjetiva en cambio, no es necesario que el delito comience a ejecutarse, simplemente se pena la intención y la peligrosidad criminal del sujeto, se equipara los actos preparatorios y de ejecución en el delito consumado y tentado, pues en ambos casos se puede encontrar intención criminal.

Los criterios para la punición de la tentativa se fundamentan en ambas teorías, así el criterio de la sanción menor se basa en la teoría objetiva. Según esta tesis el delito inconsumado debe ser penado en atención al peligro corrido, es una razón de "cuantía penal", por la que se sanciona los actos ejecutados en razón del riesgo en el que estuvo un bien jurídicamente

protegido y de la violación de las normas. En definitiva el Juez debe imponer una pena menor que para el delito consumado.

Otro de los criterios es el de la equiparación de las penas, que se basa en la teoría subjetiva, sostiene que para penar la tentativa se debe tener presente la intención del delincuente y no el resultado o el peligro, el delincuente busca obtener un resultado y por eso no existe diferencia entre el delito consumado y la tentativa, por lo que la pena debe ser la misma.

El último de los criterios se basa también en la teoría subjetiva, en cuanto atiende a la peligrosidad del delincuente para la imposición de una pena, sin que deba existir tampoco diferencia entre delito tentado y consumado. Los fundamentos de la pena no se basan en el resultado sino en las circunstancias propias del agente, considerando particularidades psíquicas, la habitualidad, reincidencia y en general peligrosidad que determina un riesgo en la sociedad (Escuela positivista del Derecho).

En nuestro Código Penal, la sanción de la tentativa está prevista en el artículo 46, se fundamenta principalmente en la teoría objetiva, aunque también tiene rasgos de la teoría subjetiva:

a) En primer término la pena para la tentativa es inferior que para el delito consumado, puede ir de uno a dos tercios de la que se hubiera aplicado si el resultado se producía. Esto implica que el Juez deberá determinar primero cual sería la pena para el delito consumado para luego poder aplicarla al tentado.

b) El Juez debe tomar en cuenta dos factores para la imposición de la pena, el peligro corrido y los antecedentes del acusado (esta última distinción es la que se acerca a la teoría subjetiva), estas dos consideraciones revelan además que subsiste una referencia al delito frustrado, ya que si el peligro corrido es mayor la pena deberá corresponderse con este hecho.

c) Por último el artículo 46 determina que la pena de tentativa se aplicará a los autores, sin mencionar a los otros sujetos que pueden ser parte de un delito como son los cómplices o encubridores, dejando eliminados a estos sujetos.

#### **4.6. Fundamentos de la Tentativa.**

El fundamento de la tentativa hace referencia a la razón de ser de su existencia, a los motivos que llevaron a los distintos ordenamientos jurídicos a penar ciertos actos delictivos pese a que no producen un resultado material.

**4.6.1. El peligro corrido.-** es innegablemente un principio de punibilidad para la tentativa, teniendo en cuenta que la norma penal busca proteger a las personas, evitar que el orden social sea quebrantado y se afecten los derechos individuales. Este criterio sería el mismo con respecto al delito consumado, con la diferencia que en este último se produce un daño, mientras “la tentativa encontraría en el peligro su razón de ser” (Luigi Scarano, citado por Noriega Puga, 78).

Si bien en la tentativa no se produce un perjuicio inmediato, potencialmente se pone en peligro un bien jurídico protegido, cuya custodia corresponde finalmente al Estado, de ahí que el riesgo es el fundamento de la sanción, aunque no exista un resultado dañoso.

Sobre el riesgo del bien jurídico, el maestro Roxin dice que para hablar de un peligro concreto es necesario primero la existencia de un objeto de acción, y haber ingresado en el ámbito operativo de quien pone en peligro un bien jurídico. Y segundo, la acción incriminada tiene que ser la que creó el peligro. (404).

Este mismo autor cita a Demuth quien al referirse al peligro dice que lo entiende como “crisis aguda del bien jurídico... cuando se ha sobrepasado

el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas ofensivas normales” (Roxin, 406).

Con respecto al peligro en el delito de cohecho, el escritor citado sostiene que se trata de ilícitos con un “bien jurídico intermedio espiritualizado”, por la confianza de la sociedad en el desempeño del cargo de los funcionarios, y que en estos casos el simple desvalor de la acción fundamenta la punibilidad del acto. (Roxin, 411).

**4.6.2. La violación voluntaria de un precepto legal.-** quienes se adhieren a este criterio sostiene que no importa el peligro del bien jurídico protegido, sino el hecho de que en el delito consumado y en la tentativa se viola un precepto legal, por lo que “...la relación de causa a efecto es de tipo mecánico, a tal infracción tal pena...” (Noriega Puga, 80).

Resulta que si el sujeto delictivo decide transgredir voluntariamente una norma, está actuando dolosamente, ya que dio comienzo a un acto delictivo que luego se interrumpió por circunstancias ajenas a su querer, es decir, que sin ellas el resultado se hubiera producido y la norma se violó de todas maneras.

**4.6.3. La peligrosidad objetiva en concreto.-** responde a los planteamientos de la escuela positivista del Derecho Penal de Garófalo y Ferri, para estos autores la punición de la tentativa encuentra su base en la exteriorización de actos delictivos que revelan la peligrosidad del delincuente.

Esta escuela plantea que los actos manifestados objetivamente en el exterior, permiten determinar si una conducta es peligrosa y si la voluntad del delincuente está dirigida a la comisión de un delito, sin que tenga importancia el resultado, en cuanto responderá por tentativa si se ha causado un daño menor que en el delito consumado.

**4.6.4. La alarma social provocada.-** bajo este criterio se pretende establecer como principio de la tentativa la preocupación o el temor en la sociedad

que causan los actos reñidos con la ley, que también se produce ante los hechos consumados. Si bien existe una razón lógica detrás de esta tesis, aparentemente estaría incompleta según la opinión de Luigi Scarano que dice: "La alarma social puede ser el índice de la importancia penal de un acto, pero no constituir la razón de la incriminabilidad de la tentativa", (Noriega Puga, 84) debe relacionarse además con el comienzo de ejecución de un proceso que buscaba llegar a un fin delictivo.

**4.6.5. La turbación en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente en que se realiza.-** el fundamento en este caso se centra en la perturbación del sujeto pasivo del delito ante el peligro causado por la actuación del delincuente, y al mismo tiempo el trastorno que se produce en el medio donde se produjo este hecho. Quienes defienden este criterio, dicen que la razón para penar es la misma para la tentativa que para el delito consumado, una vez más comparto la crítica que sobre este punto hace Luigi Scarano al decir que si el fundamento fuera el mismo, no sería necesaria una norma especial para la tentativa, que más bien habría sido considerada una circunstancia atenuante.

**4.6.6. La disminución por turbación del orden jurídico.-** obviamente una de las consecuencias de un acto delictivo es la perturbación del orden en la sociedad, pero esta no es la razón de penar la tentativa, al cometer un ilícito se está rompiendo el equilibrio, no sólo alterándolo, y de ello se deriva una disminución en la seguridad de los ciudadanos. En realidad se transgrede una norma penal que está castigada con una pena inferior a la de un delito consumado, producto de la cual se altera el orden social.

Todos los criterios sobre el fundamento de punibilidad de la tentativa pueden resultar aceptables desde un punto de vista, tienen su razón de ser válida; pero siempre habrá que descartar algunos y acatar aquellos que resulten más coherentes jurídicamente. A mi juicio los dos primeros son los más adecuados porque dejan de lado consideraciones subjetivas como la peligrosidad del delincuente o la alarma social para centrarse

objetivamente en el peligro corrido por un bien protegido y en la violación de normas penales.

En este punto, debo referirme nuevamente al caso de estudio para tratar algunos puntos que se mencionaron dentro del juicio con los que no concuerdo. Se dijo por parte del abogado de Ayerve que el delito de cohecho no es susceptible de tentativa, que esta institución era aplicable solo a ciertos delitos. A lo largo de todo el trabajo y en este último capítulo principalmente, queda demostrado que la tentativa es un delito autónomo, subordinado a los tipos especiales para su análisis en cuanto los requisitos que debe cumplir; pero perfecto porque posee todos los elementos de un delito consumado y viola por sí mismo un precepto legal.

Tanto el Juez Cuarto de lo Penal en el auto de sobreseimiento, como la defensa durante el juicio, sostuvieron que el cohecho por su estructura no puede ser un delito tentado, alegando el principio previsto en el artículo 17, según el cual la conspiración no se pena, y que con la propuesta el sujeto activo realizó únicamente actos preparatorios que "al no exteriorizarse en actos positivos, no pueden considerarse como tentativa" (auto de sobreseimiento). En el capítulo anterior se expuso que no importa que los actos de corrupción lleguen a ejecutarse o la recompensa ofrecida a entregarse para que el delito se perfeccione, por tanto el comienzo de ejecución, requisito de la tentativa, se da cuando el sujeto activo de este delito ingresa en el núcleo del tipo, constituido por el verbo rector, que en el caso del artículo 290 dice "Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes...", es decir, se debe determinar cuando comienza la ejecución del tipo, y nada más lógico que cuando se realiza el ofrecimiento, ¿de que otra manera puede comenzar el delito de cohecho sino a través de una proposición?. Proposición que en este caso no puede tomarse en el sentido del artículo 17 del Código Penal que dice "La proposición para delinquir sólo se pena en los casos determinados por la ley", sino como sinónimo de oferta.

Para terminar, es necesario mencionar que en la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Penal del Azuay, se realiza un análisis de la tentativa, en el que se menciona el criterio de varios doctrinarios que concuerdan con lo que se ha manifestado en este capítulo. Tomando en cuenta la opinión de los mencionados autores y lo previsto en la legislación ecuatoriana, el Tribunal resuelve condenar al imputado por el "Delito de cohecho en grado tentado".

#### **BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO IV.**

- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Manual de Régimen Penal Ecuatoriano, Quito, Ediciones Legales.
- EZAINE CHÁVEZ, Amado, El Iter Criminis, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Tercera Edición, sin año.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1990.
- MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa del Delito, México, Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- NORIEGA PUGA, Marco, La Tentativa y el Desistimiento, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1990.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, La Tentativa, México, Editorial Porrúa, 1974.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, El delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 2da. Edición, 2000.
- TORRES CHÁVEZ, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Libro II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978.

## CONCLUSIONES

El análisis de este tema se ha desarrollado sobre la base de un estudio teórico del delito de cohecho, tomando los planteamientos de prestigiosos doctrinarios del Derecho Penal, paralelamente con el estudio íntegro del juicio que motivó este trabajo, y de los regímenes jurídicos de distintos países; con el objeto de comprobar la hipótesis planteada respecto a la tentativa de cohecho en el ordenamiento penal del Ecuador.

No fue fácil determinar la corriente que sigue nuestro Código respecto a ciertas instituciones penales; sin embargo a través del uso de distintos métodos de técnica jurídica, se pudo llegar a conclusiones interesantes, fundamentadas teórica y lógicamente respecto al objeto de estudio, pasemos a mencionar algunas de ellas.

El trabajo comenzó por una breve exposición de los principios generales de la Teoría General del Delito, con el propósito de generar un marco jurídico adecuado que permita una mejor comprensión de la estructura del delito de cohecho, y facilite la lectura de esta tesis a quienes no hayan tenido conocimiento previo del Derecho Penal.

El cohecho es un delito pluripersonal, en el que el sujeto activo (un particular o funcionario público) realiza ofrecimientos a un funcionario público (sujeto pasivo) para que en ejercicio del cargo realice un acto no sujeto a retribución; en esta medida se requiere de dos agentes para la existencia de la infracción, es decir, la actuación de un sujeto se dirige a conseguir un beneficio de otro. Al mismo tiempo las conductas de los dos sujetos pueden separarse, de hecho así lo hace nuestra norma, que tipifica el cohecho en delitos diferentes: pasivo propio e impropio (artículos 285, 286 y 287), activo (artículo 290), agravado (artículo 288). El análisis y la determinación del tipo dependerán de las circunstancias del hecho, aunque los elementos y el bien jurídico protegido –la imparcialidad y la correcta actuación del funcionario público– sea el mismo para todas las modalidades.

Es además un delito esencialmente doloso, pues la decisión de cometer el acto obedece a la voluntad del sujeto, a su intención criminal, ya sea que se trate del cohecho activo o del pasivo; sería inadmisibles decir que se propuso o se aceptó un acto de corrupción por imprudencia o negligencia, aunque en el primer inciso del artículo 290 del Código Penal, que prevé el cohecho activo, el corruptor puede haber "compelido por violencias o amenazas" al funcionario, situación que debería constituir más bien un vicio de consentimiento y no habría responsabilidad para el sujeto pasivo.

Para poder precisar nociones respecto a algunos elementos del tipo, se estableció las definiciones de Administración Pública y de Funcionario Público, con lo que el carácter de la Diputada Cevallos como sujeto pasivo del juicio y parte necesaria en el delito de cohecho es indiscutible, al igual que su actuación procesal como ofendida y la facultad para presentar acusación particular (artículo 52 del Código de Procedimiento Penal). Aunque durante el litigio se trató de desvirtuar esta calidad sobre la base de la regulación contenida en el artículo 68 del Código adjetivo penal, que dice: " Se considera ofendido: 1. "Al directamente afectado por el delito...", es decir, al titular del bien jurídico protegido, titularidad que al decir de la defensa, Ana Cevallos no tenía. No obstante si el bien jurídico en el delito de cohecho es la imparcialidad, todo funcionario público es poseedor del bien jurídico protegido, en la medida que es delegatario del poder estatal, le corresponde velar por el correcto funcionamiento de la Administración y ajustarse al requerimiento de una actuación imparcial.

El cohecho es sin duda un delito de naturaleza jurídica compleja, debido a la dependencia que tiene con respecto al acto; la determinación del ilícito se dificulta por no tener una actividad criminal definida, y siempre deberá realizarse sobre el análisis de una conducta, que puede mezclarse con otras actuaciones delictuosas o incluso con un modo de proceder lícito. Se lo confunde fácilmente con algunos delitos como el prevaricato y la estafa, con los que no puede convivir, ó con otros que son el producto del acuerdo

entre cohechador y cohechado –la falsificación, por ejemplo– que acarrea como consecuencia el nacimiento de un concurso de delitos.

Este delito constituye uno de los peores actos de corrupción, por eso en casi todas las legislaciones es duramente castigado y criticado, incluso nuestra Constitución prevé la imprescriptibilidad de la acción para perseguir el cohecho y la posibilidad de juzgar este acto en ausencia del responsable (inciso segundo del artículo 121). El principio de punición radica en la protección a la actuación imparcial de la Administración Pública, como una forma de garantizar una adecuada relación con los administrados sobre la base de la equidad y la justicia.

El punto central de la tesis constituye la institución de la tentativa con respecto al delito de cohecho. Se la concibe como un grado del *iter criminis*, un momento en la ejecución del delito, que comienza pero se interrumpe por hechos ajenos a la voluntad del delincuente. Sin embargo es un delito perfecto, por cuanto reúne todos los elementos del delito consumado, viola un precepto legal por sí mismo y pone en peligro un bien jurídicamente protegido, fundamentos de punibilidad de la tentativa que me parecen los más adecuados.

De la técnica de la tentativa se desprende fácilmente que es una posibilidad aplicable al cohecho, en primer lugar porque se encuentra entre las normas generales para que pueda aplicarse a todos los delitos previstos en la parte especial del Código Penal, para ello se considera únicamente la intención y el resultado. En segundo lugar, al ser un delito autónomo que está sujeto a los tipos de la parte especial, sólo para la determinación de ciertos elementos, bien puede hablarse de tentativa en el cohecho. Además en atención a la estructura de este delito en nuestro ordenamiento, que sanciona la conducta de los sujetos por separado, y señala que no es necesario que el acto de corrupción se lleve a cabo, se desprende que las disposiciones sustantivas penales admiten la tentativa, para ello se debe partir del análisis del tipo penal consumado para luego establecer el grado tentado.

El argumento planteado dentro del proceso que se estudió, en contra de la tentativa en el delito de cohecho, apunta a que la proposición no está castigada en el Código Penal, sino por excepción; en este caso no se trata de castigar una simple propuesta, sino que a través de la conducta de un sujeto se dio inicio a la ejecución de un delito, además se quebrantó una norma y se puso en riesgo el correcto funcionamiento del aparato administrativo al violar el principio de imparcialidad, que es el bien jurídico protegido.

La sentencia dictada luego del juicio por el Segundo Tribunal Penal, condenó a Ayerve por el "Delito de cohecho en grado tentado", posibilidad que se ha defendido en el desarrollo de este trabajo. Luego de concluir el análisis y teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en los diferentes capítulos, la conclusión es que el ordenamiento jurídico ecuatoriano da lugar al juzgamiento del delito de cohecho en el grado de tentativa. Con seguridad se puede sostener argumentos contrarios con mucha solvencia, sin embargo creo haber encontrado también criterios muy certeros y válidos a favor de la tesis que he defendido.

Para terminar, debo aclarar, como ya lo hice en la introducción, que este trabajo tuvo por objeto un estudio conceptual y doctrinario respecto a las incógnitas de orden teórico que generó el juicio Cevallos Ayerve, y no un análisis procesal, es por ello que no he tocado a lo largo del trabajo cuestiones procedimentales, sino en los momentos en que fue absolutamente necesario. Por constituir temas diversos y de muy variada naturaleza hubiera sido imposible abarcar en un solo análisis la parte subjetiva y adjetiva de este caso.

No obstante, de la lectura de las piezas procesales, especialmente de la declaratoria de nulidad con la que terminó este caso, pude observar que se cometieron algunos errores que perturbaron el debido proceso, sería muy complejo entrar en consideraciones al respecto por no constituir el tema de estudio de esta tesis.

## BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- **ALBÁN GÓMEZ**, Ernesto, Manual de Régimen Penal Ecuatoriano, Quito, Ediciones Legales.
- **ALMEIDA SÁNCHEZ**, Víctor, Interpretaciones, Interrogantes y Aplicaciones Penales, Tomo I y II, Ecuador, Imprenta Poligráfica; 2002.
- **BIELSA**, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo III, Sexta Edición, 1964
- **CABANELLAS**, Guillermo, Diccionario Jurídico de Derecho Elemental, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo III, Tomo IV y V 1997.
- **CREUS**, Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.
- **CUELLO CALÓN**, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961.
- **Diccionario Jurídico Espasa**, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 1999.
- **ESCRICHE**, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1977.
- **ETCHEVERRY**, Alfredo, Derecho Penal, Tomo V, Editora Nacional Gabriela Mistral.
- **EZAINÉ CHÁVEZ**, Amado, El Iter Criminis, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Tercera Edición, sin año.
- **GOLDESTAIN**, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Edición, 1983.
- **GÓMEZ**, Alfonso y Carlos Arturo, Delitos Contra la Administración Pública, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2004.
- **GUZMÁN LARA**, Aníbal, Diccionario Explicativo del Derecho Penal, Tomo I y II, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Segunda Edición, 2002.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA**, Luís, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, 1990.
- **MALO CAMACHO**, Gustavo, Tentativa del Delito, México, Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- **MARIENHOFF**, M.S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Segunda Edición, 1965.
- **MUÑOZ CONDE**, Francisco, Teoría General del Delito, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2002.

- **NORIEGA PUGA**, Marco, La Tentativa y el Desistimiento, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1990.
- **PAVÓN VASCONCELOS**, Francisco, La Tentativa, México, Editorial Porrúa, 1974.
- **PÉREZ BORJA, Francisco**, Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tomo II, Quito, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927.
- **PLASCENCIA VILLANUEVA**, Raúl, Teoría del Delito, México, Tercera reimpresión, Universidad Autónoma de México, 2004.
- **RODRÍGUEZ PUERTA**, María José, El delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- **ROXIN**, Claus, Derecho Penal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 2da. Edición, 2000.
- **TORRES CHÁVEZ**, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Libro II, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1978.
- [www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenIVolI](http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenIVolI) (responsable Carrancá y Rivas Raúl), fecha de último ingreso 12 de enero de 2007, a las 10H27.
- [www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/codigos\\_nacionales/CP\\_aindice](http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/codigos_nacionales/CP_aindice), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h40.
- [www.unifir.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf](http://www.unifir.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf), (traductora Claudia Díaz López), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h45.
- [www.datadiar.com./actual/legislacion/penal](http://www.datadiar.com./actual/legislacion/penal), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h56.
- [www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal](http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal), fecha de último ingreso 4 de junio de 2007, a las 11h50.

**ANEXO: PIEZAS PROCESALES DEL JUCIO ANA LUCÍA CEVALLOS CONTRA  
OSCAR AYERVE**

## **SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN**

**AUTO DE LLAMAMIENTO A JUCIO DE LA PRIMERA SALA DE LO PENAL  
COLUSORIO Y TRÁNSITO DE LA H. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA**

**SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL PENAL DEL AZUAY**

