



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

U. D. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**“REFORMAS RESPECTO AL DELITO DE COHECHO: TENTATIVA
DEL DELITO Y PENAS IMPUESTAS A LOS SUJETOS DEL TIPO PENAL”**

**TESIS DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA EN JURISPRUDENCIA**

AUTOR:

MARÍA LORENA AGUILAR LOAYZA

DIRECTOR:

DR. JAIME OCHOA ANDRADE

CUENCA – ECUADOR

2012

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico a mis Padres, Carlos Aurelio y Martha del Carmen, quienes han sido los más fieles amigos a lo largo de todo este proceso, siempre inculcándome su más noble visión, su más puro deseo de culminar con otra etapa importante de mi vida, apoyándome en la adversidad con la mayor fortaleza. Me han guiado en la aplicación de todos aquellos principios y valores, para fundamentar mis metas y hacerlas logros, como ahora, alcanzando mis anhelos.

Lorena Aguilar Loayza

AGRADECIMIENTO

Gracias a todas y cada una de las personas que participaron en la investigación realizada, ya que invirtieron su tiempo y su conocimiento para apoyarme a concluir esta tesis. Agradezco también a la Universidad del Azuay, institución que me ha permitido alcanzar una de mis principales metas que ahora, palpablemente, lo siento como un logro. Finalmente, expreso mi gratitud para con todos quienes intervinieron directamente en mi formación como una persona de bien.

.....

Lorena Aguilar

ÍNDICE DEL CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
CAPÍTULO I: Esquema	Pág. 4
1.1. Generalidades Respecto A Los Delitos Contra La Administración Pública.....	Pág. 4
Concepto.....	Pág. 4
Bien Jurídico Protegido.....	Pág. 7
Teoría Italiana.....	Pág. 7
Teoría Española.....	Pág. 8
Teoría Alemana.....	Pág. 8
Teoría Argentina.....	Pág. 8
1.2. Generalidades Del Delito De Cohecho.....	Pág. 11
1.3. Breve Historia Del Delito.....	Pág. 12
1.4. Concepto Y Naturaleza Jurídica Del Delito De Cohecho.....	Pág. 14
Naturaleza Jurídica.....	Pág. 16
1.5. Elementos Que Configuran Del Delito De Cohecho.....	Pág. 17
Típico.....	Pág. 17
Antijurídico.....	Pág. 17
Voluntario.....	Pág. 18
Punible.....	Pág. 18
Bilateralidad.....	Pág. 19
Sujeto Calificado.....	Pág. 19
Aceptación De Ofertas O Promesas.....	Pág. 19
Recepción De Dones O Presentes.....	Pág. 20
1.6. Sujeto Activo Y Pasivo.....	Pág. 22
Sujeto Pasivo.....	Pág. 22
Sujeto Activo.....	Pág. 23
CAPÍTULO II: Esquema	Pág. 25
2.1. Clases De Cohecho Existentes En El Ecuador.....	Pág. 25
2.2. Marco Jurídico Vigente En El Ecuador	
Sobre El Delito De Cohecho.....	Pág. 26
En Cuanto A La Constitución Del Ecuador.....	Pág. 27
En Cuanto A Los Tratados Internacionales.....	Pág. 30

2.3. Eficacia De La Norma Con Respecto Al Delito De Cohecho.....	Pág. 44
2.4. Eficacia De La Aplicación De La Norma En Torno Al Cohecho En Legislaciones Extranjeras.....	Pág. 46
CAPÍTULO III: Esquema.....	Pág. 51
3.1. La Tentativa De Cohecho En El Ecuador Y Otras Legislaciones.....	Pág. 51
3.2. Planteamiento De Reforma Con Respecto Al Tipo Penal En El Ecuador.....	Pág. 60
3.3. Planteamiento De Reforma Con Respecto A Las Sanciones De Los Sujetos Intervinientes En El Delito.....	Pág. 62
3.4. Análisis De La Aplicación Del Tipo Penal En Un Caso Práctico.....	Pág. 66
Análisis.....	Pág. 68
CONCLUSIONES.....	Pág. 71
RECOMENDACIONES.....	Pág. 73
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 80

RESUMEN

El trabajo que se desarrollará trata sobre el tipo penal del cohecho y el tratamiento que este tipo tiene en la Legislación ecuatoriana respecto de la sanción que se impone a los sujetos que interviene en el cometimiento del delito y, también en torno a la tentativa del tipo penal, si está esta incluida o no y si es necesaria para la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Se hará una breve referencia sobre los delitos en contra de la Función Pública para luego adentrarse en el tipo penal concreto.

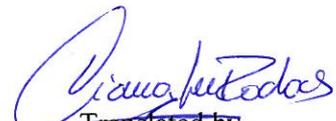
Por otra parte, se tendrá como objetivo fundamental el de analizar el tipo penal actual y el proyecto del Nuevo Código Penal Integral con un caso práctico para poder apreciar, de manera mas directa, si es o no efectiva la norma.

ABSTRACT

This project is about the criminal bribery and its treatment in the Ecuadorian Legislation regarding the sanctions imposed to those involved in a felony and in attempt crimes as well, if this is included or not and if it is necessary for the protection and proper functioning of the Public Administration. A brief reference of the offences against the Public Function and a deep analysis of criminal bribery are presented.

On the other hand, the main goal will be to analyze the current criminal bribery and the project of the New Integral Criminal Code through a real case in order to directly appreciate the effectiveness of the new regulation.




Translated by,
Diana Leè Rodas

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la conducta humana y su regulación jurídica en el marco de la convivencia social, ha sido y será siempre un tema de enorme importancia a la vez que es una tarea esencialmente delicada pero indiscutiblemente necesaria e imperativa. La ciencia del Derecho es la encargada de dar respuesta a esa necesidad que podríamos llamarla vital, habiendo recurrido para ello a la promulgación y a la vigencia de la norma jurídica, en las diferentes materias sobre las que versa, logrando estructurar todo un marco jurídico que responde a una concepción, a una Teoría del Derecho.

No es mi objetivo el estudio de las diferentes propuestas en torno a la Teoría del Derecho que partiendo de la llamada Teoría Natural del Derecho llega a modernos y contemporáneos tiempos de la Teoría Garantista de la llamada Protección Integral o, acaso, la que se denomina en diferentes materias como el Derecho Alternativo. La tarea concreta y específica va encaminada a tratar de estudiar a la forma en la que, en nuestro País, se encuentra reglada una de las lesivas conductas que socavan y ponen como garantía esencial en todos los ordenamientos jurídicos del orbe, conducta ésta que mina y destruye la idea de otro anhelo, superior e insisto, que proclama la Constitución del Ecuador: EL BUEN VIVIR.

Me refiero al espantoso fenómeno generalmente denominado “corrupción” y, más concretamente a la que se hace presente en la administración pública, en el ejercicio de la misma, en la correcta y honrada prestación de los servicios públicos. La complejidad cada vez mayor de las relaciones humanas, el incremento de sus actividades en campos

novísimos que reclaman protección del poder público y de su administración imponen la obligación ética de combatir, de enérgica como efectiva manera, el dantesco drama de la corrupción que se ha convertido hoy en día en un auténtica pesadilla social a manera de un terminal cáncer público extremadamente difícil d erradicar.

Es que la corrupción, entendida esta como todo acto contrario a ley con el que se pretende obtener una finalidad, tiene como núcleo y “éxito” de su obrar, creativas e infinitas formas, increíbles maneras de presentarse y de conseguir sus funestos propósitos que conllevan consigo la intrínseca consecuencia de la vulneración de derechos y de la tendencia a crear un clima de anarquía y de abuso en el que reinan y se imponen prácticas incorrectas o inmorales que constituyen la antítesis misma a la finalidad del Derecho.

Al parecer, la corrupción constituye un verdadero estigma de la humanidad desde que ésta existe, desde la aparición misma de la estirpe. Por eso hemos de encontrar datos importantes en el incontenible discurrir de la historia y hemos de observar las diferentes regulaciones que han buscado combatir este incontenible fenómeno que concita al interés universal. Convenciones Internacionales, proclaman principios universales que son parte de nuestro sistema legal vigente, las mismas que tratan esta desviada conducta de la corrupción y precisan la impostergable necesidad de combatirla y sancionarla.

La lucha continúa. No ha perdido actualidad y seguramente perdure mientras no se consiga, como sublime anhelo, la sujeción honrada y respetuosa a la norma escrita de parte de todos y cada uno de los integrantes de una sociedad que no solo han aceptado

sino que, por fin, han entendido la imperiosa necesidad de acatar sus postulados e imposiciones como única forma de convivir armónico, de un convivir de justicia y de paz.

El ofrecimiento, la dádiva, la promesa, la paga o la remuneración como medios de obtener la prestación y el cumplimiento de un deber público es uno de los tantos y tantos rostros que tiene este auténtico monstruo que consigue la transgresión legal, otras de las veces consigue beneficio económico de los sujetos que intervienen en el corrupto acto, pero siempre, sin excepción alguna, produce el quebrantamiento de derechos ajenos y sobre todo hiere, letalmente, a la administración pública.

Podemos afirmar que la conducta brevemente referida y dentro del ámbito jurídico-penal tiene regulación especial y conocida, casi generalmente, como el DELITO DE COHECHO que es, propiamente, el que estudiamos para luego de su análisis lo más amplio posible lleguemos a enfocarlo, ya específicamente, dentro de nuestra regulación penal. Solo su estudio y cabal tratamiento permitirán saber si la reglamentación vigente se encuentra acorde a la realidad y si, sobre todo, cumple o no con su misión de prevenir su presencia y de sancionar, sin dejar resquicio alguno para su evasión, cuando éste se produzca.

Quedaría este trabajo justificado si consigue despertar el interés de combatir, desde todos los ámbitos legales posibles, el drama de la corrupción y encontraría profunda satisfacción conseguir que los criterios y propuestas que al fin se lleguen a presentar, sean acogidos por quienes tienen a su cargo la imperiosa tarea de su reglamentación.

CAPITULO I

1.1 Generalidades con respecto a los delitos contra la Administración Pública

1.2 Generalidades del delito de Cohecho

1.3 Breve historia del Delito

1.4 Concepto y naturaleza jurídica del delito de cohecho

1.5 Elementos que configuran el delito de cohecho

1.6 Sujetos activo y pasivo

CAPITULO 1

1.1 GENERALIDADES CON RESPECTO A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CONCEPTO

Guillermo Cabanellas define a la Administración Pública como “La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el Derecho Administrativo.” (CABANELLAS 544). Sin embargo, el autor hace sólo referencia al “Poder Ejecutivo” como sujeto de la actividad pública sin tomar en cuenta a la Función Legislativa y Judicial que también lo son.

Carlos Creus define a la Función Pública como sinónimos de la Administración Pública en un sentido propio determinando a esta como

La que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación de Estado en la persona del funcionario y que tiene una repercusión fuera de la administración, ya que expresa la voluntad de los administrados y, sobre ellos, aunque sean a su vez funcionarios o empleados, ora que se configure como función pública asumida libremente por el funcionario, ora como carga pública en quien se vio obligado a asumirla, ya se trate de una función de autoridad- representando e imponiendo la voluntad del Estado en cuanto desarrollo de poder- o de simple gestión (Creus 281).

Sin embargo, cabe recalcar que las “repercusiones” a las que el autor se refiere no solo existirían fuera de la administración sino dentro de esta también, puesto que, con el cometimiento de un ilícito o infracción por parte de un funcionario en ejercicio de su cargo- aparte de ocasionar daños a los administrados- ocasiona perjuicio a la administración per se, por cuanto esta colapsa, se produce un quebrantamiento de aquello que la administración pública, el Estado, debe conservar como objetivo primordial e imperativo: la seguridad jurídica.

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, sostiene que

La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren. (U. d. Azuay 136)

El autor sostiene que la Administración Pública es un proceso técnico y jurídico por cuanto a esta le corresponde la planificación, organización, dirección, coordinación, control y evaluación de los servidores públicos y las funciones que están obligados a desempeñar.

Por otra parte, el autor argentino Edgar Alberto Donna define a la administración pública como “

El poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas” o “el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de estos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aún cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes. (Donna 10)

Donna define a la administración pública como la gerencia que desempeñan los poderes del Estado a saber que estos (originalmente hablando) son el Legislativo, Judicial y Ejecutivo (división tripartita de poderes según Montesquieu). Dicha gerencia debe estar, sin duda alguna, encaminada en el primer caso (Poder Legislativo) a la promulgación, reforma, derogación e interpretación de leyes, tal y como lo establece la Constitución del Ecuador. En el segundo, esto es refiriéndonos a la Función Ejecutiva, a todo aquello establecido en el art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador y, en el tercero, a la correcta administración de justicia.

La gestión de los servicios a los que el autor hace referencia comprende, no solamente aquellos realizados por los funcionarios representantes de cada Poder del Estado sino, también, de todos aquellos organismos dependientes de este, cuya finalidad sea prestar un servicio público. Ahora si bien se habla de una facultad que tienen únicamente quienes ostentan la calidad de servidores públicos, aquellos organismos autónomos conformados por particulares que prestaren un servicio público no estarían sujetos o no pudieran ser sujetos de un delito en contra de la administración pública tal y como lo establece Donna en el concepto transcrito en líneas anteriores “o por medio de organismos autárquicos, aún cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.”. De acuerdo a este concepto una empresa privada conformada por particulares que preste un servicio a la comunidad, como ejemplo una librería, una agencia de viajes, etc., que hayan sido constituidas como Compañías de cualquier tipo pudieran ser servidores públicos y ser sujetos de delitos contra la administración pública lo que es erróneo.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen varias corrientes que determinan cual debería ser el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública a saber:

a. Teoría Italiana: Esta corriente determina que el bien jurídico protegido en la Administración Pública es el de la regularidad del desarrollo de las funciones del Estado con el objetivo de alcanzar los fines buscados por cada poder.

b. Teoría Española: El exponente más alto de esta teoría es el español Alejandro Gorizard quien determina ya desde su obra en 1870, El Código Penal, que la protección del bien jurídico va encaminada a “asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas, de la dignidad de la administración pública, infracción de los deberes del cargo, elevación de injustos administrativos a la categoría penal” (Gorizard 91),

Es decir, que al igual que la teoría italiana Gorizard sostiene que el bien jurídico protegido en este caso es el de correcto, eficaz y digno funcionamiento de las actividades públicas.

c. Teoría Alemana: Esta teoría defiende dos tipos diferentes de delitos cuando de funcionarios públicos se trata: el primero hace referencia a aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, y un segundo que hace referencia a los ilícitos cometidos por funcionarios no relacionados con el cargo que desempeñan. Dejando al segundo grupo de lado, puesto que el bien jurídico protegido dependerá del delito en que hubieren incurrido ya que nada tendría que ver con la Administración Pública; esta escuela determina que el bien jurídico protegido cuando de delitos en contra de la Administración Pública se trata es la “fidelidad a la pureza de la administración pública” (Maurach 612). Lo que, de una manera u otra coincide con las teorías anteriormente expuestas.

d. Teoría Argentina: Esta doctrina habla de “la preservación de la función pública” (Donna 15) como bien jurídico protegido, es decir, que la finalidad de protección a la administración Pública es la de resguardar a los poderes estatales y no solo en el desempeño de sus funciones individuales, sino a la “típica función administrativa de todos ellos” (Donna 15), es decir, no se trata de preservar la Función Ejecutiva o

Legislativa o Judicial únicamente, sino al Estado como tal y de sus miembros que son no sólo los funcionarios que desempeñan un cargo, sino los particulares que son quienes constituyen el Estado y sobre quienes surten efectos las gestiones públicas.

En resumen, y recopilando las escuelas a las que nos hemos referido en líneas anteriores, se puede determinar, que de una u otra manera el bien jurídico protegido, cuando de la administración pública se habla, es la preservación, el cumplimiento o la pureza (como manifiestan autores argentinos) de todas aquellas funciones o atribuciones que tienen el Estado o sus dependencias. Con esto, lo que se pretende es asegurar, proteger, precautelar el correcto y eficaz funcionamiento del Estado y sus dependencias con la finalidad de obtener aquello que se debe tener como principio universal: seguridad jurídica para los administrados así como para quienes se encontraren desempeñando un cargo público. Y esta finalidad es el motor que ha impulsado a los legisladores, a través de los años, a la creación y promulgación de leyes encaminadas, precisamente a precautelar, este bien jurídico que, a mi criterio, más que de un bien se trata de un derecho, un principio universalmente conocido como seguridad jurídica que ha sido definido, de manera acertada, por Cabanellas como aquella

Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, torpeza, mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica solo se logra en los Estados de Derecho porque, en los de régimen autocrático y totalitario, las personas

están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder.
(CABANELLAS 874)

EL AUTOR

En cuanto al autor cabe recalcar que, nuestra legislación de manera tácita, sustenta dos grupos cuando de delitos en contra de la Administración Pública se trata, uno de aquellos ilícitos cometidos en por un funcionario público y, otro que hace referencia a los cometidos en contra de un administrador público.

En el primer caso estaríamos hablando de aquellos delitos tipificados en nuestro Código Penal, en los arts. 218-234, en los que el sujeto activo es un particular, es decir, el agravante no necesariamente debe ser funcionario Público pero el agraviado sí como es el caso de los delitos de Rebelión, Tentativa de Asesinato al Presidente o a funcionarios públicos, Provocación a Duelo, Actos físicos violentos o injurias contra el Presidente u otros funcionarios, desacato, etc.

En el segundo, estamos frente a delitos cometidos por un Funcionario Público en ejercicio de su cargo- necesariamente la persona que desempeña un cargo público debe cometer el delito en ejercicio de sus funciones, es decir con relación a las funciones que ha venido ejerciendo, caso contrario dicha persona sería culpable de otro tipo penal que nada tendría que ver con la administración pública- como es el caso de aquellos tipos penales establecidos en los arts. 287,285 y 292 (prevaricato, cohecho-tratamiento aparte- delitos contra la actividad judicial), determinado esto, es evidente que el sujeto activo en este tipo de delitos es el Funcionario público que, en ejercicio de sus

facultades, recibe dádivas o remuneraciones por la prestación de un servicio público en unos casos o, dicta un fallo en contra de norma expresa en otros. Mientras que, en este caso el sujeto pasivo de la acción es el particular.

Sin embargo, ya sea como sujeto activo o pasivo, es imperativo que dentro de este tipo de delitos- administración pública- uno de los sujetos que intervenga en ellos debe y será siempre un funcionario público en ejercicio de su cargo.

Donna manifiesta que “estos tipos penales exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público” (Donna 17). No obstante, y como ha quedado establecido en líneas anteriores no se podría, ni remotamente, hablar siempre del funcionario público como AUTOR de un delito en contra de la administración pública puesto que, dicho sujeto puede también ser parte pasiva de un delito, simplemente se requiere que una de las dos partes sea funcionario público más no que éste sea autor del injusto, para que se cumpla con el tipo penal establecido en la Legislación Ecuatoriana.

1.2 GENERALIDADES DEL DELITO DE COHECHO

El autor chileno Alfredo Echeberry determina que este delito es una de los más antiguos conocido, en ese entonces, como corrupción.

El Dr. Simón Valdiviezo determina que:

La corrupción administrativa es una forma de criminalidad y que ha sido avizorada, hace poco tiempo, pese a que es de vieja data, es lo que pretendemos señalar a través de este trabajo; así como nos proponemos indicar que existen formas de corrupción que no se encuentran insertas en los Códigos Penales, y no por desidia legislativa, sino por el carácter mismo de la ley Penal, y que finalmente las conductas delictuosas de esta clase, tienden a la impunidad, por las condiciones político y sociales del Estado y la esencia de la ley punitiva. (U. d. Azuay 111)

El autor determina que existen casos en los que dicha corrupción administrativa termina en impunidad opinión que, a mi parecer, es acertada ya que en el tipo penal objeto de este estudio no contempla normativa eficaz suficiente para erradicar por completo el cometimiento de delitos como es el hecho de no existir sanción alguna para quien “soborna” sino únicamente para el funcionario que acepta; se requiere de doble vía en la acción, no obstante, la sanción es unilateral quedando así impune el corruptor- se analizará posteriormente.

Nuestra Legislación contiene- Código Penal Ecuatoriano- un capítulo completo referente al delito materia de este estudio. Sin embargo, existen situaciones no determinadas en la Ley como es el caso del concepto del tipo penal, únicamente determina quienes son sujetos de este delito; o el tema de las sanciones, de la posibilidad de tentativa de cohecho- se estudiará posteriormente-, etc.

1.3 BREVE HISTORIA DEL DELITO

Se debe mencionar, previamente, que el tipo penal de cohecho nace como consecuencia de abusos por parte de quienes gobernaban en la época del Imperio Romano, con el objetivo de que dichos abusos se eviten en el medio.

Autores latinoamericanos determinan que este tipo penal existía ya desde el Derecho Romano conocido como “crimen repetundarum” que en principio no era delito en contra de la administración pública sino que hacía referencia a la adquisición ilícita, por lo mismo dicha acción podía ser entablada en contra de cualquier persona sin la necesidad de que uno de sus sujetos fuera un funcionario público. Sin embargo, la acción impedía ya aceptar “sobornos” a quienes estaban a cargo del cobro de impuestos del imperio Romano, dando como consecuencia la devolución de lo percibido por los funcionarios con la finalidad de preservar el interés de la colectividad y de combatir los delitos denominados como exacción y corrupción-entendido el primero como el cobro de un servicio público que era gratuito.

Posteriormente, el Código Penal español que data de 1886 determinaba que

Todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado en cualquier rama de la administración pública, que recibiese dinero o cualquier otra dádiva, o que aceptase una promesa, directa o indirecta, para hacer o dejar hacer alguna cosa, será castigado con la pérdida del empleo, e inhabilitación por cinco a diez años para obtener otro alguno, y con una multa igual al triple del valor de la dádiva o promesa. Si estas si la hiciesen en cumplimiento de sus deberes, perderá su empleo y pagará el duplo del valor de la gratificación o recompensa. (Donna 210)

En la actualidad, el código Penal ecuatoriano determina, en su art 285, que

Todo funcionario Público y toda persona encarga de un servicio público que aceptare 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, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos e Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido. Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes bien sea por ejecutar en el ejercicio de sus empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación. (Código Penal 285)

Tal y como se desprende la legislación anteriormente transcrita, el tipo penal de 1886 no difiere mucho actualmente establecido en nuestra legislación. En ambos se contempla la posibilidad de una acción u omisión, justa o no, de un acto por parte de un funcionario público a cambio de dádivas, promesas o remuneraciones de cualquier tipo. Sin embargo, en cuanto a las sanciones se refiere el cambio es drástico, en el primer caso se habla de la pérdida de trabajo, mientras que en el segundo la sanción es prisión o reclusión en contra del funcionario público.

1.4 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE COHECHO

Etimológicamente el término cohecho proviene del latín “coactare” que quiere decir forzar u obligar.

El Código Penal Ecuatoriano no da una definición de Cohecho, únicamente determina quienes son reos del delito. Sin embargo, la doctrina en este sentido es muy amplia, a saber que varios autores definen al cohecho como:

Acción o efecto de cohechar o sobornar a un funcionario público. Constituye un delito contra la administración pública en el que incurren tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo. En algunas legislaciones, y ello es lógico, se estima que el delito reviste mayor gravedad cuando el cohechado es un juez. Se configura, por parte del funcionario público, por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva y aceptar una promesa para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, con el fin de que ese haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o, en cuanto al juez, para dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asuntos de su competencia. (CABANELLAS 177)

Antón y Rodríguez definen a este delito como “el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a **actos** de su oficio.” (Echeberry pg. 224)

De los conceptos anteriormente transcritos, Cabanellas es quien mejor define al tipo Penal puesto que los otros autores no contemplan elementos constitutivos fundamentales para la configuración del delito como lo es la omisión, es decir, no sólo comprende hacer-acción- ejecutar un acto justo o injusto no sujeto a retribución, sino también no ejecutarlo, dejar de hacer, abstenerse de actuar dicho acto injustamente.

Como se desprende de la definición del delito, y de nuestra legislación, son características del mismo el hecho de que es un delito de resultado y no de mera acción, que requiere de un sujeto calificado, ya sea activo o pasivo, para su consolidación, que es un tipo penal de doble vía, es decir que necesita de la voluntad de más de una persona-exige bilateralidad-, que no solo comprende acciones-hacer, actuar-, sino también dejar de ejecutar un acto cuando se tiene la obligación de hacerlo. Todos estos temas serán abarcados a posteriori.

Personalmente me permito formular un concepto del tipo penal diciendo que es un delito en contra de la administración pública consistente en la recepción de dádivas, presentes o cualquier remuneración por parte de un funcionario público, en ejercicio de su cargo, con la finalidad de actuar o abstenerse de hacerlo, ya sea justa o injustamente, cuando dicha actuación sea gratuita e imperativa.

NATURALEZA JURÍDICA

El objetivo principal de la penalización de este tipo de conductas, la deontología, es decir, la razón de ser de la norma en sí, radica precisamente, en la protección del correcto funcionamiento de la administración pública y busca el cumplimiento del mismo principio que busca la administración pública per se, a saber que es la garantía de la existencia de la seguridad jurídica tanto para administradores como para sus administrados. Sin ello, la certeza jurídica, junto con todos los principios universales y constitucionales se desmoronarían quedando en letra muerta; y por esto es que se vio la imperiosa necesidad de regular todas aquellas conductas delictivas que de la

administración pública se desprendan y, más aún aquella objeto del presente estudio, que es, como se estableció en líneas anteriores, la que más corrupción encarna.

1.5 ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO DE COHECHO

Para que el tipo penal se configure se necesitan de elementos indispensables, es decir, la falta de alguno de estos, el delito no existiría a saber que:

En primer lugar nos referiremos a los elementos objetivos del tipo, en que todo acto delictivo, para ser susceptible de sanción, debe contener:

a. Típico: Debe encontrarse establecido o regulado en la legislación en honor al principio de legalidad al que el Derecho Penal se sujeta: No existe crimen, ni pena **sin ley previa** que así lo establezca- nullum crimen, nula pena, sine lege.

b. Antijurídico:

La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general (no sólo al ordenamiento penal). Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación. La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito. (Wik12)

Tal y como se encuentra determinado en líneas anteriores, es antijurídico todo aquello que contraviene al Derecho.

a. Voluntario: Cabanellas define a la voluntad como aquel “acto de admitir o repeler algo. Consentimiento. Aceptación o rechazamiento.” (CABANELLAS 1002). Se puede colegir que el concepto de voluntad implica la acción u omisión de una actividad consentidamente. Este elemento es indispensable para que el tipo penal- delito- se configure, la ausencia de este elemento- como de cualquier otro- implicaría la desaparición del tipo penal. En consecuencia, para la existencia de un delito deben concurrir dos manifestaciones de voluntad: dolo o culpa. En el primer caso estamos hablando de aquella intención positiva de irrogar o inferir daño a otro; y, en el segundo hablamos de aquel acto imprudente, negligente o acompañado de impericia o inobservancia a las leyes y reglamentos.

b. Punible: Dentro de este concepto se encierran

Aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi. (Manzini 267)

Podemos determinar que para que una actuación, que cumpla con todos los elementos anteriormente mentados, debe ser, además, imputable a un individuo. Dicho término-punibilidad- incluso llegó a ser utilizado como un sinónimo de reprochabilidad en legislaciones latinoamericanas- Paraguay.

Ahora bien, los elementos del tipo penal específico objeto de este estudio, además de los anteriormente indicados, son:

a. Bilateralidad de la acción: Que implica el consentimiento de por lo menos dos personas- cohechante y cohechado- para su perfeccionamiento.

b. Sujeto Calificado: Que, evidentemente, hace referencia al hecho de que uno de los sujetos que intervienen en el delito- ya sea como cohechante o cohechado- debe ser, imperiosamente, un funcionario público. La inexistencia de este elemento desvirtuaría el tipo penal del cohecho.

La doctrina se ha planteado la interrogante en cuanto al caso de un personero- mandatario- del funcionario jurídico que acepte dones, presentes o cualquier tipo de dádiva ya sea en representación de su mandante- funcionario público- o por voluntad propia. La pregunta sería en el primer caso: si es que el mandatario comete el delito- cohecho- es únicamente responsable el mandante o el personero también puesto que ha recibido una dádiva a sabiendas de que está cometiendo un delito? Y, en el segundo caso, es bastante evidente que el responsable sería el mandatario que recibe la dádiva por voluntad propia, sin que su mandante- funcionario- tenga conocimiento de ello.

c. Aceptación de ofertas o promesas: En primer lugar se requiere de la voluntad de ambas partes- por ser de carácter bilateral-, es decir, el ánimo de una parte de ofrecer una oferta o promesa, y por otra, el de aceptar dicha oferta o promesa. Por ende, la mera insinuación de una de las partes no constituiría delito de acuerdo con la normativa ecuatoriana legal vigente.

En cuanto a la oferta, esta constituye una declaración de voluntad por parte de un sujeto a otro con la finalidad de provocar la adhesión del destinatario a la propuesta. No obstante, al ser un delito de resultado y no sólo de acción, la finalidad, para que se configure el delito, debe ser que dicha oferta sea aceptada por el funcionario público sin constituir, la sola provocación del cohechante, delito alguno si esta no es no aceptada por dicho funcionario. En segundo lugar, conforme se desprende de la norma-art. 284 CP- parecería que el hecho de que un administrador público acepte una oferta ya constituye delito de cohecho sin que sea necesario que esta oferta se materialice, a manera de ejemplo: si A ofrece a un juez dos vacas a cambio de abstenerse de dictar sentencia y B-juez- acepta dicha oferta quedaría consolidado el delito sin necesidad de entregar en ese mismo instante las dos vacas.

Refiriéndonos a la promesa, que puede ser definida como una manifestación de voluntad mediante la cual se le hace saber a un sujeto que se le va a dar algo o hacer algo por él, tendría trato similar al determinado en la oferta, es decir que no se requeriría el cumplimiento de la promesa para la configuración del delito sino bastaría con aceptación del funcionario público de la mentada promesa.

d. Recepción de dones o presentes: El tipo penal comprende también la recepción de cualquier tipo de dones o presentes a cambio de la ejecución de un acto justo no sujeto a remuneración de un funcionario público en ejercicio de su cargo. En este caso el delito se perpetuaría con la entrega material del don o presente por parte del cohechante y la recepción de dicho objeto por parte del funcionario público.

Muchos autores manifiestan que el tipo penal hace referencia a la recepción de cualquier tipo de dádivas por cuanto- de acuerdo con Donna- la palabra significa la recepción “sin retribución económica, es decir, sin contra prestación. La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador.” (Donna 846) Se hace claramente referencia a retribución económica puesto que dicha dádiva es a cambio de la prestación de un servicio, ya sea justo o injusto, gratuito por parte de un funcionario en ejercicio de su cargo. Sin embargo, el problema se plantea por cuanto algunos doctrinarios manifiestan que las dádivas a las que hace referencia la legislación deben ser o tener, necesariamente, un valor económico; mientras otro grupo de autores determinan que la normativa establece cualquier tipo de retribución o prestación tenga esta o no valor pecuniario. Personalmente comparto el segundo criterio, de no ser así, se deja desprotegido una gama amplísima de posibilidades de corromper a través de medios carentes de valor económico, a manera de ejemplo si A ofrece favores sexuales a un juez a cambio de abstenerse de dictar sentencia y este acepta, se comete un delito de cohecho sabiendo que los favores sexuales no tienen valor económico, mas no por este motivo el tipo penal se des configura.

Otro criterio objeto de estudio hace referencia a la proporcionalidad de la dádiva que, si bien la ley no establece una proporcionalidad de medios-como sucede en otros tipos penales, a manera de ejemplo la legítima defensa- la dádiva debe ser en primer lugar aceptada por ambas partes y, en segundo la suficiente para lograr la actuación u omisión por parte del funcionario público.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto el verbo rector en este caso sería aceptar y recibir ofertas, promesas, dones o presentes.

1.6 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

SUJETO PASIVO

Varios autores dan una definición de sujeto pasivo: El tratadista Manzini sostiene que sujeto pasivo es “en todo caso, es siempre y exclusivamente el Estado o la otra entidad pública de que el sobornado depende.” (Manzini 233)

Sebastián Soler comparte con la definición dada por Manzini diciendo: “El sujeto pasivo de la corrupción es siempre y exclusivamente el Estado.” (Soler 177) (Por corrupción se refiere al delito de cohecho puesto que éste era identificado con ese término).

Alfonso Gómez determina que “El sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública, único bien que resulta afectado con la conducta del actor.” (Mendez 12). Sin embargo, este concepto no resulta del todo acertado ya que, si bien el Estado es afectado siempre, mal se podría creer que la única afectada sea dicha Institución, el perjuicio también puede ser generado en contra de terceros particulares como en el caso de la mala administración de justicia en la que un judicial se abstenga de dictar sentencia oportunamente, cumpliendo con el principio constitucional de celeridad, por haber recibido remuneración o dádiva a cambio de no hacerlo.

Rogelio Saravia, en su obra “Curso de Derecho Penal”, manifiesta que “El sujeto pasivo de este delito genéricamente, es el Estado o la Administración Pública en forma directa por la afectación de su prestigio, pero indirectamente lo es la sociedad, por el descrédito que se genera respecto de sus instituciones.” (Saravia 713). Personalmente

comparto con el criterio de Saravia ya que, si bien el Estado es siempre perjudicado cuando de delitos en contra de la administración pública se trata como sucede con el cohecho, la sociedad también se vería perjudicada, y no sólo por el descrédito que se genera respecto a sus instituciones sino por el simple hecho de dicho descrédito acarrea descrédito ala sociedad puesto que el Estado y sus entidades son sus representantes.

SUJETO ACTIVO

Manzini señala que “Sujeto activo del delito de cohecho pasivo impropio, puede ser, ante todo, el oficial público” (Manzini 267)

Rogelio Saravia y Jorge Luis Villada definen al sujeto activo diciendo que “sujeto activo es un funcionario público, o terceros corruptores.” (Saravia 712). Sin embargo, esta definición es demasiado amplia y, a mi criterio, incorrecta por cuanto al decir “o terceros corruptores” se habla de cualquier persona acepte dádivas, dones o presenten, eliminando así al tipo penal como delito calificado.

Donna argumenta que “Este tipo penal es un delito de lo llamados especiales propios, por lo tanto sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público.” (Donna pg. 224)

Como se puede colegir de las definiciones dadas por los diversos autores antes expuestos, el tipo penal requiere de un sujeto calificado para su configuración que, en este caso, es siempre un servidor público. Sin embargo, en ninguna definición, tanto del sujeto activo como del pasivo, se encuentra regulada la situación de quien ofrece dádivas dones o presentes as dicho funcionario, nada se habla del sujeto indispensable

para la configuración del delito ya que al ser un delito que requiere de bilateralidad en la acción, la regulación en cuanto a los sujetos que intervienen, a todos ellos, debería también ser bilateral y, al no darse esto, la situación jurídica de quien ofreciere dádivas dones o presentes queda en el limbo. No obstante, y personalmente, se podría determinar que se trata de la actuación o intervención de dos sujetos activos; por una parte está quien ofrece cualquier tipo de dádiva- sea éste funcionario público o no- y, por otra, quien acepte dicha dádiva a cambio de la realización u omisión de algún acto referente al ejercicio de sus funciones.

CAPITULO II

2.1 Clases del delito de cohecho

2.2 Marco jurídico vigente en el Ecuador sobre el delito de cohecho

2.3 Eficacia de la norma con respecto al delito de cohecho

2.4 Eficacia de la aplicación de la norma en torno al cohecho en legislaciones extranjeras

2.1. CLASES DE COHECHO EXISTENTES EN EL ECUADOR

El Código Penal determina que:

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dote o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido.

Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de seis a treinta dólares de los Estados Unidos de Norte América a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación. (Código Penal 285)

El Tipo penal, al contener como elemento constitutivo esencial a la bilateralidad de la acción para ser tal, reconoce dos tipos o formas de cohecho relacionados no con los sujetos que intervienen sino, más bien, referentes a la acción que realicen los sujetos, a saber que estas son cohecho activo y pasivo.

En cuanto al primero- cohecho activo- es definido por el autor Manzini como un “acto del sobornador”, es decir que, atendiendo al presupuesto de la bilateralidad anteriormente descrito, el cohecho activo consiste en la actividad o acción de ofrecer dádivas, dones o presentes a un funcionario de la actividad pública o bien a la acción de exigir dones, dádivas o presentes de dicho encargado de un servicio público. En consecuencia el autor del cohecho activo es quien ofrece, en el caso de los particulares, y quien exige en el caso del funcionario público.

Por otra parte está la forma de cohecho pasivo que se ve plasmada en la acción, ya no de exigir o proponer, sino en el hecho delictivo de aceptar lo propuesto o cumplir con lo exigido.

Ahora bien, el problema que se plantea con respecto a esta clasificación es en cuanto a la utilidad de la misma por cuanto en la práctica, y sobre todo con la normativa vigente en el Ecuador, no tendrá sentido hacer diferencia alguna entre cohecho activo y pasivo. Esto se debe a que, en primer lugar siempre va a existir la concurrencia de ambas clases de cohecho y, en segundo lugar, por cuanto no importa quien de los dos sujetos que intervienen en el tipo penal incurra en cohecho activo o pasivo puesto que el único sujeto sancionado por la configuración del delito es el funcionario público ofrezca o acepte lo ofrecido por el particular, sin que este último tenga sanción alguna- tema que será tratado en otro capítulo

2.2 MARCO JURÍDICO VIGENTE EN EL ECUADOR SOBRE EL DELITO DE COHECHO

Como es evidente, el tipo Penal del Cohecho, al ser un delito del que es víctima el mundo entero, se encuentra regulado tanto a nivel nacional, Constitución, Código Penal, como Internacionalmente, Tratados Internacionales de los que el Ecuador es suscriptor.

En cuanto a la Constitución del Ecuador: En primer lugar, existen diversas normas que hacen relación a los servidores públicos, sujetos calificados del delito de cohecho; en cuanto a su elección, al desempeño de sus funciones y a las consecuencias de sus actos como lo establecen los artículos 225, 226 y siguientes de la Constitución, en donde se determinan las atribuciones que pueden ejercer los funcionario públicos que será únicamente las establecidas en la Carta Magna.

En cuanto a sus funciones el artículo 233 de la Constitución establece que:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente, por el manejo y administración de fondos, bienes y recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas. (Constitución 233)

En cuanto a la norma antes citada se encuentran ciertos puntos que ameritan desarrollo. En primer lugar se establece que los servidores públicos acarrearán responsabilidades civiles, penales y administrativas. Civilmente hablando la responsabilidad consiste en repetir los pagado para resarcir el daño; penalmente dependerá del tipo de delito contra la administración pública cometido, en el caso del cohecho la pena impuesta será seis meses a ocho años dependiendo del tipo penal referente al cohecho; por último en el caso de sanciones administrativas será todo aquello referente a la pérdida de nombramiento o puesto público que se encontrare desempeñando.

En segundo lugar la norma hace referencia a las penas impuestas a los funcionarios públicos y la acción para perseguir a dichos funcionarios cuando hayan cometido un delito de esta naturaleza, diciendo que dichas penas serán imprescriptibles lo que constituye uno de los pocos casos en los que el tanto como la acción no prescriben, no así la mayoría de los delitos contra las personas, su honor, su vida-caso asesinato u homicidio d cualquier tipo-, su libertad sexual, etc.

En cuanto a lo transcrito en líneas posteriores, es decir, a lo concerniente a que en dichos delitos-contra la administración pública- podrán ser iniciadas las acciones pertinente e incluso juzgar a quienes incurran en el tipo penal incluso si esta estuvieren ausentes se presenta una excepción-por así decirlo- a los principios generales establecidos en la misma Constitución, es decir que no se trata de normas de mayor o menor jerarquía o especiales unas y generales otras, en cuyo caso la resolución sería

sencilla, se trata de normas contradictorias establecidas en la norma base e la legislación ecuatoriana.

El artículo 76 de la Constitución del Ecuador determina que:

En todo proceso en el que se determinen derecho y obligaciones de cualquier otro, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

(Constitución 76)

Con respecto al artículo pertinente al debido proceso se determina que en TODO procedimiento judicial, sin excepción alguna, se debe asegurar el cumplimiento de los principios contenidos en dicha norma, en consecuencia existe una contradicción en las normas contenidas en el art. 233 y 76 de la Constitución en cuanto en la primera que permite el inicio y juzgamiento del sospechoso, cuando de delitos de la administración pública se trate, en ausencia del imputado privándolo así del derecho legítimo a defenderse, a ser escuchado, a contradecir las pruebas presentadas por la contraparte, a conocer sobre el estado de su proceso, etc. ¿Cómo es escuchada una persona ausente?, ¿cómo se defiende?, ¿cómo tiene pleno conocimiento de lo que sucede en cada etapa o grado del procedimiento?. Estas interrogantes surgen con respecto al artículo 233

establecido en la Constitución, el mismo, que a mi criterio, lesiona o viola algunas de los principios contenidos en el artículo 76 de la misma por cuanto no se establece ni deja campo abierto a excepciones, se determina, de manera explícita, que tales principios serán aplicados de manera obligatoria a TODOS los procesos, incluyendo a aquellos referentes a delito contra la administración pública.

Por otra parte otra norma de la Constitución del Ecuador contempla, nuevamente, aquellos delitos que no prescriben, haciendo referencia a aquellos denominados de lesa humanidad, crímenes de agresión de un Estado, etc.; en dichos delitos no se encuentran enumerados aquellos contra la administración pública- lo que no es relevante porque la norma se encuentra posteriormente redactada-Sin, embargo nada se dice sobre si cabe o no la amnistía en este tipo de delitos- contra la administración pública, lo que si se encuentra especificado en el artículo 80 de la Constitución con respecto a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, etc.

En cuanto a los Tratados Internacionales: El Ecuador forma parte de diversos Tratados Internacionales, dos de los cuales hacen referencia al tema de la corrupción, a saber que estos son: La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, La Convención Interamericana Contra la Corrupción.

a. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (del año de 1997): Es una de las normas creadas por la Organización de la Naciones Unidas, de la que el Ecuador, forma parte y, por lo tanto, se encuentra sujeto a las normas y principios establecidos en dicha Convención. A continuación trataremos de las normas referentes al tema materia del presente trabajo a saber que:

El artículo 4 de la Convención determina que:

Protección de la soberanía

1. Los estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros estados. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

Lo que quiere decir que la leyes de cada legislación, incluida la Ecuatoriana, tendrán que adecuarse constantemente para estar en correlación con la convención, la misma que tiene igual jerarquía que la Constitución, por cuanto una vez ratificado un Tratado Internacional-en general- pasará a ser parte del ordenamiento jurídico interno ecuatoriano. Sin embargo, no se ha adecuado o modificado el tema referente al delito de cohecho lo que no permite una aplicación eficaz de la norma para combatir la corrupción tal y como se comprobará más adelante.

El artículo 5 establece:

Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos

públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Los Estados parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

En el caso del Ecuador, ninguna de estas medidas ha sido tomada con la finalidad de combatir la corrupción ya que, si bien, existe una regulación con respecto a los diferentes tipos penales que se denominan “delitos de corrupción”- concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito y en fin, delitos en contra de la administración pública- no son lo suficientemente efectivos para erradicar su cometimiento y esto se debe, precisamente, a que las normas son obsoletas, no han sido modificadas, reformadas o adecuadas a la realidad actual.

Artículo 15 de la Convención con respecto al cohecho específicamente:

Penalización y aplicación de la ley

Artículo 15

Soborno de funcionarios públicos nacionales

Cada estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

Artículo 16 de la Convención:

Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus

funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

En cuanto al artículo 15, son necesarias algunas observaciones, que a mi criterio, son de importancia. En primer lugar, y como es evidente, lo anteriormente transcrito si se encuentra regulado en el Código Penal Ecuatoriano como delito de Cohecho. Sin embargo, en el literal a se menciona que constituirá delito “la promesa, el ofrecimiento o la concesión A UN FUNCIONARIO PÚBLICO” lo que quiere decir, que la pena se establecerá para quien prometa u ofrezca concesiones o dádivas, no obstante, y como se verá adelante, nuestra legislación no contempla sanción alguna a quien promete u ofrece sino únicamente al funcionario público que acepta o recibe.

Con respecto al literal b se contemplan dos tipos penales. Un primero que hace referencia a la solicitud por parte de un funcionario público lo que constituye un delito de concusión es decir la solicitud o exigencia de beneficios, lo que no es, ni remotamente, materia de este estudio. Pero, además, establece la norma, como verbo

rector, a la aceptación por parte de un funcionario público de beneficios de manera directa o indirecta lo que constituye, claramente, y de acuerdo con nuestra legislación, un delito de cohecho.

El artículo 16 hace referencia, en cambio, al delito de cohecho internacional, figura jurídica que ni siquiera se encuentra contemplada en nuestra legislación, de forma alguna, ni siquiera se hace referencia a delitos internacionales contra la administración pública. Lo que, a mi criterio acarrea ya una violación a la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, ya que, la norma determina que todos los Estados contratantes “ADOPTARÁN” las medidas necesarias para incluir como delito al cohecho internacional, no se habla de la facultad de “poder hacer, poder adoptar” sino de la imperiosa obligación de hacerlo.

El artículo 17 de la Convención establece que:

Participación y tentativa

1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente convención.

2. Cada Estado parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente convención. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

Este es tal vez es una de las normas más importantes que se encuentran establecidas en este Tratado Internacional por cuanto establece dos figuras que no se encuentran establecidas en la legislación ecuatoriana- en otras legislaciones latinoamericanas se encuentra regulada la tentativa de cohecho como tipo penal autónomo- La primera hace referencia a que cualquier tipo de participación en el cometimiento de un delito, de los que trata la convención, pueda tener sanción- en el caso del cohecho nada se habla de participación, ni coautoría, es más, ni siquiera se impone una sanción a quien ofrece una dádiva a un funcionario público- y, por último se establece la facultad de incluir o regular dentro del marco jurídico interno de cada Estado la tentativa del tipo penal- cuyo estudio es uno de los objetivos del presente trabajo por considerarse de trascendental importancia para hacer efectiva la aplicación de la norma- lo que el Ecuador no ha hecho a pesar de encontrarse dentro de los países más corruptos del mundo enero y a pesar que existen normas internacionales de las que el Ecuador forma parte que han sido incumplidas unas, y no aplicadas otras por lo que forma parte de Tratados Internacionales de los que poco o nada se beneficia.

Artículo 34:

Consecuencias de los Actos de Corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los estados parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

De lo anteriormente establecido, se desprende que cualquier acto que resultare del cometimiento de un delito de corrupción no podrá, ni lejanamente, perjudicar a un tercero que ha actuado de buena fe y, por lo mismo cualquier consecuencia de dicho acto ilícito será resarcido, revocado o reformado para evitar el perjuicio a terceros. Por ejemplo en el caso de haber existido delito de cohecho por parte de un funcionario judicial que dictó una sentencia en consecuencia a una dádiva otorgada por una de las partes procesales, dicha sentencia sería revocada de inmediato- luego, claro está, de haber demostrado la existencia de la falta por parte del funcionario público- para evitar el perjuicio a un tercero inocente.

Por último el artículo 65 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción dice:

Aplicación de la Convención

1. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente convención. (Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)

Como ya se dijo, el Ecuador ha incumplido con esta disposición- no sólo tratándose del cohecho- al no adecuar su ordenamiento jurídico interno en correlación con los principios establecidos en la presente Convención de la que es suscriptor y por tanto ha vulnerado no sólo el Tratado Internacional analizado sino su propio ordenamiento jurídico interno por cuanto, las normas que al cohecho se refieren no son suficientes

para evitar que el delito quede, muchas veces en la impunidad, tal y como se ha de observar posteriormente.

De esta manera se han analizado las normas, materia de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que contiene preceptos relevantes para el estudio del delito de cohecho y que, además, contienen principios que forman parte de nuestro ordenamiento pero no son aplicados en la legislación ecuatoriana.

b. Convención Interamericana contra la corrupción: Esta norma internacional es creada por la Organización de Estados Americanos con la misma finalidad que el Tratado anterior: combatir la corrupción y tratar de regularla, de la manera más eficiente posible, todo aquello que se considera que es lo que mayor corrupción acarrea. Las normas que tienen relación directa con la materia objeto de estudio son:

Artículo 6 determina que:

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

b. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella. (Convención Interamericana contra la Corrupción)

Como es evidente. En el Tratado Internacional que se analiza, también se encuentra el tipo penal de cohecho establecido o regulado, no con el nombre de cohecho per se, sin embargo, la definición contenida en el artículo seis de la Convención define al tipo penal y lo establece como un acto de corrupción mientras que, en nuestra legislación prácticamente el concepto es el mismo- salvo algunos cambios que se verán adelante- y se encuentra contenido bajo el tipo penal de cohecho. No obstante, y al igual que en la

Convención de las Naciones Unidas, se considera también un acto de corrupción el OFRECIMIENTO A UN FUNCIONARIO PÚBLICO, es decir, que corrupto es considerado no sólo quien acepta- caso de funcionario público- sino quien ofrece u otorga cualquier tipo de beneficio a un funcionario público para la ejecución o abstención de ejecutar un acto justo o injusto no sujeto a remuneración referente al ejercicio de sus funciones. Por otra parte, también se determina como un acto de corrupción- que de hecho resultare del cometimiento de un delito de cohecho- el ocultamiento de las dádivas o presentes que se obtuvieren como consecuencia del cometimiento de este delito.

El artículo 8 contiene también la figura de cohecho internacional diciendo que:

Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta convención. Aquel Estado parte que no haya tipificado el soborno transnacional

brindará la asistencia y cooperación previstas en esta convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan. (Convención Interamericana contra la Corrupción)

La presente norma, al igual que la de la ONU, contempla también la figura del cohecho internacional, es decir, de aquel acto ilícito de “sobornar” o de ofrecer cualquier tipo de dádivas a un funcionario público de otro Estado. Se habla en la normas de la “acción” de prohibir y sancionar este tipo de cohecho- lo que en nuestra legislación no se encuentra regulado ni de cerca- y no de la “facultad” de hacerlo, es decir, se encuentra constituido, este principio, como norma imperativa- acarrea la obligación de- y no como ley facultativa- da a los Estados la opción de regular o no- siempre y cuando las normas del Estado que las regule no lo prohíban- lo que sucede en nuestro caso ya que no existe norma alguna que impida o vaya en contra de tipificar y sancionar el tipo penal de cohecho internacional en la legislación penal ecuatoriana. Sin embargo, en líneas posteriores se hace referencia, al tratamiento que debe darse en caso de no haber sido tipificado el cohecho trasnacional o internacional- caso del Ecuador- diciendo que si se llegare a cometer un delito de este tipo el Estado, aunque contenga tipificada la norma, tiene la obligación de cooperar y asistir con el o los Estados parte que hayan sido víctimas del delito. La manera que se establece en la propia Convención para cooperar y asistir en caso de ser parte en un delito de cohecho internacional, es precisamente dando curso con la mayor celeridad posible, a las demandas planteadas, otorgar todos los medios necesarios para la investigación y obtención de pruebas, es decir permitir la realización de todo tipo de actos- lícitos claro está- necesarios para la resolución del proceso.

c. En cuanto a la Legislación Penal Ecuatoriana: El Código Penal Ecuatoriano contiene un capítulo entero- con ciertas deficiencias- respecto al delito de cohecho.

El artículo 285 dice:

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren done o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido.

Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de seis a treinta dólares de los Estados Unidos de Norte América a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación. (Código Penal art. 285)

Esta norma es la que se encuentra vigente, respecto al delito de cohecho, en nuestra legislación, la misma que, a simple vista, no acarrearía problema alguno. No obstante, y a mi criterio, a más de las penas impuestas- que correctamente se diferencian dependiendo si se trata de un acto justo, sujeto o no a remuneración, o injusto; en caso de tratarse del segundo aspecto es evidente que la sanción será más grave en tanto que, a más de perjudicar a la correcta administración del Estado como en el primer supuesto, se perjudica también a un tercero inocente- se establece una sanción de carácter pecuniario que consistiría en la restitución del duplo o triple- de acuerdo al

caso- de lo percibido por el funcionario público la pregunta se plantea en el caso de aquel tipo de dádivas que no tienen carácter pecuniario- en líneas anteriores se había establecido que las dádivas no necesariamente tienen carácter pecuniario como sucede con los favores sexuales- en este caso ¿cómo se haría la restitución del duplo o del triple?, nada se dice respecto a este tema, lo que se entendería como que sólo aquellas dádivas de carácter pecuniario serían consideradas como cohecho y esto sería del todo incorrecto por cuanto todo tipo de dádivas, con carácter económico o no, a un funcionario público a cambio de la ejecución u omisión de un acto justo o no pero no sujeto a remuneración constituye cohecho.

Los artículos posteriores contenidos en el capítulo séptimo del Código Penal hacen referencia al cometimiento de ciertos actos ilícitos por par de los servidores públicos en ejercicio de su cargo, a cambio de ofertas, promesas, dones o presentes como es el cometimiento de un acto- ya no justo no sujeto a retribución- injusto, o el de un delito.

Se hace especial nombramiento a los servidores públicos de la Función Judicial quienes, a más de una sanción penal- cuatro a ocho años de reclusión- serán destituidos del cargo, que cabe recalcar el artículo 289 del Código Penal es el único de todo el capítulo referente al cohecho que manifiesta de manera explícita la destitución del funcionario judicial como sanción, sin tomarse ésta como sanción en los demás casos referentes a cohecho. No obstante, en los artículos referentes a los funcionarios judiciales, 288 y 289, también se hace referencia a la restitución del triple de lo percibido sin tomar en cuenta a aquellos dones, ofertas o presentes entregados que no tengan carácter pecuniario.

Los dos últimos artículos relacionados con el tipo penal serán objeto de estudio del capítulo siguiente y por lo mismo, no los trataremos dentro del marco jurídico vigente.

2.3 EFICACIA DE LA NORMA CON RESPECTO AL DELITO DE COHECHO

Ahora bien, luego de haber sido analizado todo el marco jurídico del delito de cohecho y, posteriormente con el análisis del caso práctico establecido en el último capítulo del presente trabajo, se dará a conocer varios problemas que pueden sucintarse en el tipo penal respecto de las normas que los regulan.

En primer lugar, y como ya se ha analizado, existen diversas normas jurídicas encaminadas al combate del delito, unas de carácter internacional, que son también internas de nuestro Estado pues así lo determina la Constitución, que no son tomadas en cuenta de forma alguna para regular la situación referente al delito de cohecho en el cuerpo legal especial, Código Penal, pertinente. Con el paso del tiempo las normas tratadas se han tornado insuficientes en la práctica para luchar contra la corrupción no sólo de funcionarios encargados de un servicio público, sino de personas que si bien no ostentan un cargo público, contribuyen de manera directa a la realización de un delito sin que se les aplique pena alguna, a excepción de los artículos 290 y 291 en los que se establece pena únicamente en los casos en lo que el CORRUPTOR mediante violencias o amenazas hubieren corrompido por dones o presentes a un funcionario público para ejecutar o abstenerse de ejecutar un acto aunque fuere justo pero no sujeto a retribución tendrán las mismas penas que el funcionario público. Sin embargo

se contempla únicamente a que corrompiera a un funcionario público en ciertas circunstancias y no en todas ellas, es decir, tendrá sanción sólo si ha corrompido mediante violencias o amenazas o sólo si lo ha hecho para que el funcionario público ejecute o no un acto JUSTO no sujeto a remuneración, sin embargo, ninguna pena se impone para el corrompa para el cometimiento de un delito o para quien corrompa para la ejecución de un acto injusto situaciones que, a mí parecer, son de mayor gravedad. La ley reconoce a quien ofrece cualquier tipo de dádiva como corruptor, es decir como parte esencial para la configuración del delito pero sólo lo hace en ciertos casos y no en todo lo que respecta al tipo penal por ejemplo no se contempla para quien cohecha en el simple caso del ofrecimiento, sin amenazas ni violencia, es decir sin compeler- textual, ente establecido en la ley- sin imponer, sin exigir, ningún tipo de pena.

Ahora bien, existe otra situación que no ha sido regulada en nuestro ordenamiento jurídico interno- y si ha sido regulada es de manera muy confusa- que consiste en el hecho del funcionario público que hubiere cometido un acto injusto o justo no sujeto a remuneración o un delito, en su defecto, por violencias o amenazas inferidas por el corruptor. De los dos últimos artículos, que serán estudiados detenidamente en el último capítulo de este trabajo, se desprende que quien corrompa, quien coheche por violencias o amenazas a un funcionario público tendrá la misma pena que este obtenga por el delito de cohecho, lo que sería totalmente incoherente. La doctrina, al expresarse de delito de cohecho, define al tipo penal como un CONTRATO ILICITO, puesto que, para su consolidación o configuración, requiere, necesariamente, de la voluntad de por lo menos dos partes, quien cohecha y quien acepta, que en este caso será siempre un funcionario público. Sin embargo, si carece una de las partes de dicha

voluntad- voluntad de aceptar puesto que es obligado mediante intimidación, violencia o amenazas- no existiría el tipo penal en sí puesto que no habría aceptación alguna, se trataría más de una obligación; no obstante, el último artículo determina que aquel servidor público que mediante intimidación- en general- ejecutare un acto de la misma manera, ¿Será sancionado por el delito de cohecho? ¿Cómo se sanciona a una persona por un delito que requiere necesariamente de aceptación expresa para su configuración si su voluntad se ve menoscabada por la intimidación proveniente del corruptor?; y, peor aún, ¿Cómo se establece la misma pena a quien obliga mediante amenazas o violencia a un servidor público para la realización u omisión de un acto, que a quien se ve prácticamente obligado a la realización de dicho acto?

Todas estas interrogantes surgen respecto al planteamiento de la eficacia de la normativa jurídica vigente en nuestra legislación, además de aquellas que hacen referencia a las violaciones o irrespetos de normas internacionales que forman parte de nuestra legislación y que han sido tratadas en líneas anteriores.

2.4 EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA EN TORNO AL COHECHO EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS

En la Legislación argentina el delito de cohecho fue regulado tomando como precedente del Código Penal Español que data del año 1886, el mismo que el artículo 250 determinaba que:

Todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado en cualquier rama de la administración pública, que recibiese dinero o cualquier otra

dádiva, o que aceptase una promesa, directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con la pérdida del empleo e inhabilitación por cinco a diez años para obtener otro alguno, y con una multa igual al triple del valor de la dádiva o promesa. Si estas se las hiciesen en cumplimiento de sus deberes, perderá su empleo y pagará el duplo del valor de la gratificación o recompensa. (Donna 210)

Como es evidente, existen ciertas falencias con respecto a este artículo- por lo mismo fue reformado en la legislación argentina posteriormente. En primer lugar se plantea la prohibición de trabajo lo mismo que, en nuestra legislación y diversos Tratados internacionales, constituye un derecho primordial del que nadie puede ser privado, ni ser sujeto de discriminación alguna por el pasado judicial. Otra de las falencias o diferencias con las legislaciones actuales- que serán estudiadas posteriormente- es que la pena consiste, además de la restitución del duplo o triple dependiendo de la legislación, en la imposición de una pena de acuerdo al grado de gravedad del cometimiento del delito.

El actual Código Penal argentino contiene un capítulo entero referente al cohecho que va desde el artículo 256 hasta el 259 a saber que:

Art. 256 dice que: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por interpuesta persona solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años. (Código Penal Argentino)

En términos generales el artículo al que se hace referencia en líneas anteriores no presenta mayor oposición con el Código Penal ecuatoriano además de la sanción de inhabilitación perpetua para volver a ocupar un cargo público. La diferencia con la legislación argentina se hace evidente en los artículos posteriores en los que se establece la tentativa de cohecho no existente en nuestra legislación y la penalidad directa a quien ofreciere dádivas a un funcionario público independientemente si este acepte o no. Además en el Código Penal Argentino se encuentra establecido el tema de cohecho internacional tal y como se evidencia en el artículo 258.

Artículo 258: Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, párr. 1. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 25 bis, párr. 2 y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo. (Código Penal Argentino)

Con este artículo tanto la penalidad al particular que interviene como uno de los sujetos necesarios para que se configure el delito; como la tentativa del tipo penal se

encuentran reguladas. En primer lugar la pena se establece para quien ofrezca o entregue dádivas, sin necesidad de que exista fuerza o violencia empleada por parte de dicha persona como si sucede en el caso de las penas establecidas en la legislación ecuatoriana y, en segundo, se establece el hecho de que con el sólo ofrecimiento por parte de un particular a un funcionario público se constituiría ya un delito sin que exista la necesidad de que el funcionario público acepte. Por lo mismo si se da un ofrecimiento, por parte de un particular a un funcionario público, de una dádiva esta norma le daría la oportunidad al funcionario público de presentar una demanda en contra del particular por el delito de tentativa de cohecho, lo que no podría suceder en nuestra legislación puesto que se requiere de la consolidación del negocio ilícito para que se configure el delito, es decir de la aceptación por parte del funcionario público; el mero ofrecimiento no constituye delito en nuestra legislación a diferencia de la legislación argentina.

Como se encuentra señalado en líneas anteriores en la legislación argentina el tipo penal de cohecho internacional y la tentativa del mismo se encuentran reguladas a saber que el artículo 258 del Código Penal Argentino determina que:

Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial. (Código Penal Argentino)

Sin embargo, el tipo penal únicamente contempla el hecho del cohecho cuando se relacione con transacciones comerciales o que tengan el carácter de económica, dejando así una especie de inatención a todas aquellas otras finalidades que pretenda el corruptor y que no sean transacciones pecuniarias.

El Código Penal Español contiene normas similares a las contenidas en el Código Penal Ecuatoriano. Sin embargo, a diferencia del Ecuador y en concordancia con el Código Penal Argentino- e incluso con una regulación más amplia que este- España contiene un artículo de gran importancia para el tema de estudio que determina la responsabilidad del particular en cada uno de las diversas formas de cohechar y la tentativa del delito- el que será analizado posteriormente. No obstante, apartando dicha norma la regulación del delito de cohecho en el sistema penal español es prácticamente similar al ecuatoriano y español.

El Código Penal Chileno al igual que las demás legislaciones analizadas, mantiene el mismo principio en cuanto a la definición del cohecho. No obstante, al igual que Argentina y España contiene sanciones para el particular o corruptor, aunque no se establece el tipo de tentativa de cohecho.

Se ha procedido al análisis de las normas establecidas en legislaciones que también contemplan al delito como delito en contra de la administración del Estado y no como delito de corrupción como tipo autónomo.

CAPITULO III

3.1 La tentativa de cohecho

3.2 Planteamiento de reforma con respecto al tipo Penal en el Ecuador

3.3 Planteamiento de reforma con respecto a las sanciones de los sujetos intervinientes en el delito.

3.4 Análisis de la aplicación del tipo penal en un caso práctico

3.1 LA TENTATIVA DE COHECHO EN EL ECUADOR Y OTRAS LEGISLACIONES

Después de haber analizado el tipo penal del cohecho en el Ecuador y otras legislaciones es necesario centrarse ahora en el objeto que originó el presente trabajo. El delito de cohecho es una de los tipos penales que se encuentra regulado en casi todas las legislaciones por la importancia de este y porque, como ya se dijo antes, el tema de la corrupción en los Estado es de preocupación mundial. Sin embargo, la regulación de este delito, en las diversas legislaciones difiere en su contenido, como se verá en líneas posteriores.

En algunos delitos la figura de la tentativa es indiscutible como sucede en el caso del asesinato cuya norma determina que quien realizare actos conducentes de modo inequívoco para el cometimiento de dicho delito responderá por tentativa del delito. Esta figura se encuentra establecida en algunos tipos penales.

El autor Guillermo Cabanellas define a la tentativa de delito como:

Para el Código Penal español existe tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y espontáneo desistimiento. Se diferencia de la frustración y de la consumación del delito.

A los autores del delito se le impone la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio judicial, o la señalada para el delito consumado, salvo estar penada especialmente la tentativa, caso en que se aplicará la sanción prevista. (CABANELLAS 136)

El autor no da una definición de tentativa propiamente, se remite al Código Penal español y en la definición que este da para el tipo penal.

La tentativa consiste en la realización de actos conducentes de modo inequívoco para el cometimiento de un determinado delitos; en este caso del cohecho. Sin embargo existen autores como Soler y Carrara quienes argumentan que en el tipo penal, objeto de este estudio, no cabe la posibilidad de tentativa por cuanto se requeriría de la aceptación del sujeto calificado para la existencia de la infracción. Personalmente, discrepo con las opiniones de estos autores arguyendo precisamente lo contrario, es decir, que la figura de tentativa cabe en el delito, por cuanto, en el primer caso, es decir cuando hablamos de un particular que ofrece una dádiva de cualquier tipo, incurre ya en una infracción de intentar corromper a un funcionario público con la intención positiva implícita de causar un perjuicio a la correcta administración de la función pública, por lo que con el ofrecimiento de una dádiva- sin necesidad de que el funcionario público acepte- incurre ya en el intento de cometer un delito por cuanto realiza actos conducentes de modo inequívoco para realizar el delito que no llega a consumarse por actos ajenos a su

voluntad- como puede suceder en caso de que el servidor público no acepte. Ahora bien, en caso contrario, es decir, si quien propone es el funcionario público si que el particular acepte, estaríamos frente al mismo supuesto anteriormente explicado, no obstante, y a mi criterio, las sanciones a los sujetos que incurrieren en el delito de tentativa no deben ser las mismas, conforme sustentaré posteriormente, por cuanto el bien jurídico vulnerado sería el intentar quebrantar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

La regulación del delito de cohecho en el Ecuador no da la posibilidad de que exista la tentativa por cuanto la normativa, claramente, establece que se requiere de la ejecución de ambas partes para la consolidación del tipo penal, esto es, la aceptación de una dádiva, no se pena el ofrecimiento o la propuesta, sino la aceptación, lo que es irrefutable de acuerdo a la normativa vigente que establece que “Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa o recibieren dones o presentes...” con esto se deduce que es necesaria la aceptación por parte del funcionario público si tomarse en cuenta el supuesto de proposición por parte de dicho sujeto o de un particular como parte de un tipo penal.

El Código Penal Español contiene la posibilidad de tentativa de cohecho dentro de la normativa del tipo penal estableciendo, en el artículo 419 que “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, SOLICITARE o recibiere por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa...” (Codigo Penal Español)

Asimismo, el artículo 423 del mismo cuerpo legal fija que:

Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que estos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado prevista en el apartado anterior.
(Codigo Penal Español)

Como es evidente, el Código Penal Español contempla, claramente, la tentativa de cohecho como tipo penal. Se habla de las dos posibilidades que se pueden dar con respecto a la tentativa del tipo penal: En primer lugar de la situación en la que el particular ofreciere o intentare ofrecer, sin necesidad de que exista la aceptación por parte del funcionario público, se configura ya un delito y por lo mismo, se establece una sanción para dicha persona, mas no para el funcionario público por cuanto no se exige resultado. Y, la segunda situación consiste en la solicitud de una dádiva por parte de un funcionario público a un particular sin la necesidad de que éste la aceptare, en cuyo caso también se encuentra penado el comportamiento ilícito. De esta manera no queda vacío legal alguno respecto al tipo penal de cohecho ya que todas las posibilidades se encuentran correctamente reguladas.

Igual sucede en otras legislaciones como es el caso del Código Penal Argentino en el que se pena el ofrecimiento sin necesidad de que exista aceptación por parte e un funcionario público. De igual manera se encuentra regulada la solicitud por parte un funcionario público de cualquier tipo de dádiva a un particular como delito de cohecho por lo que también se encuentra regulad la tentativa del tipo penal al no ser necesaria la

ejecución, es decir, la aceptación del funcionario, tal y como lo establece el artículo 256 establece que:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años en inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por interpuesta persona solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. (Código Penal Argentino)

Asimismo, el artículo 258 del cuerpo legal antes citado, pena a quien ofreciere a un funcionario público cualquier tipo de dádiva al instaurar que:

Será reprimido con prisión de años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, párr. 1. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, párr. 2 y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo. (Código Penal Argentino)

El Código Penal Chileno, a diferencia de los dos anteriores, no establece la tentativa como figura delictiva por cuanto también se requiere de la ejecución el acto, es decir, de la aceptación del soborno para que se configure el delito, tal y como sucede en la legislación ecuatoriana e italiana.

Por último el Código Penal actual ecuatoriano, como ha sido analizado anteriormente, no establece la figura de tentativa de cohecho si no que requiere, indispensablemente de la aceptación del funcionario público para su consolidación tal y como lo establece el artículo 285 al decir que:

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, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ochos a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América. (Código Penal)

Es evidente, que en el tipo penal actual se requiere de la aceptación del funcionario para la configuración del delito, dejando por fuera al ofrecimiento o solicitud de cualquiera de las dos partes, ya sea del particular o del funcionario anteriormente nombrado.

Ahora bien, el Nuevo Código Integral Penal, que si bien no se encuentra vigente en la actualidad pero que en un no muy lejano se incorporará al ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto al delito de cohecho establece que:

Art. 243: La servidora o servidor público que reciba o acepte beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero sea para hacer, omitir, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones siempre y cuando el reporte de perjuicio a la víctima sea superior a cuatrocientas remuneraciones básicas unificadas del

trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas básicas unificadas del trabajador en general.

Si el perjuicio es igual o superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años.

Cuando el monto de la coima fuere igual o mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando el perjuicio sea inferior a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando el perjuicio no supere a una remuneración básica unificada del trabajador privado en general será sancionado con pena privativa de libertad de treinta a noventa días.

Serán comisados los instrumentos productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción.

Quien bajo cualquier modalidad ofrezca, de o prometa a una servidora o servidor público un donativo, promesa, ventaja o beneficio económico u otro beneficio de orden material para hacer, omitir, retardar o condiciones cuestiones relativas a sus

funciones será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. (Proyecto de Código Integral Penal)

Como es evidente el cambio referente al tipo penal de cohecho es radical. Desde el capítulo en el que se encuentra contenido está bajo otra denominación: “Infracciones contra la eficaz administración pública”, por lo que en este caso lo que se protege es precisamente el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico protegido. Sin embargo, existen ciertos puntos que si bien no son objeto específico de este estudio, vale la pena tratarlos pues acarrear puntos de trascendental importancia par el desarrollo del tema.

En primer lugar, el párrafo primero del artículo habla de un “perjuicio a la víctima” que será siempre la correcta o eficaz administración pública directamente e indirectamente un tercero perjudicado que pueda o no ser afectado, dependiendo del caso. No obstante se hace referencia de que el perjuicio a la víctima, que es siempre el eficaz desenvolvimiento de la administración pública siendo esta una figura abstracta que a mí parecer no puede ni debe ser cuantificada, debe superar cierto rubro para que se le sea aplicada una pena determinada. En pocas palabras al delito, con la nueva redacción, se le da un giro de trescientos grados cuantificándolo para poder determinar así la pena que le será impuesta a quienes incurrieren en el mismo, cuando el objeto de la regulación de este delito es precisamente proteger a la correcta administración de la función pública sancionando cualquier conducta que altere dicho ejercicio sin importar el monto al que ascienda la alteración. Con una simple reflexión a manera de ejemplo es evidente lo anteriormente dicho; si un funcionario público acepta un billete de cien

dólares para ejecutar un acto, referente a sus funciones, que beneficie a quien otorgó dicho dinero no es menos corrupto que quien- funcionario público- por cincuenta dólares ejecutare el mismo acto. La tipificación del delito no se origina por el perjuicio económico que se pudiera causar con su comisión, sino por el perjuicio a la administración pública, a su funcionamiento efectivo independientemente del daño económico que se pudiere causar, lo que se sanciona, y a riesgo de sonar reiterativo, es el deterioro que se causa a la administración pública es de carácter abstracto y no líquido-dinero. Por lo mismo, el hecho de regular las penas a imponerse basándose en el perjuicio económico que se causa es del todo incorrecto por cuanto el sentido de la norma es la protección al eficaz funcionamiento de la administración pública y no, por así decirlo, al bolsillo de la misma.

Por otra parte existen ciertos actos corruptivos que no podrán ser cuantificados, como es requerimiento para la imposición de la pena con la nueva normativa, como sucede con los delitos sexuales. La pregunta en estos casos es: ¿Cuánto vale, en dinero claro está, un favor sexual aceptado por u funcionario público a cambio de ejecutar un acto en ejercicio de sus funciones, ya sea justo o no, no sujeto a ningún tipo de retribución?, ¿Qué pasa con aquellas dádivas que no pueden ser cuantificadas en dinero?, ¿Dichas dádivas ya no constituyen delito con la nueva regulación?

Ahora bien, en cuanto al tema objeto de este estudio, es evidente que la tentativa, aunque solo parcialmente, se encuentra regulada en el tipo penal. En el último párrafo se habla de quien “ofrezca” cualquier tipo de dádiva, es decir que ya no sería necesaria la aceptación por parte del funcionario público para a consolidación del tipo penal sino que, el ofrecimiento ya es delito y por lo tanto quien incurriera en dicha acción le es

imputable el delito. Si embargo, no se contempla la situación en la que el funcionario público solicitare una dádiva, exentamente de si esta fuere o no aceptada por un particular, situación que si se encuentra regulada en otras legislaciones tal y como se ha plasmado en líneas anteriores.

3.2 PLANTEAMIENTO DE REFORMA CON RESPECTO AL TIPO PENAL EN EL ECUADOR

Ahora bien, una vez analizado el ordenamiento jurídico nacional respecto del tipo penal objeto de este estudio, se hace imperativo proponer un cambio en relación a dos puntos que son de trascendental importancia para que la protección al eficaz funcionamiento de la administración pública sea más seguro. En primer lugar, se habla de un mejoramiento en cuanto al ámbito de incluir a la tentativa como un delito, que bien puede ser autónomo o puede, también, ser considerado como parte del tipo penal actual.

El actual Código Penal en su art. 285 y siguientes, establece que, para que se configure el delito de cohecho, debe existir la aceptación o recepción del funcionario público sin que se considere el ofrecimiento a dicho funcionario o la solicitud de una dádiva realizada por tal persona, delito alguno.

Todo funcionario público y toda o 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, serán reprimidos con prisión seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los

Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido. (Código Penal art 285)

Igual tratamiento se encuentra plasmado en la normativa posterior referente al cohecho. No obstante el nuevo Código Integral Penal ya regula una parte de la tentativa del delito al establecer, en su artículo 243 párrafo último, lo siguiente

Quien bajo cualquier modalidad ofrezca, de o prometa a una servidora o servidor público un donativo, promesa, ventaja o beneficio económico u otro beneficio de orden material para hacer, omitir, retardar o condiciones cuestiones relativas a sus funciones será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. (Código Penal)

En líneas anteriores, y de acuerdo a la redacción, se establece claramente que el ofrecimiento de cualquier tipo de dádiva, sea esta aceptada o no por el funcionario público, constituye ya delito y será objeto de una pena. Sin embargo, no se habla de la posibilidad de una solicitud de cualquier tipo de dádiva por parte de un funcionario público a otra persona lo que, evidentemente constituye un acto corruptivo digno de ser sancionado que no se encuentra regulado ni en la legislación vigente, ni en el nuevo Código Penal quedando así, nuevamente, temas en el limbo que son indiscutiblemente importantes y deben ser, obligatoriamente, regulados. Por lo mismo debería ser incluido, dentro de la redacción pertinente, que aquel funcionario público que solicitare se habla de solicitud y no de exigencia por cuanto lo segundo es un tipo penal diferente que ya tiene tratamiento en la legislación Penal como Concusión- cualquier tipo de

dáviva, sea esta de carácter pecuniario o no, y fuere esta aceptada o no por un tercero, será sujeto a una sanción.

3.3 PLANTEAMIENTO DE REFORMA CON RESPECTO A LAS SANCIONES DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO

Ahora bien, el tema de las sanciones o penas es también de trascendental importancia. Respecto de esto cabe recalcar que se entiende por sanción o pena a:

Castigo impuesto por una autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es “la imposición de un mal proporcionado al hecho”; es decir, una “retribución” por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la “que corresponde, aun en lo que respecta al contenido, el hecho punible cometido”, debiendo existir entre la pena y el hecho una “equiparación valorativa”. (CABANELLAS 976)

En resumen, la pena o sanción es el castigo que se impone a quien o quienes cometieren un delito, la misma que varía, en nuestro sistema, dependiendo del tipo de delito cometido y de la calidad en la que el imputado ha cometido dicho delito- autor, coautor, cómplice o encubridor.

Refiriéndonos al tema del tipo penal en concreto, es decir, del cohecho, cabe analizar dos situaciones: La primera con respecto a quienes se les debe imponer una pena en el tipo penal y, la segunda si las penas establecidas tanto en el Código Penal Actual como

en el Código Penal Integral- proyecto aún- son o no correctas y sobre todo si son o no efectivas.

El código Penal ecuatoriano en el art. 285, establece que:

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa o recibiesen dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero o sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses s tres años y multa de ocho dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América. (CódigoPenal)

Igual tratamiento se da al funcionario público en el segundo inciso del artículo, así como en artículos posteriores, es decir, se pena únicamente al sido encargado de un servicio por el cometimiento del delio dejando totalmente excluido a que, mediante un acto corruptivo, ofreciere promesas, dones, presentes o cualquier tipo de dádiva a un funcionario público. Si bien quien ofrece no está obligado a precautelar o tutelar la función pública contribuye, conjuntamente con el funcionario público de que se trate, al quebrantamiento de la correcta y eficaz administración de la actividad pública y, por ende, debería imponérsele una pena.

Ahora bien, el actual Código Penal contempla la posibilidad de que quien obligue a un funcionario público mediante violencias o amenazas les será impuesta una pena. No obstante esta normativa- vigente hasta la fecha- sólo tendrá aplicación en contra de quienes hubieren obligado a un funcionario público a aceptar una dádiva, mas no será aplicable a quienes en un “contrato ilícito” tal y como lo ha denominado la doctrina,

acordaren violentar el correcto funcionamiento de la administración pública ofreciendo dádiva, por una parte, y aceptándolas por otra, por cuanto quien las ofrece no tiene sanción alguna.

Respecto de este tema el artículo 290 del Código Penal determina que:

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

Por último el proyecto integral del nuevo Código Penal contiene preceptos totalmente diferentes de los establecidos en el actual Código Penal, a saber que el primero dice:

Art. 243: La servidora o servidor público que reciba o acepte beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero sea para hacer, omitir, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones siempre y cuando el reporte de perjuicio a la víctima sea superior a cuatrocientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas básicas unificadas del trabajador en general.

Si el perjuicio es igual o superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años.

Cuando el monto de la coima fuere igual o mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando el perjuicio sea inferior a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando el perjuicio no supere a una remuneración básica unificada del trabajador privado en general será sancionado con pena privativa de libertad de treinta a noventa días.

Serán comisados los instrumentos productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción.

Quien bajo cualquier modalidad ofrezca, de o prometa a una servidora o servidor público un donativo, promesa, ventaja o beneficio económico u otro beneficio de orden material para hacer, omitir, retardar o condiciones cuestiones relativas a sus funciones será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.
(Proyecto de Código Integral Penal)

Respecto a la norma se puede decir que: en primer lugar el tratamiento que se le da al delito difiere completamente del actual por cuanto se contempla ya el hecho del mero ofrecimiento como cohecho- tentativa-, en segundo la norma dice que quien bajo “cualquier modalidad” lo que significa que quien ofrezca a un funcionario público o de

a un persona encargada de un servicio público cualquier dádiva será ya considerado actor de cohecho.

Por último, el problema que se plantea con esta norma es que, a mí criterio el delito se cuantifica, es decir el establecimiento de las sanciones va a depender del monto de la infracción lo que es del todo incorrecto. El delito de cohecho tiene una sanción por cuanto es un acto corrupto que va en contra de la correcta y eficaz administración de la Función Pública y que no puede ni debe estar sometido a la modalidad a la que ha sido sujeto como es el hecho de cuantificar la pena, es decir que si no excede de cierto monto la dádiva ya no es tan grave el delito cuando lo que se pena es el acto de ofrecer o dar dones, promesas, presentes o cualquier otro tipo de dádiva exceda esta de un valor o no.

3. 4 ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL TIPO PENAL EN UN CASO PRÁCTICO

Es imperativo analizar la aplicación y eficacia que tiene el tipo penal objeto de este estudio en la práctica, por lo mismo se dará a conocer un caso que se ha suscitado en el Ecuador:

Primero: De la denuncia presentada por la diputada NN se desprende que en fecha ocho de Noviembre del 2004, en su oficina legislativa recibió la visita de NN quien era asesor político de la Presidencia de la República, a quien inicialmente identificó como el presidente de los perjudicados de Filanbanco, el mismo que le solicitó apoyo para que no se logre una mayoría legislativa que permita la tramitación del juicio político al Presidente de la República, cuando el tema debía ser tratado en el orden del día de la

sesión ordinaria del Pleno del H. Congreso Nacional; le manifestó que a través de él, el Gobierno del Presidente Lucía Gutiérrez, ya había obtenido la adhesión de algunos diputados que suscribieron el pedido de juicio político y, que también los diputados amazónicos apoyaban al Gobierno para impedir que se consolide una mayoría legislativa que continúe con el pedido de juicio político, que contaban ya con los 51 votos y, que con su voto querían asegurar todo; NN le manifestó que tenía la facultad del Presidente de la República para ofrecerle lo que ella quería, entre esas cosas le dijo: “Con Ud. puede negociar cualquier cosa porque tengo la facultad para ello y este cuerdo quedará en entre Ud., el Presidente Gutiérrez y yo.”, le ofreció darle lo que ella pida, mencionando que el Banco del Fomento estaba a su disposición o cualquier área estratégica donde pueda ubicar contratistas para de esa forma obtener réditos económicos.

A decir de la denuncia, ante la propuesta corrupta ella rechazó categóricamente las promesas y ofertas realizadas por NN expresando que se mantenía leal a sus principios y a la línea política de su partido y que, ante esta respuesta NN le entregó su tarjeta por si cambiare de opinión.

Segundo: En la primera etapa del proceso Penal- Instrucción Fiscal- la denunciante se ratifica en todo lo planteado en la denuncia diciendo además que días atrás había recibido dos llamadas y que quien las había hecho se identificó como NN, que al llegar a la oficina de la denunciante había sido visto por varis personas con las que habló manifestándoles el motivo de su visita.

En las versiones de quienes declararon consta que existieron personas que hablaron con el imputado, minutos antes de entrar a la oficina de la denunciante, quien les manifestó que se encontraba ahí para “negociar” asuntos relacionados con los votos para

impedir el enjuiciamiento al primer mandatario. Que, había entrado una de las personas que trabajaba con la denunciante durante la visita del imputado y que, al retirarse este, las personas que ahí trabajaban oyeron decir a quien había entrado a la oficina “este es el hombre del maletín”.

Tercero: Una vez analizadas las pruebas se dicta Auto de Sobreseimiento Provisional a favor del acusado. No obstante, el Fiscal, conjuntamente con la acusación particular, apelan dicha providencia, apelación que va hacia la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay.

La segunda sala de lo Penal revoca el auto de Sobreseimiento Provisional venido en grado llamando a juicio al acusado.

En la etapa de Juicio, se dicta sentencia condenatoria en contra de NN, declarándolo culpable del delito de cohecho y sentenciándolo a un tiempo de prisión por el mismo.

Ante esta sentencia el imputado interpone recurso de nulidad, el mismo que es aceptado, declarando en sentencia el proceso nulo y devolviéndolo a la Fiscalía a que se ejecute.

ANALISIS

En torno al proceso respecto del tipo Penal:

Quien denuncia el hecho no podía ser considerada como ofendida en el tipo penal por cuanto la Ley, la doctrina y la Jurisprudencia determinan que el ofendido en los delitos contra la Administración Pública es el Estado y quien denunció el hecho no contempla la calidad de representante estatal y por cuanto no podía presentar acusación particular. Sin embargo, en el proceso la denunciante presentó acusación particular y le dieron paso.

En la normativa penal actual en torno al delito de cohecho se encuentra claramente establecido que no cabe la tentativa por cuanto, y similar a lo expresado en líneas anteriores, la ley y la doctrina establecen que se trata de un convenio bilateral, es decir, que requiere de una persona que de y de otra que reciba o acepte la promesa para que se configure el delito. De acuerdo con esto y, conforme se desprende de la denuncia presentada, por quien no tenía la calidad de ofendida, no existía delito alguno por cuanto el imputado supuestamente ofreció una promesa sin que esta sea aceptada por la denunciante y, por lo mismo, al requerir el tipo penal de la aceptación del funcionario público, no se consolidó delito alguno.

En caso de haber sido declarado culpable el sospechoso del cometimiento del delito, no hubiera sido posible imponérsele sanción alguna por cuanto en la normativa actual no se encuentra establecida sanción para quien ofreciere cualquier tipo de promesa o dádiva, sino únicamente para quien bajo violencia o amenazas hubiere obligado a un funcionario público a **aceptar** una dádiva. Por lo mismo y, debido a la carencia de ciertos actos que son imprescindibles para lograr, de manera eficaz, la correcta administración de la función pública y para precautelar dicha administración existen hechos que, siendo corruptos y de proceder delictivo, quedan “legalmente” en la impunidad.

Recurso de nulidad es interpuesto porque varias normas imperativas para la validez del proceso fueron violentadas y se argumentó que no podía ser sancionado el imputado por una norma que no existía por el principio de legalidad que reza que no existe delito sin ley previa que así lo establezca.

Por último, el art. 17 del Código de Procedimiento penal, en su primer párrafo, establece que: “La conspiración y la proposición para cometer un delito solo serán reprimidas en los casos que la ley determina.” (Código de Procedimiento Penal)

De acuerdo a esta norma, y refiriéndonos al tipo penal de cohecho, es evidente que no existió delito alguno, por cuanto si bien NN propone un “acuerdo o promesa” a la denunciante, ésta no es aceptada por la mismas y, por lo mismo, se trata de una mera proposición que de acuerdo a la normativa vigente del delito de cohecho no constituye delito y por ende no tiene pena alguna.

CONCLUSIONES

De acuerdo al trabajo desarrollado en la presente monografía es evidente que existen ciertas situaciones legales que deben ser modificadas.

Como es claro, existen falencias en el actual Código Penal en cuanto a la norma y a las penas impuestas a los sujetos que intervienen en el delito. En el primer caso, se concluye que únicamente son sujetos del tipo penal los funcionarios públicos que ACEPTEN cualquier tipo de promesa o dádiva, dejando por fuera del tipo penal a aquellos funcionarios públicos que propongan la realización de cualquier acto ilícito o la recepción de cualquier dádiva. Por lo mismo debe incluirse en el tipo penal el hecho o verbo recto de “proponer” u “ofrecer” para que exista mayor protección.

En segundo lugar, en cuanto a las penas, es evidente, que no existe protección completa puesto que sólo se establece sanción para el servidor público sin que sea tomado en cuenta aquella persona que, en un acto de corrupción, ofrezca o proponga la entrega de cualquier dádiva a un funcionario público. Por lo mismo, y a manera de recomendación debería imponerse una pena a las dos partes que son elementos indispensables para la consolidación del delito.

Por último, en el proyecto del Nuevo Código Penal Integral constan ya temas importantes que no se encuentran regulados en el Código Penal actual, como es el hecho de incluir el ofrecimiento de una dádiva, bajo cualquier modalidad, es decir, ya sea o no un funcionario público, por cuanto protege de manera más amplia a la correcta Administración de Justicia. Sin embargo, existen, asimismo, situaciones que son

preocupantes referentes al Nuevo Código Integral Penal, que de entrar en vigencia, desvirtuarían la razón de ser de la norma misma respecto al tipo penal de cohecho. La razón es sencilla, el verdadero sentido de la creación, promulgación y vigencia de la norma que establece al cohecho como un delito es una sola: PRECAUTELAR, CUIDAR, VELAR LA CORRECTA Y EFICAZ ADMINISTRACION DE LA FUNCION PUBLICA, evitando por lo mismo actos corruptivos que pudieran quebrantar ese funcionamiento, sin que importe el monto al que ascienda dicho acto corruptivo. El nuevo Código cuantifica la penas, es decir, la pena dependerá del monto de la coima o del perjuicio lo que es, a mí criterio, inaudito e intolerable. Cómo es posible que la pena varíe de acuerdo al monto de la coima si lo que se intenta con la regulación del delito no es evitar un perjuicio económico al Estado o alas partes que intervine en el delito, sino EVITAR que se corrompa o quebrante la administración pública, mas no que no se ocasione un perjuicio económico o que las coimas disminuyan de valor.

No es menos grave el acto delictivo de ofrecer un dólar a u funcionario público, que el de ofrecer un millón; y no es menos corrupto aquel servidor público que acepta realizar un acto que encaje dentro del tipo penal, por un dólar que quien por un millón aceptare de igual forma. En ambos casos la consecuencia es la misma, la violación a la correcta administración de la función publica o de justicia, ¿por qué entonces en el primer caso la sanción es menor que en el segundo? Es evidente que el fondo, la razón de ser del tipo penal cambia, que el matiz de la norma actual ya no es evitar que se quebrante la correcta administración de justicia, sino que el perjuicio sea menor o las coimas no tengan un valor muy alto.

RECOMENDACIÓN

Si bien la tentativa del delito se encuentra regulado, y la penalidad está dada para todos los que intervengan en el delito se recomienda que no se incluya una tarifa legal en torno al tipo penal porque, como se he expresado en líneas anteriores, lo que se trata de proteger es el eficaz y correcto funcionamiento de la Administración Pública y no que el quebrantamiento de ese correcto proceder sea de menor o mayor cuantía.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Penal Ecuatoriano de 1995.
- Código Penal Ecuatoriano.
- Constitución Del Ecuador.
- CREUS, Carlos: “Delitos Contra La Administración Pública”, ASTERA, Buenos Aires - 1981.
- GOLDSTEIN, Raúl: “Diccionario De Derecho Penal Y Criminología”, Buenos Aires - 1983.
- GUZMÁN, Aníbal: “Diccionarios Explicativo De Derecho Penal Ecuatoriano”, ÉPOCA, Quito – 1977.
- LABATUT, Gustavo: “Derecho Penal”, JURÍDICA DE CHILE, Santiago de Chile – 1977.
- OSORIO, Manuel: “Diccionario De Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales”, HELIASTA, Buenos Aires – 1983.
- SOLERA, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, TIPOGRÁFICA EDITORA, Buenos Aires – 1983.
- DONNA, Edgardo Alberto: “Derecho Penal”, Buenos Aires.
- Código Penal Argentino.
- Código Penal Español.
- Proyecto De Código Integral Penal.
- Convención Interamericana Contra La Corrupción.
- Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción.