

REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



El delito de cohecho en el sistema penal ecuatoriano

Bribery crime in Ecuadorian penal system

JORGE AGUILERA QUEZADA

 Investigador independiente (Ecuador)

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto realizar un estudio pormenorizado del tipo penal de cohecho, delito que se encuentra previsto en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal como una de las conductas que atentan contra la eficiencia de la administración pública, bajo la luz de la doctrina autorizada y de acuerdo a la normativa ecuatoriana. En el último tiempo, en el país se ha debatido arduamente en torno a esta figura, debido a casos que involucran a altos funcionarios de gobiernos pasados y el actual, sin que se conozca verdaderamente su naturaleza y características especiales, por lo que este artículo tiene como propósito desentrañar sus particularidades para una mejor comprensión de esta.

PALABRAS CLAVE: COHECHO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CORRUPCIÓN, FUNCIONARIO PÚBLICO, DÁDIVA.

ABSTRACT

The actual dissertation analyze in detail the bribery crime, which is provided in the Código Orgánico Integral Penal article two hundred eighty, as a behavior that attacks the efficiency of the public government, in accordance with the authorized doctrine and Ecuadorian regulations. In the last time people have hardly discussed about this figure, due to the trials that involve senior officials from past governments and the actual one, however, its nature and especial features are not truly known, therefore, this paper looks for unraveling its characteristics in order to its better comprehension.

KEY WORDS: BRIBERY, PUBLIC GOVERNMENT, CORRUPTION, PUBLIC SERVANT, GIFT.



Recibido: 06/06/2023
Aceptado: 25/07/2023

Introducción

La administración pública constituye el conglomerado de acciones, prácticas, instituciones, políticas y decisiones emprendidas por el Estado con un fin único: gestionar los recursos públicos para servir a la colectividad. En esta línea, nuestra Constitución

de la República del Ecuador establece: «La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación».¹

La forma mediante la cual la administración pública se desenvuelve para cumplir sus objetivos se denomina función pública, la cual consiste en el conjunto de tareas desempeñadas por las personas que la conforman, en el marco de las competencias a ellas atribuidas por la Constitución y la ley, con el propósito de satisfacer las demandas públicas. La función pública, según la Convención Interamericana contra la Corrupción, debe ser entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.²

Es en el contexto de la función pública en donde los principios que guían la administración del Estado pueden verse disminuidos, para el tema que nos atañe, su eficiencia, a través de conductas ejercidas por las personas que la integran (funcionarios públicos), alejadas de los valores que la inspiran, dando paso a una serie de sanciones tanto en el ámbito civil como administrativo y penal.

Las actividades de los funcionarios públicos que denotan un mayor apartamiento del significado de la función pública son los que alcanzan relevancia penal, por su alto grado de afección al bien jurídico que se protege o las libertades de los ciudadanos que se cuidan (cualquiera sea la visión que se tenga por aquello que la norma penal resguarda), las cuales son conocidas como actos de corrupción. La corrupción existe cuando un individuo desvirtúa o rompe las normas legales y axiológicas.³

La lucha contra la corrupción ha sido en los últimos años un eje de la política de las diferentes administraciones estatales, evidenciándose durante ese lapso un sinnúmero de casos llevados ante la justicia penal, en donde han estado involucrados altos funcionarios de gobiernos pasados y también del actual, empresarios y otros ciudadanos. La corrupción representa un mal que quebranta la confianza de la sociedad en el Estado de derecho, dado que pone en tela de duda la democracia y la institucionalidad, creando situaciones anómalas que atentan contra el desarrollo de los pueblos, la libre competencia, la igualdad y la responsabilidad sobre la administración de los recursos públicos, lo que provoca mayor inequidad y pobreza de los ciudadanos.

Nuestro país, como parte de su compromiso en la lucha contra la corrupción, es signatario de dos instrumentos internacionales fundamentales al respecto: 1) la Convención Interamericana contra la Corrupción y 2) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es en el prefacio de este segundo tratado multilateral en donde se determina lo siguiente acerca de la corrupción:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos

1 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Registro Oficial n.º 449, de 20 de octubre de 2008, art. 227.

2 Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, art. 1.

3 Cueva Carrión, L., *Peculado. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2006, p. 17, t. 1.

humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.⁴

Es así que en el caso del Ecuador, en el plano normativo, la Constitución de la República del Ecuador contiene varias disposiciones vinculadas con los efectos legales que se generan en las personas que cometen actos de corrupción, cuyo principal desarrollo se encuentra en el Código Orgánico Integral Penal, en la sección tercera del capítulo quinto, título cuarto, libro primero de dicho cuerpo normativo, intitulada «Delitos contra la eficiencia de la administración pública», donde se tipifican y sancionan los tipos penales de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, ataque o resistencia, ruptura de sellos, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, usurpación y simulación de funciones públicas, uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad, testaferrismo, delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional, elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, alteración de evidencias y elementos de prueba, extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, abuso de facultades y, el que nos interesa para nuestro estudio, el cohecho, previsto y reprimido en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal. Vale destacar que en la sección siguiente a la mencionada se regulan las contravenciones contra la eficiencia de la administración pública.

Antecedentes del delito de cohecho en la legislación ecuatoriana

El primer cuerpo normativo en materia penal del Ecuador fue el Código Penal de 1837, el cual, en su primera parte, título séptimo, capítulo segundo, reglaba acerca de los «sobornos, cohechos y regalos que se hacen a los que ejercen algún empleo o cargo público». El cohecho se encontraba regulado en el artículo 367 de acuerdo a lo siguiente:

Art. 367. El juez de hecho o de derecho, árbitro o cualquier otro funcionario público, que por sí o por alguno de su familia o por interpuesta persona, admitiere a sabiendas, o se conviniere en admitir algún soborno, cohecho o regalo, para hacer alguna cosa contraria a lo que como tal funcionario esté obligado, o deje de hacer alguna que por razón de sus funciones deba ejecutar, siempre que proceda a una cosa u otra, por el soborno, cohecho o regalos admitido u ofrecido, sufrirá la pena establecida en el artículo 365⁵ (*sic*).

En esta tipificación confluyen tanto lo que la doctrina conoce como cohecho pasivo (funcionarios públicos en general) y como cohecho pasivo agravado (jueces y árbitros), donde los verbos rectores consisten en admitir o convenir en admitir un soborno para realizar algo, o dejar de hacerlo, en el ámbito de sus funciones. Como primer punto se debe precisar que se acepta la intervención de una tercera persona que actúe en nombre del sujeto activo para recibir o convenir sobre el soborno. Además, el delito se consuma únicamente con el convenio sobre el soborno, por lo que no resulta

4 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Organización de las Naciones Unidas, prefacio.

5 Código Penal de 1837, Ecuador, art. 367.

necesaria su recepción por parte del funcionario público. En la descripción del tipo penal se establece que la conducta por parte del agente se puede realizar tanto por acción como por omisión, pero siempre dentro de las tareas que le competen. En el numeral primero del artículo analizado se encuentra una condición objetiva de punibilidad, en el sentido de que si el funcionario público no hizo la cosa contraria a su obligación o dejado de hacer la que debía ejecutar, no se le imponen las penas del artículo 365, sino las que allí se determinan.

En el artículo 366 del Código Penal de 1837 se establece una modalidad especial de cohecho, relativa al funcionario encargado de proveer alguna dignidad o comisión del Gobierno, o proponerla, que la efectúa en virtud del soborno a favor de cierta persona; conducta que tiene las mismas sanciones del artículo 365 *ibidem*. Finalmente en el artículo 368 se tipifica lo que la doctrina llama el cohecho impropio. Vale resaltar que los actos aquí descritos no estaban reprimidos con pena privativa de libertad.

El Código Penal de 1872 trata en su capítulo sexto, título cuarto, libro segundo, el tema «De los sobornos o cohechos a los funcionarios públicos». En el artículo 272 de ese cuerpo legal, con una redacción más clara y elaborada, se prevén el cohecho pasivo impropio y propio. En el artículo 273 se incluye el tipo agravado del cohecho pasivo propio, el cual se produce cuando el autor hubiere ejecutado el acto injusto o se hubiere abstenido de ejecutar aquel que entraba en el orden de sus deberes. Se sigue contemplando la figura del cohecho pasivo agravado cuando el sujeto activo de la infracción posee la calidad de juez o árbitro, incluyéndose también a los jurados.

El avance con respecto al Código Penal anterior consiste en la inclusión del siguiente artículo:

Art. 278. Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, o corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes a un funcionario público, a una persona encargada de un servicio público a un jurado, árbitro o componedor, para obtener un acto de su empleo u oficio, aunque fuere justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán castigados con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpables de haberse dejado cohechar. Las tentativas de compulsión o cohecho serán castigadas con una prisión de un mes a un año, y con una multa de diez a cien pesos.⁶

Este artículo lo que agrega es la tipificación del cohecho activo, esto es, la conducta de la persona que realiza el ofrecimiento o entrega el soborno al funcionario público. Además, se añade la figura de la tentativa de este delito, a lo cual haremos referencia cuando se analice el tipo penal vigente. Por último, cabe indicar que en este cuerpo normativo ya se sanciona al cohecho con penas de prisión, reclusión y penitenciaria.

La Codificación del Código Penal de 1889 no trajo ningún avance en cuanto a la regulación del cohecho. La siguiente evolución normativa se produce con el Código Penal de 1906, expedido durante el gobierno de Eloy Alfaro. En su gran mayoría, la tipificación del delito de cohecho no varía en la nueva legislación penal, salvo que se introduce la agravante de aceptar o recibir el soborno el funcionario público para cometer en el ejercicio de su cargo un crimen o delito.

6 Código Penal de 1872, Ecuador, art. 278.

En el Código Penal de 1938 se le dedica un apartado exclusivo al delito de cohecho, correspondiente al capítulo octavo, dentro del título tercero, libro segundo del mentado cuerpo normativo; empero, su regulación casi no varía con respecto a la contemplada en el revisado previamente. Lo mismo sucede con la Codificación del Código Penal de 1971 (último cuerpo normativo en nuestro recorrido de índole penal sustantivo, derogado por el Código Orgánico Integral Penal), donde la única alteración que sufren los artículos es lo concerniente a la actualización de las penas de multa de sucres a dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Bien jurídico protegido

Habíamos mencionado que, en la sección tercera del capítulo quinto, título cuarto, libro primero del Código Orgánico Integral Penal se recogen los delitos contra la eficiencia de la administración pública, por lo que podríamos entender, en principio, que todas las conductas allí sancionadas tutelan aquel bien jurídico. Si nos detenemos a examinar cada una de las figuras delictivas recogidas en dicho acápite nos podremos percatar que, antes que la eficiencia de la administración pública, subyacen otros valores diversos que realmente son los que protegen esas normas, por lo que parece que la denominación utilizada para agruparlos tan solo responde a su vinculación con un aspecto de la administración pública, lo que no hace que el bien jurídico tutelado deba ser necesariamente su eficiencia u otra característica de la misma. Según Donna, el bien jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.⁷

En el caso del cohecho, consideramos que verdaderamente el bien jurídico que se resguarda es la objetividad o imparcialidad de la administración pública. De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, todas las personas gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin que se admita discriminación de ningún tipo.⁸ Es en el marco de la objetividad o imparcialidad de la administración pública que el principio de igualdad de los individuos se puede materializar, ya que en sus relaciones con ella no deben incidir motivos de índole política, económica ni de ningún otro tipo que favorezca a unos y perjudique a otros, lo que podemos vincular, asimismo, con otra de sus características, en lugar de la eficiencia, como lo es la transparencia de la administración pública, señalada igualmente en el artículo 227 *ibidem*. Acerca del bien jurídico específico que se protege con la tipificación del cohecho se ha dicho que consiste en «Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias».⁹

Precisamente sustentamos que el bien jurídico tutelado en el caso del cohecho no puede ser otro que la objetividad o imparcialidad de la administración pública (o incluso su transparencia), y no su eficiencia, debido a que esta última no se ve afectada realmente con la recepción o aceptación del funcionario público del donativo, dádiva,

7 Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 323, t. III.

8 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, art. 11, núm. 2.

9 Salinas, R., *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Iustitia, 2011, p. 449.

promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material. Pensemos en el caso de cierto servidor público que recibe una cantidad de dinero para que desarrolle sus funciones de manera que le beneficie al particular que entrega la misma. Aquí tenemos dos escenarios: 1) que el funcionario no cumpla con su parte del acuerdo y realice su trabajo de la misma manera que tenía planificada y 2) que el agente público «honre su palabra» y concrete la tarea que convino con el particular. En cualquiera de las dos posibilidades, el bien jurídico eficiencia de la administración pública no es vulnerado, debido a que en el primer caso el servidor público ni siquiera actúa de manera contraria a la que hubiera observado de no mediar el soborno, lo que no vuelve menos ni más eficiente su función ni a la administración pública y, en el segundo supuesto, el beneficio económico que recibe tiene el efecto de volver más diligentes u oportunas las acciones u omisiones que efectúa en el ámbito de sus competencias, lo que tiene el efecto contrario a lograr una menor eficiencia en la administración pública, lo que no quita de vista que esto haya sido a costa de la correcta prestación de la actividad estatal.

Lo que realmente se pone en peligro o se transgrede con el cohecho es la imparcialidad con la que debe actuar la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos, ya que, tomando en cuenta los escenarios antes analizados, aceptado o recibido el beneficio de cualquier tipo, el funcionario pone en peligro la objetividad con la que debe actuar, en el primer supuesto, y transgrede el bien jurídico tutelado en el segundo, al poner en una situación distinta a aquellos que ofrecen u otorgan el soborno de aquellos que no lo hacen, generando un panorama desigual de las personas frente a la actividad estatal.

El tipo penal de cohecho

El delito de cohecho está previsto en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal, a través de la siguiente descripción:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

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

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

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

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

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

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

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.¹⁰

Como podemos apreciar, la regulación del delito de cohecho es bastante extensa, puesto que en un mismo artículo se recogen, en principio, tres modalidades de esta conducta delictiva, como lo son el cohecho pasivo, el cohecho activo y lo que la doctrina denomina como el soborno transnacional.

Empecemos por la primera de las figuras, el cohecho pasivo, en su concepción básica. Esta clase de cohecho es la que se conoce como un delito especial propio, ya que el sujeto activo es calificado y no admite que sea cometido más que por un servidor público o una persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado. La propia Constitución de la República del Ecuador se encarga de definir el significado de servidor público, señalando que: «Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público».¹¹ El legislador ha querido ser cuidadoso y no dejar abierta ninguna posibilidad de impunidad, por ello ha incluido como sujeto activo del delito a cualquier persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, por si en algún evento esta se escapa de la definición que trae la norma suprema, más allá de que aquella es bastante exhaustiva. Entonces, cualquier persona que no sea servidor público o que no actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado no puede ser sujeto activo del delito de cohecho pasivo, admitiendo únicamente su participación como cómplice, consistiendo lo que en la doctrina se conoce como *extraneus*. En relación al sujeto pasivo no hay mayor discusión, puede ser cualquier persona, incluso un servidor público.

La conducta del cohecho pasivo se integra por dos verbos rectores, que son: recibir y aceptar. «Las acciones objetivamente descriptas en el tipo son de dos órdenes: recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa. *Recibe* el que entra en la tenencia material del objeto que se le entrega. *Acepta* quien admite recibir en el futuro lo que se le promete».¹²

10 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014, art. 280.

11 Constitución de la República del Ecuador, art. 229.

12 Creus, C., *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 272, t. 2.

El delito de cohecho es un delito de doble vía, ya que requiere necesariamente la intervención de dos personas: una que entregue el beneficio y el funcionario público que lo reciba o acepte. Por esta razón, no se puede dar el cohecho pasivo sin que primero ocurra el cohecho activo. Sobre este punto se ha dicho que: «La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral ha señalado como argumentos principales, por un lado, el hecho de que para su perpetración se requeriría la concurrencia de dos personas —el empleado público y el particular— y, por otro, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquel acepta de este una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo».¹³ El cohecho pasivo es un tipo de infracción que se basa en la existencia de un contrato o acuerdo espurio, por lo que requiere la actuación de dos personas. Para que el servidor público incurra en la conducta tipificada en la ley penal, debe recibir o aceptar el beneficio entregado u ofrecido por el particular, por lo tanto, el delito se comete a través de estas dos modalidades, ya sea por recibir el beneficio o tan solo por aceptarlo (por generarse el acuerdo), más allá de que no lo termine recibiendo.

La recepción o aceptación del beneficio puede ser realizada por el propio funcionario público o a través de interpuesta persona. Este tercero que facilita el acto venal podría responder, según las circunstancias del caso y siempre que su participación no se adecúe a ninguno de los supuestos de la autoría y no sea servidor público, como cómplice. Además, este beneficio puede estar destinado para el propio sujeto activo o cualquier otra persona. Sobre este particular se ha resaltado: «Admite la participación de un tercero, ya sea en calidad de beneficiario o como intermediario a través del cual se recibe o acepta promesa remuneratoria, el cual tendrá la calidad de cómplice en la medida en que conozca la ilicitud de la conducta».¹⁴

El objeto «material» del delito lo constituyen los donativos, dádivas, promesas, ventajas, beneficios inmateriales o económicos o cualquier otro bien de orden material que reciba o acepte el servidor público. La principal discusión acerca del objeto material del delito de cohecho, en cualquiera de sus variantes, tiene que ver con el contenido económico o no que debe tener la dádiva o promesa que recibe o acepta el funcionario público. Esta cuestión está totalmente resuelta por el Código Orgánico Integral Penal, ya que el legislador fue prolijo al incluir como objeto material del cohecho tanto elementos económicos como aquellos que no revisten esa propiedad, así como bienes materiales e inmateriales. En el caso de los beneficios inmateriales, el propio código se encarga de explicar qué se entiende por aquellos. Por ejemplo, el funcionario público que acepta un beneficio de carácter sexual para omitir una actuación en su cargo, incurre en el delito de cohecho pasivo.

Adicionalmente, el donativo, dádiva o beneficio que reciba o acepte el funcionario público debe ser indebido, es decir, que no debe estar ligado a su cargo o función, como la contraprestación natural que obtiene por realizar su trabajo, sino que debe ser algo que no tiene derecho a obtener. En esta parte hay que tener en cuenta

13 Oliver, G., «Aproximación al delito de cohecho», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 5, p. 91, 2004. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, url: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15047/15467>

14 Higuera, L., *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001, p. 119.

el principio de mínima intervención penal, preceptuado en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, en relación a que si un funcionario público recibe por parte de un usuario un objeto de valor insignificante, no quiere decir que comete el delito de cohecho pasivo, ni que aquel sea responsable de cohecho activo, ya que incluso por costumbre muchas veces las personas ofrecen a los servidores públicos objetos de escaso o casi nulo valor económico como agradecimiento por su atención. «Aunque en el ejercicio de la función pública el funcionario no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestación económica, ni siquiera indirecta, pertenece a los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a “pequeños favores” que este pueda hacer, que van desde ahorrarle al particular la pesada espera en la larga cola ante la ventanilla, hasta rellenarle el mismo funcionario los complicados formularios que el ciudadano tiene que rellenar para pedir un subsidio de desempleo».¹⁵

En el plano subjetivo, el cohecho pasivo es un delito doloso, que solo admite el dolo de primer grado. En términos del Código Orgánico Integral Penal, el sujeto activo debe conocer y consentir la recepción o aceptación de la promesa o bien a cambio de hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. Al contrario de lo que se pueda creer, los verbos anteriores no constituyen medios a través de los cuales se comete la infracción de cohecho pasivo, sino que vienen a ser un elemento subjetivo diferente del dolo que debe estar presente en la conducta del autor, que se puede manifestar a través de distintos actos, cuestión que es diferente. Entonces, la tipicidad del cohecho pasivo no exige que el servidor público haya hecho, omitido, agilizado, retardado o condicionado cuestiones relativas a sus funciones, sino que haya recibido o aceptado un beneficio de cualquier tipo con el propósito o ánimo de realizar alguno o varios de esos actos, sin que tenga trascendencia para su consumación que los haya efectuado. Al respecto, con referencia al cohecho propio, se ha dicho que: «Es importante recordar que, dentro de una recta interpretación, los elementos subjetivos del tipo no deben tener real ocurrencia para que se perfeccione la figura correspondiente. En este caso, la conducta se realiza para ‘retardar’, ‘omitir’ o ‘ejecutar’ un acto contrario a los deberes oficiales, de tal suerte que no es necesario que se produzca el retardo, la omisión o la ejecución».¹⁶ En el escenario en que el servidor público haya ejecutado el acto o no haya realizado el acto debido, esto se considerará como una circunstancia agravante modificatoria de la infracción, como se prevé en el tercer inciso del artículo en revisión.

La tipificación actual del delito de cohecho no distingue entre el cohecho propio y el impropio. Esto quiere decir que ambas modalidades de cohecho están recogidas dentro de la descripción vigente, por lo que si el servidor público recibe o acepta un beneficio tanto con la intención de realizar un acto justo o apegado a derecho como uno que no lo es, resulta indiferente para el derecho penal, siendo el reproche el mismo.

En los incisos tercero y cuarto de este artículo se prevé lo que la doctrina denomina como cohecho pasivo agravado. En el caso del inciso tercero, se agrava la

15 Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 1024-1025.

16 Cancino, A. J., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 134.

conducta inicial cuando el servidor público ejecuta el acto o no realiza el acto debido. Como se dijo, que esta situación no se produzca no obsta en lo absoluto para la consumación de la figura básica del cohecho pasivo, ya que consiste en una circunstancia agravante modificatoria de este tipo penal. Por otra parte, la conducta básica también se agrava cuando está destinada a la comisión de otro delito, escenario en el cual entran en juego las reglas del concurso.

Otra de las variantes del cohecho que se tipifica en este artículo es el cohecho activo. A diferencia del cohecho pasivo, el cohecho activo no es un delito de codevincuencia necesaria, en virtud de que su consumación únicamente requiere la acción u omisión del particular y no la del funcionario público, es decir, no hace falta que aquel reciba o acepte el beneficio; dicho en otras palabras, no es necesario el contrato o acuerdo espurio, sino tan solo la actuación unilateral del particular dirigida a corromper al servidor público. Si el funcionario público no recibe ni acepta la oferta del tercero, solo se da la comisión del delito de cohecho activo por parte de este último.

El sujeto activo del cohecho activo, valga la redundancia, lo puede constituir cualquier persona, incluso un servidor público, que en este contexto no se encuentra cumpliendo una función de esas características. Los verbos rectores que forman parte de la conducta son el ofrecer, dar o prometer, sin que sea necesaria, como se dijo, la recepción o aceptación del beneficio por parte del servidor público para su consumación. En cuanto al objeto material del delito, se enumeran más elementos que lo constituyen, como lo son los presentes, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos y gratificaciones, sin que esto signifique que no estén englobados también para la descripción del cohecho pasivo, solo que aquí se realiza una desagregación más amplia. De igual manera, cualquiera de estos elementos debe ser indebido, esto es, que no guarden relación con la función del servidor público.

Al igual que el cohecho pasivo, el cohecho activo es un delito doloso, que solo admite dolo directo, puesto que la intención del particular debe estar dirigida inequívocamente a que el servidor público haga, omita, agilite, retarde o condicione cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, a cambio de un beneficio económico o de otra clase. «El sujeto activo indeterminado debe tener conocimiento que le da y ofrece a un servidor público, para que este asuma la pertinente acción funcional, y con tal conciencia antijurídica dirija voluntariamente su conducta corruptora, pudiendo y debiendo actuar diversamente».¹⁷

Finalmente, ante la creciente incidencia de la corrupción también en el plano internacional, se tipifica el soborno transnacional, que parte de la descripción básica del cohecho activo, pero con la variante de que el sujeto pasivo del delito lo constituye el funcionario público extranjero, cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, para un organismo público o en una empresa pública, o el funcionario o representante de un organismo público internacional.

17 Peña, E., *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 175.

Distinción con otros delitos, concurso, tentativa y casos de atipicidad

Se suele confundir al cohecho con otro delito contra la eficiencia de la administración pública, como es la concusión, tipificada a continuación suyo, en el artículo 281 del Código Orgánico Integral Penal. En el cohecho, en su modalidad pasiva, el funcionario público acepta la propuesta indebida realizada por el particular; por otra parte, en la concusión es el servidor público quien ordena o exige la entrega de donativos, dádivas presentes u otros elementos. En otras palabras, en el cohecho pasivo el autor se limita a aceptar la oferta del particular, mientras que en la concusión la imposición surge del servidor público. «Hay consenso en precisar que la mayor diferencia entre las figuras de cohecho y concusión radica en la existencia o no de un acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular. Allí donde arriben a un acuerdo con el libre consentimiento de ambos, se estará en presencia de un cohecho. Y cuando se fuerce la voluntad del particular, éste tendrá el carácter de víctima y la conducta del funcionario será una concusión»¹⁸. En la concusión no es necesario que quede de manifiesto que la exigencia del autor es para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, ya que la sola orden es objeto de reproche penal, sin importar el motivo.

Por otra parte, tenemos el delito de oferta de realizar tráfico de influencias, previsto en el artículo 286 del Código Orgánico Integral Penal. Esta infracción es una que, debido al principio de absorción, prevalece frente al delito de concusión, por su mayor amplitud, ya que a diferencia de esta requiere que la solicitud arbitraria del servidor público al tercero vaya acompañada de la oferta de traficar influencias. La distinción con el cohecho es la misma que para la concusión: la iniciativa o la posición activa la tiene el funcionario público.

En el contexto de la comisión del delito de cohecho se pueden presentar casos de concurso, tanto con delitos que protegen la eficiencia de la administración pública como con delitos que resguardan otros bienes jurídicos. En el primer caso, el cohecho puede concursar con el delito de peculado, tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, cuando, por ejemplo, un servidor público recibe un beneficio económico indebido para distraer dineros públicos a favor de un tercero. En este escenario hablamos de un concurso real de infracciones. El cohecho puede concursar también con los delitos de enriquecimiento ilícito y de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, cuando, por ejemplo, la recepción de un beneficio económico entregado por un tercero lleve a que el funcionario público obtenga un incremento patrimonial injustificado o a que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas por autoridad competente, respectivamente. En el primer supuesto habrá concurso ideal, mientras que en el segundo concurso real.

Asimismo, el cohecho puede concursar con delitos que protegen otros bienes jurídicos distintos a la eficiencia de la administración pública, como, por ejemplo, los delitos contra la tutela judicial efectiva, como en el caso del prevaricato de los jueces,

18 Rúa, G. S., «En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión», *Revista de derecho penal* 2004-2: *delitos contra la administración pública II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 225-226.

en el evento de que el administrador de justicia acepte una promesa indebida para fallar en contra de ley expresa o conocer una causa en la que patrocinó a una de las partes como abogado, y luego realice ese propósito. Aquí existe concurso real de cohecho pasivo impropio agravado con prevaricato.

Como se revisó, en códigos penales anteriores estuvo prevista directamente la posibilidad de la tentativa en el delito de cohecho. Particularmente creemos que la tentativa, al tratarse de un delito de simple actividad, en el que su ejecución implica que el resultado se incluya dentro del mismo acto del tercero o del servidor público, no es posible. En el caso del cohecho activo pueden existir actos preparatorios, pero al no haber ejecución no pueden ser penados como tentativa. Al abordar la tentativa en el cohecho se ha expuesto: «Este es un convenio, cuando es *pasivo*, y un acto unilateral de dar u ofrecer, cuando es *activo*. Las primeras palabras pronunciadas por ambos contratantes lo agotan plenamente. Porque se consuma con el acuerdo de voluntades, sin esperar a que cada parte cumpla o no su finalidad contractual. Y si es *activo* la sola oferta lo agota, aun siendo rechazado por el funcionario a quien se pretendió corromper».¹⁹

Como se explicó en párrafos anteriores, el cohecho pasivo se consuma cuando el servidor público recibe o acepta el beneficio para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones y, a su vez, el cohecho activo se perfecciona con el ofrecimiento, entrega o promesa del beneficio por parte del particular, con el mismo motivo anterior. De esta manera, el pacto es anterior a la actuación justa o injusta del servidor público en el ámbito de sus funciones. Entonces, si un funcionario público recibe o acepta cierto beneficio como retribución por previamente haber realizado, omitido, agilizado, retardado o condicionado cuestiones relativas a sus funciones, no comete el delito de cohecho pasivo, más allá de poder incurrir en otra conducta delictiva, debido a que el acuerdo ilícito es posterior al cumplimiento o incumplimiento de sus tareas, por lo que en el mismo ya no subyace ese motivo o intención. Paralelamente, igual situación acontece con respecto al tercero que entrega o promete el beneficio, quien podría estar actuando por agradecimiento frente a un acto que fue de su beneficio, siendo su conducta atípica. Estas situaciones se conocen en la doctrina como cohecho subsiguiente o por recompensa, el cual no está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, constituyendo para algunos una laguna de impunidad.

Particularidades del delito de cohecho

Como se expuso al inicio, uno de los grandes males que aqueja al Ecuador es la corrupción. Por esta razón, uno de los principales ejes de actuación estatal, a través de todas las instituciones públicas, es el combate a la corrupción. Esto ha llevado a que a nivel normativo se contemplen una serie de regulaciones que haga más sencillo juzgar y sancionar los actos de corrupción, dentro de los cuales está incluido el cohecho.

La Constitución de la República del Ecuador determina que la acción para perseguir los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, así como

19 Ferreira, F. J., *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 370. t. II.

las penas correspondientes, son imprescriptibles. Además, señala que la etapa de juicio se iniciará y continuará sin necesidad de que las personas acusadas estén presentes, por ejemplo, en el caso de estar prófugas. Estas mismas reglas serán aplicables a quienes, sin tener la calidad de servidores públicos, participen en estos delitos.²⁰ Es el caso de los llamados *extraneus*.

Por su lado, el Código Orgánico Integral Penal preceptúa el deber ciudadano de denunciar, entre otros delitos, el cohecho, cuando la persona conociere de su comisión al momento de desempeñar su actividad.²¹ La denuncia o información por el delito de cohecho podrá presentarse con reserva de identidad del denunciante.²² Así también, este cuerpo normativo reconoce un incentivo por denuncia efectiva en el cohecho y otros delitos, consistente en un monto de entre el 10% y máximo el 20% de lo recuperado, cuando una persona aporte elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de esas actividades ilícitas.²³

El delito de cohecho también presenta algunas restricciones procesales y en la ejecución de la pena. No procede la suspensión condicional de la pena en los juzgamientos por esta infracción.²⁴ Por otra parte, no pueden acceder a los regímenes de rehabilitación social semiabierto ni abierto las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por cohecho.²⁵

Conclusión

El cohecho, como infracción que transgrede la objetividad e imparcialidad con la que debe actuar la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos, es un delito que ha estado tipificado en el ordenamiento legal ecuatoriano desde el primer Código Penal. Su evolución normativa ha permitido construir una verdadera herramienta de lucha contra la corrupción, por medio de la inclusión de los elementos necesarios para que se castigue la venalidad de los funcionarios públicos y sus conductas delictivas no queden en la impunidad.

El cohecho, como cualquier otro tipo penal, posee características especiales, aún cuando lo comparamos con las demás infracciones contra la eficiencia de la administración pública, por lo que su real comprensión se vuelve de vital importancia a fin de identificar los actos que se enmarcan en su descripción, para conducir apropiadamente las investigaciones necesarias, obtener los medios de prueba suficientes para su comprobación, ejercer una defensa adecuada de los sospechosos o procesados y juzgar correctamente las conductas ilícitas.

El cohecho puede coincidir con la comisión de otros delitos, en los casos en que se manifiesta su faceta agravada, lo que será resuelto a través de las reglas del concurso.

20 Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, art. 233.

21 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, art. 422, núm. 1.

22 *Ibid.*, art. 430, núm. 1.

23 *Ibid.*, art. 430, núm. 2.

24 *Ibid.*, art. 630.

25 *Ibid.*, arts. 698 y 699.

Asimismo, existen conductas que por más que sean reprochables no constituyen cohecho, sin perjuicio de la responsabilidad por un tipo penal diferente, por lo que nuevamente adquiere relevancia su cabal entendimiento, en aras de que su tipificación tenga la utilidad que se persigue.

Referencias

- Cancino, A. J., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Creus, C. *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, t. 2.
- Cueva Carrión, L., *Peculado. Teoría, práctica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2006.
- Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, t. III.
- Ferreira, F. J., *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, t. II.
- Higuera, L., *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Oliver, G., «Aproximación al delito de cohecho», *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N.º 5, 2004. URL: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15047/15467>
- Peña, E., *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Rua, G. S., «En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión», *Revista de Derecho Penal 2004-2 delitos contra la administración pública II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- Salinas, R., *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Iustitia, 2011.

Códigos normativos y tratados internacionales

- Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial N.º 180, de 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Codificación del Código Penal de 1889.
- Ecuador, Codificación del Código Penal de 1971.
- Ecuador, Código Penal de 1837.
- Ecuador, Código Penal de 1872.
- Ecuador, Código Penal de 1906.
- Ecuador, Código Penal de 1938.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N.º 449, de 20 de octubre de 2008.
- Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.