

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Compatibilidad de los delitos de infracción de deber
con el Código Orgánico Integral Penal**

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Juan Nicolás Cevallos Vallejo
Código:	00205554
Cédula de identidad:	1718308735
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

COMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER CON EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL¹

COMPATIBILITY OF CRIMES OF DUTY INFRINGEMENT WITH THE ORGANIC INTEGRAL CRIMINAL CODE

Juan Nicolás Cevallos Vallejo²
nicolascevallos17@gmail.com

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo determinar la compatibilidad de la teoría de los delitos de infracción de deber con los conceptos de autor y coautor del Código Orgánico Integral Penal. Para poder precisar si dicha teoría es compatible con los conceptos mencionados, se realizó un estudio doctrinal de esta teoría, en conjunto con un análisis de los conceptos que se han invocado, desde el punto de vista dogmático; y práctico a través del examen de la sentencia de primera instancia dentro del proceso 17721-2019-00029G. Como resultado del estudio se determinó que esta teoría no es compatible con los conceptos antedichos. Esto debido a que, la normativa penal ecuatoriana adopta un concepto restrictivo de autor y coautor a partir de la teoría del dominio del hecho. Por lo que, la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber supone una transgresión a los principios de legalidad y tipicidad.

PALABRAS CLAVE

Delitos de infracción de deber, autor, coautor, Código Orgánico Integral Penal.

ABSTRACT

The objective of this article is to determine the compatibility of the theory of crimes of duty infringement with the concepts of perpetrator and joint perpetrator of the Organic Integral Criminal Code. To specify whether this theory is compatible with the concepts mentioned, a doctrinal study of this theory was carried out, together with an analysis of the concepts that have been invoked, from the dogmatic point of view; and practical, through the examination of the of first instance verdict within the process 17721-2019-00029G. As a result of the study, it has been found that this theory is not compatible with the above concepts. This is because the Ecuadorian criminal law adopts a restrictive concept of perpetrator and joint perpetrator based on the theory of mastery of the act. Therefore, the application of the theory of crimes of duty infringement supposes a transgression of the principles of legality and typicity.

KEYWORDS

Crimes of duty infringement, perpetrator, joint perpetrator, Organic Criminal Code.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Homero Cepeda López.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.- 4.1. COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.- 4.2. CRÍTICAS A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.- 5. CONCEPTOS DE AUTOR MATERIAL Y COAUTOR EN EL COIP.- 5.1. ¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO?- 6. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DENTRO DEL PROCESO NO. 17721-2019-00029G.- 6.1. SITUACIÓN DE LOS SUJETOS PRIVADOS.- 6.2. SITUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.- 6.3. RESPECTO DE LOS SENTENCIADOS RAFAEL CORREA, JORGE GLAS Y LAURA TERÁN.- 6.4. ¿DESCONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL O INCOMPATIBILIDAD DE LA TEORÍA CON EL COIP?- 7. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

El 26 de abril del 2020 el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por el doctor Iván León Rodríguez, y los doctores Marco Rodríguez Ruiz e Iván Saquicela Rodas, dictó la sentencia condenatoria dentro del proceso 17721-2019-00029G, denominado Caso Sobornos 2012-2016. En esta sentencia, el Tribunal recogió la teoría de autoría y participación en los delitos de infracción de deber y la utilizó para determinar los diferentes grados de participación de los procesados.

Esto, sin duda, marcó un hito en el Derecho Penal ecuatoriano. La relevancia de la adopción de esta teoría de autoría y participación tiene lugar porque el empleo de esta teoría acarrea consigo un posible conflicto con el principio de legalidad respecto del concepto de autor que, desde la teoría del dominio del hecho, ha recogido el Código Orgánico Integral Penal, COIP. Esto ocurre debido a que su aplicación, aparentemente, podría implicar el desconocimiento de la necesidad de que los actos requeridos por el tipo penal sean ejecutados.

Por lo tanto, el objetivo del presente artículo es encontrar una respuesta a la siguiente problemática: ¿en qué manera la teoría de los delitos de infracción de deber es compatible con el concepto de autor y coautor del Código Orgánico Integral Penal? Para poder encontrar una respuesta adecuada a esta pregunta de investigación es necesario realizar un estudio que será estructurado de la siguiente manera. Primero, es menester un estudio doctrinal sobre esta teoría donde se expongan aquellos aspectos más importantes sobre la construcción dogmática de la misma.

Posteriormente, se debe llevar a cabo un análisis de los conceptos de autor y coautor existentes en la legislación ecuatoriana en materia penal. Esto, con el fin de poder precisar si la teoría de los delitos de infracción de deber es compatible con los conceptos mencionados. Finalmente, la respuesta a la interrogante planteada también será abordada desde el estudio de la sentencia que ha sido mencionada. De esta manera se busca que la presente investigación encuentre un tratamiento a la problemática expuesta, no solo desde el punto de vista de la dogmática penal, sino también desde el punto de vista práctico en el contexto ecuatoriano.

2. Estado del arte

En el siguiente apartado se presentan los aportes doctrinarios relevantes a la teoría de los delitos de infracción del deber. Esto incluye a los autores partidarios de esta teoría, como aquellos autores que han planteado críticas al uso y aplicación de esta. Asimismo, en esta sección se expone la doctrina que ha desarrollado y estudiado el concepto de autor en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Roxin señala que la teoría de los delitos de infracción de deber aparece debido a que existen tipos penales en los cuales no se puede aplicar la teoría del dominio del hecho³. La cuestión relevante para establecer quien es autor en los delitos de infracción de deber es la existencia de un deber extrapenal que obliga al o los sujetos intervinientes, y no el dominio sobre el hecho⁴. La eventual infracción de este deber ubicaría a los sujetos obligados como autores del delito⁵. Acerca del interviniente en el hecho delictivo que no

³ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 343.

⁴ *Id.*, 343.

⁵ *Id.*, 345.

es titular del deber extrapenal, William F. Torres señala que este únicamente responde como partícipe⁶.

Víctor Gómez Martín, sostiene que la teoría de autoría por delitos de infracción de deber, a diferencia de la teoría del dominio del hecho, permite explicar de una manera clara la fundamentación de la autoría en delitos especiales⁷. Ahora bien, también existen opositores a la aplicación de esta teoría. Este es el caso de Muñoz Conde, quien crítica fuertemente la aplicación de esta teoría, argumentando que atenta contra el principio de legalidad en materia penal⁸. De igual manera, para profundizar el análisis de esta crítica, es necesario revisar lo que Ramiro Salinas ha escrito. Esto es que, en los delitos de infracción de deber, no interesa la realización de los elementos del tipo por parte del sujeto para que este sea considerado autor⁹.

En el ámbito latinoamericano, el uso y aplicación de esta teoría también ha encontrado críticas similares. En esta línea, Rafael Chanjan, concluye que, su uso implica fundamentar el castigo de este tipo de delitos a la mera infracción de deberes de índole administrativa¹⁰. Consecuentemente, esto llevaría a que exista y se construya una dependencia del Derecho penal hacia el ámbito administrativo necesaria para poder determinar cuál es el deber extrapenal que ha sido transgredido¹¹.

Alberto Suárez, analiza la adopción de la teoría de autoría por infracción de deber en el ordenamiento penal colombiano y sostiene que esta teoría no tiene cabida en dicho contexto porque adoptarla implicaría una violación a los principios de legalidad y tipicidad¹².

Sobre esta crítica, William F. Torres, argumenta que el principio de legalidad no se ve quebrantado porque no esté tipificado en la parte general el concepto de autor construido por la teoría de la infracción de deber¹³. Según este criterio, el análisis de cada

⁶ William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, *Derecho Penal y Criminología* 26 (2005), 87.

⁷ Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales* (Buenos Aires: 2006), 137.

⁸ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires: B de F, 2007), 58.

⁹ Ramiro Salinas Siccha, *Delitos de corrupción de funcionarios* (Lima: Palestra, 2021), 43.

¹⁰ Rafael H. Chanjan Documet, “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, *Derecho Penal y Criminología* 38 (2017), 139.

¹¹ *Id.*, 141.

¹² Alberto Suárez Sánchez, “Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal Colombiano”, *Derecho Penal y Criminología* 22 (2001), 132.

¹³ William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, 100.

delito es lo que permite identificar aquellos tipos penales donde el legislador ha determinado que lo relevante para fundamentar la autoría es la infracción de un deber extrapenal o, por el contrario, el dominio del hecho¹⁴.

Ahora, en el marco ecuatoriano, Ernesto Albán, analiza el concepto de autor desarrollado por la normativa penal vigente en el Ecuador y concluye que esta entiende como autor a aquel sujeto que domina el acto¹⁵. Un análisis similar es aquel realizado por el autor Felipe Rodríguez, quien plantea que la legislación penal ecuatoriana considera autor a quien ejecuta la totalidad de los elementos del tipo penal¹⁶.

3. Marco normativo

Si bien la autoría en los delitos de infracción de deber es una teoría elaborada y desarrollada por la doctrina, el análisis de la aplicabilidad o no en el ordenamiento jurídico ecuatoriano está ligado al estudio de la legislación y jurisprudencia aplicables a esta materia. Por lo tanto, corresponde ahora exponer y enunciar el marco normativo relevante respecto de la teoría de los delitos de infracción de deber.

Para poder determinar la compatibilidad, o no, de la teoría de los delitos de infracción de deber, es necesario analizar la normativa penal relacionada a este tema. Debido a que el enfoque que se ha adoptado en la presente investigación es sobre los delitos de infracción de deber, específicamente, aquellos en contra de la administración pública, desde el ámbito internacional corresponde analizar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CNUCC¹⁷. Ecuador ratificó esta convención en el año 2005. En lo relevante al tema objeto de la investigación, la CNUCC, en su artículo 27¹⁸, se refiere a la tentativa y al concurso de personas en los delitos de corrupción. Específicamente, la CNUCC en el numeral uno del artículo mencionado, se refiere a la libertad de los Estados de tipificar las diferentes formas de participación (entendidas en el sentido amplio) en los delitos a los que se refiere la CNUCC.

¹⁴ William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, 100.

¹⁵ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General* (Quito: Ediciones Legales, 2018), 249.

¹⁶ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito* (Quito: Editorial Cevallos, 2019), 241.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 31 de octubre de 2003, ratificada por el Ecuador el 15 de septiembre de 2005.

¹⁸ Artículo 27, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora, en el Derecho interno ecuatoriano, la Constitución, CRE, contempla varios enunciados que son importantes para el análisis de la aplicabilidad de la teoría de autoría por infracción de deber. La CRE recoge el derecho al debido proceso en específico el principio de legalidad¹⁹ que, en materia penal, es el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Por otra parte, la CRE, recoge los principios bajo los cuales debe regirse la administración pública, por ejemplo, el principio de transparencia²⁰. A esto se debe agregar que, el mismo cuerpo legal, se refiere a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos por las acciones u omisiones que realicen en el ejercicio de sus funciones²¹. Además, la CRE, contempla la imprescriptibilidad de las acciones y penas en los delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito y concusión. Adicional, se debe mencionar que la CRE prescribe que estas normas también son aplicables a los sujetos que, sin ser funcionarios públicos, participen en la ejecución de dichos delitos²².

Los principios que rigen a la administración pública y a los servidores públicos también se encuentran recogidos en la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP. En especial el principio de transparencia²³, pero también se refiere a los deberes de los funcionarios públicos, entre estos, velar por los recursos del Estado²⁴. Así mismo, la LOSEP, consagra las prohibiciones de los funcionarios públicos²⁵, entre estas la prohibición de recibir bienes, dineros, recompensas, etc., debido a su cargo; y la prohibición de abusar de su cargo para obtener beneficios.

Ahora, con relación al concepto de autor y la compatibilidad de la teoría de los delitos de infracción de deber se debe, necesariamente, abordar todo lo prescrito sobre esta materia por el Código Orgánico Integral Penal, COIP. Este cuerpo legal recoge como una garantía procesal al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁶. En lo referente a las conductas penales, el COIP, prescribe que únicamente serán conductas

¹⁹ Artículo 76 numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

²⁰ Artículo 227, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²¹ Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²² Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²³ Artículo 1, Ley Orgánica de Servicio Público, [LOSEP]. R.O. Suplemento 294 de 6 de octubre de 2010, reformado por última vez R.O. N/D de 1 de septiembre de 2022.

²⁴ Artículo 22, LOSEP.

²⁵ Artículo 24, LOSEP.

²⁶ Artículo 5 numeral 1, Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. N/D de 28 de enero de 2022.

penalmente relevantes aquellas acciones u omisiones que lastiman un bien jurídico o lo ponen en peligro²⁷.

Por otro lado, en lo atinente a autoría y participación, el COIP, prescribe que es autor aquella persona que ejecuta los elementos objetivos del tipo penal en su totalidad o quien tiene el deber de impedir un delito y no lo hace²⁸. Sobre el instigador, se debe tener en cuenta que el COIP lo incluye dentro de la figura de autoría mediata²⁹. Ahora, sobre la coautoría³⁰, prescribe que es coautor quien participa de manera principal en la ejecución del tipo penal. Es decir que, define a la coautoría como la ejecución del tipo en conjunto (división del trabajo) y que, si está ausente la conducta de uno de los sujetos, al ser principal, no se podría cometer el delito. Finalmente, sobre los cómplices³¹, este cuerpo normativo define al cómplice como aquel sujeto que participa en la ejecución del delito mediante actos secundarios que tienen lugar antes o durante la ejecución del tipo penal.

Adicionalmente, para efectos de la presente investigación, se debe tener en cuenta la tipificación de los delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, concusión, tráfico de influencias y sobreprecio en la contratación pública³²; los cuales son de especial relevancia para el análisis de la teoría a ser analizada.

Ahora, con relación a la jurisprudencia relevante al tema, es importante señalar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe jurisprudencia vinculante sobre este tema. Sin embargo, es sustancial para la presente discusión la sentencia condenatoria dictada el 26 de abril del 2020 por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso 17721-2019-00029G, denominado Caso Sobornos 2012-2016. En esta sentencia³³, el Tribunal recogió la teoría de los delitos de infracción de deber y la utilizó para determinar los diferentes grados de participación de los procesados. Por esta razón, esta decisión judicial es indispensable para analizar la compatibilidad de esta teoría con los conceptos de autor y coautor del COIP.

²⁷ Artículo 22, COIP.

²⁸ Artículo 42 numeral 1, COIP.

²⁹ Artículo 42 numeral 2 literal a, COIP.

³⁰ Artículo 42 numeral 3, COIP.

³¹ Artículo 43, COIP.

³² Artículos 278, 279, 280, 281, 285 y 294 COIP.

³³ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 380.

4. Delitos de infracción de deber

La teoría de los delitos de infracción de deber fue elaborada por primera vez por Claus Roxin, en la primera edición de su libro *Autoría y Dominio del Hecho* de 1963. Mucho se ha dicho sobre esta teoría. Sin embargo, lo que no se discute, es el gran debate que existe en torno a su aplicación y uso para la fundamentación de la autoría en cierto tipo de delitos, que serán analizados con posterioridad.

En el Ecuador, a pesar de que es una teoría que existe por varias décadas, el debate en torno a su aplicación para establecer quién es el autor del delito no ha alcanzado la importancia que se le ha otorgado en otros países. Ahora, debido a los recientes hechos con relación a los diferentes procesos penales existentes en contra de ex funcionarios públicos, la discusión sobre esta teoría y su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesaria.

Ciertamente, Claus Roxin, al ser el creador de esta teoría, es a quien se debe acudir para comprender de qué trata. Al respecto, en su libro *Autoría y Dominio del Hecho*, Roxin señala que esta teoría aparece debido a que existen “preceptos penales que excluyen [...]”³⁴ la aplicación de la teoría del dominio del hecho. A esto agrega que esta teoría trata “de un punto de vista que ha de separarse de la teoría del dominio del hecho y que conduce a limitaciones esencialmente distintas³⁵”. Es decir que, los delitos de infracción de deber deben ser entendidos como una forma en que el legislador tipifica ciertas conductas. En otras palabras, la teoría de los delitos de infracción de deber descarta totalmente a la teoría de dominio del hecho. Teniendo claro esto, ahora corresponde determinar en qué consisten los delitos de infracción de deber.

Primero, Roxin señala que en los delitos de infracción de deber la cuestión determinante para establecer quien es autor del delito no es el dominio del sujeto sobre el hecho sino la existencia de la violación de un deber extrapenal que se extiende a todos o algunos de los intervinientes en el cometimiento del delito³⁶. Es decir que, “[...] es el

³⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 343.

³⁵ *Id.*, 345.

³⁶ *Id.*

quebrantamiento del deber especial extrapenal, ocasionador del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni la voluntad del autor ni dominio del hecho³⁷”.

Por otra parte, Muñoz Conde, de manera similar, precisa que los delitos de infracción de deber es un método utilizado por el legislador para tipificar aquellas conductas en las cuales, “más que la cualidad externa de la acción de un sujeto, le interesa tipificar la infracción a determinados deberes que derivan del papel que el sujeto desempeña en el grupo social³⁸”. Esto quiere decir que la forma en que se exterioriza la conducta es insignificante para fundamentar la autoría, lo que, sin duda alguna, tiene peligrosas implicaciones que serán estudiadas con posterioridad.

Ahora, el deber al que se refiere Roxin es un deber extrapenal que tiene su origen en una rama distinta del Derecho. Este deber extrapenal obliga a uno o varios de los sujetos (titulares de este deber) intervinientes en el delito y lleva a que, su eventual infracción, los ubique como autores del delito³⁹. Un ejemplo de este deber extrapenal es aquel que obliga a los funcionarios públicos a realizar una correcta administración de los bienes y fondos públicos⁴⁰.

En resumen, la teoría planteada por Roxin establece que es autor quien, siendo titular del deber extrapenal, lo infringe, sin importar si tiene o no el dominio del hecho. Pero ¿qué sucede con el interviniente en el hecho delictivo que no es titular del deber extrapenal? Sobre esto, William F. Torres escribe que, “partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría⁴¹”. Dicho de otra manera, aquel que no es titular de dicho deber no lo puede infringir y, por lo tanto, es un partícipe y nunca podrá ser autor⁴².

Si bien la teoría de autoría por delitos de infracción de deber fue elaborada por Claus Roxin, esta también ha sido desarrollada por otros autores. Es el caso de Víctor Gómez Martín quien sostiene que esta teoría parte de un aspecto difícil de rechazar⁴³. Este aspecto es que, en los delitos especiales, como sería por ejemplo el peculado, el funcionario público se encuentra supeditado y obligado a actuar de determinada manera

³⁷ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 347.

³⁸ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 57.

³⁹ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 345.

⁴⁰ Artículo 22, LOSEP.

⁴¹ William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, 87.

⁴² Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 359.

⁴³ Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales*, 137.

por un “deber jurídico especial⁴⁴”. Se debe añadir que, este mismo autor, considera que la teoría de los delitos de infracción de deber, a diferencia de la teoría del dominio del hecho, permite explicar de una manera clara la fundamentación de la autoría en delitos especiales⁴⁵.

4.1. Coautoría en los delitos de infracción de deber

En el apartado anterior se ha revisado el concepto de los delitos de infracción de deber el cual, al ser abordado y analizado, permite determinar que el fundamento de la autoría en este tipo de delitos es la infracción de un deber extrapenal al cual el sujeto se encuentra obligado. Ahora, debido al análisis que se realizará con posterioridad, es necesario abordar el concepto de coautoría en los delitos de infracción de deber.

Gómez Martín indica que, la coautoría en este tipo de delitos consiste en la “vulneración conjunta de un deber jurídico extrapenal que recaería en una pluralidad de sujetos, con total independencia de la mayor o menor importancia de la concreta aportación de cada uno de ellos en términos de dominio del hecho⁴⁶”. Es decir que, la coautoría en los delitos de infracción de deber no se fundamenta en la división de trabajo que tiene lugar al momento de la ejecución del tipo penal. Esto ocurre porque en este tipo de delitos, para entender y fundamentar la coautoría, se debe descartar la idea del dominio del hecho⁴⁷. Como resultado de esto, no importa si el sujeto (a quien incumbe el deber extrapenal) únicamente auxilia en la ejecución de la conducta a otro, al ser titular del deber extrapenal, debe responder como coautor⁴⁸.

4.2. Críticas a los delitos de infracción de deber

Ahora bien, a pesar de que existen partidarios de esta teoría y su uso para fundamentar la autoría en los delitos especiales, también existen posturas críticas debido a los diferentes problemas que existen en su aplicación. Este es el caso de Muñoz Conde quien postula que los delitos de infracción de deber deben ser tratados dentro de la

⁴⁴ Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales*, 137.

⁴⁵ *Id.*, 138.

⁴⁶ *Id.*, 135.

⁴⁷ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 346.

⁴⁸ *Id.*

categoría de los tipos penales en blanco⁴⁹. Esto sucede porque desde su punto de vista su estructura es similar, puesto que para determinar cuál es el deber que ha sido infringido por el autor, es necesario remitirse a una norma extrapenal⁵⁰. Esto lleva a que los delitos de infracción de deber se vean expuestos a las mismas críticas que los tipos penales en blanco.

A esto se debe agregar que, Muñoz Conde también objeta el uso de esta teoría argumentando que atenta contra “el principio de legalidad en materia penal en su vertiente *nullum crime sine lege*⁵¹”. La aparente transgresión a este principio rector en materia penal tiene lugar cuando, esta teoría, se refiere a la infracción de deberes extrapenales. Esto ocurre porque desde su punto de vista podría ocurrir que dichos deberes no estén descritos en la ley y, por lo tanto, “su constatación debe hacerla el juez a su libre arbitrio por medio de la creación libre del derecho⁵²”.

Ahora, respecto a las consecuencias dogmáticas que esta teoría acarrea consigo, Muñoz Conde plantea lo siguiente. En primer lugar, que dentro de esta teoría no existe una diferenciación entre acción u omisión, esto sucede porque lo relevante en esta teoría para determinar quién es autor del delito es la infracción del deber extrapenal, mas no la forma en que se violente aquel deber⁵³. En otras palabras, al ser lo determinante para considerar autor a un sujeto la infracción de un deber extrapenal, la forma en que se exterioriza dicha infracción (acción u omisión) es irrelevante.

Lo expuesto es la base de una fuerte crítica a esta teoría. Esta es que, si lo determinante para fundamentar la autoría en este tipo de delitos no es la exteriorización de la conducta, entonces, esto podría llevar a que se desconozca la necesidad de que se realicen los elementos del tipo penal para que se considere autor a un sujeto. Esto daría lugar a una flagrante violación al principio de legalidad en materia penal, puesto que, si el sujeto no ha ejecutado los elementos del tipo penal, no existe razón alguna para que sea considerado autor.

Ahora, en el ámbito latinoamericano, el uso y aplicación de esta teoría también ha encontrado fuertes críticas. Sobre esta teoría, Rafael Chanjan, concluye que, su uso

⁴⁹ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 56.

⁵⁰ *Id.*, 57.

⁵¹ *Id.*, 58.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*, 57.

implica fundamentar el castigo de este tipo de delitos al simple “incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo [...]”⁵⁴. Con esto quiere decir que, este tipo de conductas en realidad son infracciones de índole administrativa a las que se les considera delitos⁵⁵. Consecuentemente, argumenta que esto llevaría a que exista y se construya una dependencia del Derecho penal hacia el ámbito administrativo para poder determinar cuál es el deber extrapenal que ha sido transgredido⁵⁶.

Otra crítica a esta teoría es la planteada por Alberto Suárez, quien analiza la adopción de la teoría de autoría por infracción de deber en el ordenamiento penal colombiano. Suárez sostiene que esta teoría no tiene cabida en el contexto colombiano porque adoptarla implicaría “echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad [...]”⁵⁷. Esto sucede porque, desde su punto de vista, a esta teoría no le interesa la forma en que se realiza la conducta penal⁵⁸. Así mismo, agrega que, el concepto de autor en el ordenamiento penal de Colombia debe ser concebido y construido desde un análisis de la parte general del Código Penal Colombiano en conjunto con los diferentes delitos tipificados en la parte especial del mismo Código⁵⁹.

Sobre esta posición, William F. Torres, sostiene que el principio de legalidad no se ve quebrantado porque no exista una “diferenciación expresa en la ley, de la autoría en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber en la parte general del Código⁶⁰”. A esto se debe agregar que, de acuerdo con este autor, el fundamento de la legalidad del uso de esta teoría se encuentra en la parte especial del Código Penal Colombiano mediante el análisis de cada tipo penal. Pues, según su criterio, el análisis de cada delito permite identificar aquellas conductas típicas donde el legislador ha determinado que lo relevante para fundamentar la autoría es la infracción de un deber extrapenal o, por el contrario, el dominio del hecho⁶¹.

⁵⁴ Rafael H. Chanjan Documet, “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, 139.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*, 141.

⁵⁷ Alberto Suárez Sánchez, “Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal Colombiano”, 132.

⁵⁸ *Id.*, 131.

⁵⁹ *Id.*, 132.

⁶⁰ William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, 100.

⁶¹ *Id.*, 100.

5. Conceptos de autor y coautor en el COIP

Una vez revisada la teoría de los delitos de infracción de deber y la fundamentación de la autoría y coautoría en este tipo de delitos, corresponde ahora, analizar los conceptos de autor material y coautor en el COIP, los cuales han sido desarrollados de acuerdo con la libertad de tipificación de las diferentes formas de participación con la que gozan los Estados, de acuerdo con el artículo 27 de la CNUCC⁶². Esto, para posteriormente, determinar la compatibilidad de esta teoría con el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

El COIP recoge el concepto de autor directo en el artículo 42 numeral 1 y lo define de la siguiente manera:

Art. 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo⁶³.

Como se observa, del artículo citado se desprenden dos presupuestos respecto del autor directo. Sin embargo, para efectos prácticos de la investigación, únicamente se analizará el literal a. Este define como autores directos a aquellos sujetos que “[...] ejecutan el tipo penal y les es atribuible la totalidad de los elementos del tipo⁶⁴”. Esto quiere decir que, el legislador ecuatoriano considera como autor directo a quien materialmente haya realizado el tipo penal. Sobre este tema, Ernesto Albán, de manera similar postula que, el artículo 42 numeral 1 literal a del COIP “[...] se refiere a quien a quien ejecuta directamente el acto típico, a quien tiene por sí mismo el dominio del acto⁶⁵”.

A partir de esto se puede concluir que el legislador ecuatoriano considera autor a quien es determinante para la ejecución del tipo penal⁶⁶. Dicho de otra manera, el legislador ecuatoriano ha adoptado un concepto de autor que tiene como base la doctrina

⁶² Artículo 27, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁶³ Artículo 42 numeral 1, COIP.

⁶⁴ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*, 241.

⁶⁵ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*, 249.

⁶⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II* (Madrid: CIVITAS, 2014), 75.

del dominio del hecho. Sobre esta teoría, Claus Roxin escribe que, “[...] se basa en el entendimiento de la autoría como una realización del tipo en sentido material⁶⁷”.

De los autores citados y de la lectura del artículo 42 numeral 1 literal a del COIP, se desprende que el concepto de autor del COIP es un concepto restrictivo de autor. Esto quiere decir que, “[...] la autoría se limita o restringe por principio a la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial⁶⁸”. Pues, como quedo en evidencia, el legislador ecuatoriano considera autor al sujeto que realiza el tipo penal de manera directa e inmediata. Debido a esto, se puede inferir que, el legislador no ha contemplado un concepto de autor basado en la teoría de los delitos de infracción de deber, donde lo relevante para fundamentar la autoría no es la exteriorización material de la conducta. Sino que se ha limitado a definir al autor material como aquel sujeto que tiene el dominio del hecho y ejecuta los elementos del tipo penal en su totalidad.

Ahora corresponde realizar un breve análisis del concepto de coautor en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. El COIP en el artículo 42 numeral 4, prescribe que son coautores, “[q]uienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción⁶⁹”. De la lectura del artículo citado se puede observar que el legislador considera coautor a aquellos sujetos que participan en la ejecución de la conducta penal aportando actos indispensables para la perpetración del ilícito. Es decir que, el COIP se refiere a la coautoría como la división del trabajo, en la cual, si uno de los intervinientes decide no ejecutar su parte, la ejecución del ilícito penal fracasaría⁷⁰.

No obstante, es de suma importancia resaltar que, el concepto de coautor en el COIP no contempla a la coautoría desde la teoría de los delitos de infracción de deber. Es decir que, no concibe a la coautoría como la infracción de un deber extrapenal, sino como la participación en la ejecución del delito mediante la realización de actos principales e indispensables para la realización de la conducta.

⁶⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II* (Madrid: CIVITAS, 2014), 75.

⁶⁸ *Id.*, 66

⁶⁹ Artículo 42 numeral 3, COIP.

⁷⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II*, 146.

5.1. ¿Es posible la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano?

Corresponde ahora, determinar si la teoría de los delitos de infracción de deber es compatible con los conceptos de autor y coautor del Código Orgánico Integral Penal que han sido estudiados. Esto, sin dejar de lado que, en apartados posteriores, también se aborden otros aspectos respecto de la compatibilidad de esta teoría respecto del COIP. Previo a determinar si la teoría de los delitos de infracción de deber y, la fundamentación de la autoría que nace a partir del uso de esta teoría es compatible con los conceptos de autor y coautor con el COIP es necesario realizar una breve recapitulación del análisis de dichos conceptos.

Primero, respecto de la noción de autor del COIP, se ha determinado que el legislador ha adoptado un concepto restrictivo de autor. Esto quiere decir que, únicamente se debe entender que es autor quien adecua su comportamiento a la conducta tipificada. Además, se ha delimitado que el COIP no solo que contempla un concepto restrictivo de autor, sino que, lo hace desde la teoría del dominio del hecho. Segundo, el COIP considera coautor a quien realiza actos determinantes y principales sin los cuales no se hubiese podido ejecutar la conducta penal y, aborda este concepto, desde la concepción de la división del trabajo o dominio del hecho funcional⁷¹.

Como resultado de lo enunciado se puede concluir que, para el legislador, lo relevante al momento de determinar quién es autor es el dominio del hecho y, para delimitar quien interviene como coautor lo relevante es el dominio funcional del hecho. Es decir que lo trascendente y determinante es la ejecución de los elementos tipificadores del tipo penal (autor) y la intervención en la ejecución con actos principales e indispensables (coautor).

Por consiguiente, el concepto de autor y coautor del COIP, no hace alusión en ningún momento que para fundamentar la autoría o coautoría lo determinante sea la infracción de un deber extrapenal. Pues, la adopción de la teoría de los delitos de infracción de deber, como se ha expuesto en apartados anteriores, implicaría aceptar que es “[...] indiferente para la autoría que el sujeto realice o no todos los requisitos de la conducta típica y que tenga o no el dominio del hecho con tal de que infrinja su deber

⁷¹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II*, 146.

específico⁷²”. Esto acarrearía consigo la inadmisibles consecuencia de que se llegue a calificar como autoría actos de complicidad o instigación, lo que sería una flagrante violación al principio de legalidad⁷³ y contrario al concepto restrictivo de autor que ha sido adoptado por el COIP.

De igual modo, como se planteó en apartados anteriores, la teoría de los delitos de infracción de deber excluye la aplicación de la teoría del dominio del hecho⁷⁴. Por lo tanto, si el concepto de autor del COIP ha sido elaborado mediante la adopción de la teoría del dominio del hecho, la consecuencia es que se debe excluir la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Como resultado de lo expuesto, se debe concluir que, la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber no es compatible con los conceptos de autor y coautor del COIP. Ahora, adicional a los argumentos formulados, se debe añadir que la adopción de la teoría de los delitos de infracción de deber implicaría acoger un concepto extensivo de autor, mediante el cual “[e]s autor todo aquel que causa un resultado típico [...]”⁷⁵ y se ignoraría la distinción realizada por el COIP entre autores y partícipes (concepto restrictivo de autor). Esto, una vez más, transgrediría el principio de legalidad en materia penal al considerar conductas de autoría como complicidad, o viceversa.

6. La aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber en la sentencia de primera instancia dentro del proceso No. 17721-2019-00029G

La sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia dentro del proceso No. 17721-2019-00029G conocido como el Caso Sobornos 2012-2016, aplica la teoría de los delitos de infracción de deber para fundamentar la autoría en los delitos contra la administración pública. En el caso específico en el delito de cohecho. Por esta razón, es necesario realizar un análisis de la adopción de esta teoría en la sentencia para determinar con mayor profundidad porque esta teoría no es compatible con los conceptos de autor y coautor del COIP.

⁷² Ramiro Salinas Siccha, *Delitos de corrupción de funcionarios*, 43.

⁷³ Artículo 76 numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008 y Artículo 5 numeral 1, COIP.

⁷⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 345.

⁷⁵ *Id.*, 45.

En el caso mencionado, sobre los hechos probados, el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, anota lo siguiente:

Los elementos fácticos del caso tienen que ver sustancialmente con el delito de cohecho; es decir que dentro de una estructura de corrupción, los funcionarios públicos procesados, instigados por Rafael Correa Delgado y Jorge Glas Espinel, pedían sobornos a los empresarios privados procesados y otros, a cambio de adjudicación de contratos de obra pública, esos pagos se hacían en efectivo y mediante el denominado cruce de facturas, dinero que finalmente era usado para proselitismo, campaña política del movimiento Alianza País y beneficio propio⁷⁶.

Ahora, lo importante sobre esto es recalcar que, mediante la audiencia de juicio la Fiscalía General del Estado probó la existencia de una organización delictiva dedicada a la corrupción mediante la cual se adjudicaban contratos para realizar obras públicas a cambio de sobornos. Los cohechos eran recibidos mediante el mecanismo de cruce de facturas o, en ciertas ocasiones, en efectivo.

Adicional a esto, el Tribunal determinó que los funcionarios públicos procesados cometieron el delito de cohecho pasivo propio agravado y los sujetos privados el delito de cohecho activo agravado⁷⁷. Sobre esto, es importante anotar que en la sentencia el Tribunal condenó a los procesados bajo el Código Penal, CP, el cual era la norma penal vigente cuando se cometieron los hechos. Además, el Tribunal anotó que el delito de cohecho forma parte de aquellos denominados delitos de infracción de deber⁷⁸ y, por lo tanto, como se explicará con posterioridad, procedió a adoptar esta teoría y fundamentar la autoría mediante esta.

6.1. Situación de los sujetos privados

Los sujetos privados procesados fueron los siguientes: Alberto José Hidalgo Zavala, Víctor Manuel Fontana Zamora, Edgar Román Salas León, Ramiro Leonardo Galarza Andrade, Bolívar Napoleón Sánchez Rivadeneira, Pedro Vicente Verduga Cevallos, William Wallace Phillips Cooper, Rafael Leonardo Córdova Carvajal, Teodoro Fernando Calle Enríquez y Mateo Choi. Estos empresarios fueron condenados como

⁷⁶ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 357.

⁷⁷ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 357.

⁷⁸ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 380.

autores materiales del delito de cohecho activo agravado, tipificado en el artículo 290 del derogado CP y actual artículo 280 inciso 5⁷⁹.

Sobre esto, es importante resaltar que el delito por el cual los sujetos privados fueron estaba tipificado como un delito autónomo en el artículo 290 del CP. Por lo tanto, la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber no alcanzó a estos procesados. Ya que, a criterio del Tribunal, dicho delito, al no tener un sujeto activo calificado, no forma parte de aquellos denominados delitos de infracción de deber⁸⁰. Por esta razón, debido al tema de investigación del presente artículo, no cabe ahondar más sobre la situación jurídica de los sujetos privados.

6.2. Situación de los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos procesados y sentenciados fueron los siguientes: Rafael Vicente Correa Delgado, Jorge David Glas Espinel, Alexis Javier Mera Giler, María De Los Ángeles Duarte Pesantes, Walter Hipólito Solís Valarezo, Roldán Vinicio Alvarado Espinel, Viviana Patricia Bonilla Salcedo, Christian Humberto Viteri López, Pamela María Martínez Loayza y Laura Guadalupe Terán Betancourt. Estos sujetos fueron condenados, en diferentes grados de participación, por adecuar su conducta al delito de cohecho pasivo agravado⁸¹.

Una vez expuesto esto, corresponde realizar un análisis del grado de participación bajo el cual el Tribunal condenó a estos procesados, sin tomar en cuenta a Rafael Correa, Jorge Glas y Laura Terán, cuya situación será analizada en los subtítulos posteriores. El Tribunal concluye que, los funcionarios públicos (con las excepciones anotadas) son coautores del delito de cohecho pasivo propio agravado tipificado en el artículo 285 del CP.

El Tribunal, previo a determinar que los funcionarios públicos son coautores del delito mencionado, sostiene que este delito forma parte de aquellos conocidos como delitos de infracción de deber y en los cuales:

⁷⁹ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 357.

⁸⁰ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 380.

⁸¹ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 357.

[...] lo decisivo no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social asumido por el autor⁸².

Respecto a esto, corresponde realizar una primera apreciación. Como se observa, el Tribunal señala que el fundamento de la sanción radica en la contravención de un deber extrapenal. Sobre esto se debe precisar que, la teoría de los delitos de infracción de deber fundamenta la autoría mas no la sanción⁸³. Pues una cosa es la fundamentación de la autoría y otra el fundamento de la sanción, el cual sigue siendo la lesión a un bien jurídico⁸⁴. Con relación a esto, se puede observar que el entendimiento y aplicación de esta teoría por parte del Tribunal no es del todo correcto.

Adicional a esto, el Tribunal expresa que, en este tipo de delitos, debe descartarse la teoría del dominio del hecho ya que lo “relevante es la infracción al deber atinente a la función de quien realiza la conducta⁸⁵”. A esto, los juzgadores agregan lo siguiente:

[...] lo fundamental de acuerdo a esta posición teórica, por la que se decanta este Tribunal de primera instancia, es la infracción del deber de funcionario y en específico del deber de no recibir pagos para sí o para terceros, por actos propios de su cargo y menos aún, por actos que impliquen la comisión de otros delitos, como ha ocurrido en el caso in examine⁸⁶.

Como se explicó en reiteradas ocasiones en apartados anteriores, la teoría de los delitos de infracción de deber excluye a la teoría del dominio del hecho. Es decir que, en este aspecto, el Tribunal realiza una correcta apreciación. Sin embargo, a pesar de que el Tribunal correctamente determina la exclusión de la teoría del dominio del hecho, en los siguientes apartados de la sentencia no se mantiene concordante con su postura.

La falta de congruencia en la aplicación de esta teoría por parte del Tribunal se ve de manera clara cuando este señala que, los funcionarios públicos deben responder como coautores debido a que intervinieron en la ejecución del ilícito “coadyuvando a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente los actos

⁸² Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 380.

⁸³ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 347.

⁸⁴ *Id.*, 360.

⁸⁵ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 380.

⁸⁶ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 380.

descritos, sin los cuales no habría podido perpetrarse la infracción, en los términos del artículo 42 CP (hoy 42.3 COIP)⁸⁷”.

La razón por la que se evidencia la falta de congruencia en la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber radica en que el Tribunal habla de coautoría en este tipo de delitos, pero no se refiere al concepto de coautor que deriva de la teoría de los delitos de infracción de deber. Como se determinó anteriormente, la coautoría en los delitos de infracción de deber tiene lugar cuando varios sujetos, a quienes incumbe uno o varios deberes extrapenales, infringen o violentan de manera conjunta dichos deberes. Entonces, aquí cabe realizar la siguiente interrogante: si se habla de un delito de infracción de deber, ¿por qué se hace alusión a la coautoría como la división de trabajo o dominio funcional del hecho de acuerdo con lo prescrito por el artículo 42 del CP y 42.3 del COIP?

Si bien la respuesta esta interrogante será revisada con posterioridad, de manera breve, se puede decir que es poco probable que el Tribunal desconozca cómo funciona la teoría de los delitos de infracción de deber. Lo que pudiese ocurrir es que dicha teoría no es compatible con los conceptos de autor y coautor del COIP.

6.3. Respetto de los sentenciados Rafael Correa, Jorge Glas y Laura Terán

Rafael Correa, Jorge Glas y Laura Terán, en su calidad de funcionarios públicos, no fueron sentenciados como coautores del delito de cohecho pasivo propio agravado. Sino que, fueron sentenciados como partícipes de dicho delito. De manera exacta, Correa y Glas fueron sentenciados como instigadores y Terán como cómplice.

Es menester ahora, analizar la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber respecto del expresidente y el ex vicepresidente del Ecuador. Primero, como ya fue mencionado, ambos fueron sentenciados como instigadores del delito de cohecho pasivo propio agravado. Sobre esto, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

[...] resulta evidente el rol de dirección de los procesados Rafael Correa Delgado y Jorge Glas Espinel, derivado no solo de sus posiciones jerárquicas superiores, sino de la prueba de sus conocimientos y participaciones de la existencia de una estructura que

⁸⁷ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 388-393.

intercambiaba contratos por sobornos. Estos actuaban a través de dos grupos de funcionarios, aquellos que recibían los pagos indebidos y otros que, desde sus diferentes cargos, otorgaban los contratos a quienes había realizado los pagos; estos funcionarios actuaron en calidad de coautores, como se explicará a continuación⁸⁸.

A esto, el Tribunal agrega que:

[...] el procesado Rafael Correa Delgado subsumió su conducta en el injusto de cohecho pasivo propio agravado, que forma parte de los denominados “delitos de infracción de deber” y más específicamente de los “delitos de funcionarios”, pues indudablemente contravino los principios de transparencia, responsabilidad, dignidad y confianza, propios de su rol como primer mandatario de la República, esto es que con su actuar delictivo, defraudó a la ciudadanía ecuatoriana que confió en él, para llevar los destinos de nuestro país, de una forma honrada, digna y responsable, al margen de entarimados de corruptela, mal del tejido social que es deber de la administración de justicia, extirpar⁸⁹.

En la misma línea, el Tribunal escribe que el procesado Jorge Glas actuó “conjuntamente con el procesado Rafael Correa Delgado⁹⁰”. Es decir que, ambos violentaron aquellos deberes extrapenales a los cuales se encontraban obligados. Es por esto que, a partir de los extractos citados de la sentencia, queda claro que el Tribunal aplica la teoría de los delitos de infracción de deber respecto de Correa y Glas. Entonces, es aquí donde tiene lugar una nueva crítica a esta sentencia.

Primero, ha quedado claro que ambos se encontraban sujetos a la observancia de determinados deberes extrapenales y que los han infringido, como lo ha determinado el mismo Tribunal. Segundo, como ha quedado evidenciado, de acuerdo con la teoría de los delitos de infracción de deber, aquel sujeto que está obligado por el deber extrapenal y que infringe dicho deber, necesariamente debe responder como autor del delito a pesar de que su actuar corresponda únicamente al de un partícipe⁹¹. Es decir que, el Tribunal al haber adoptado la teoría de los delitos de infracción de deber, debía actuar de manera congruente a su postura y condenar a Correa y Glas como autores del delito cuya materialidad fue demostrada. Entonces, ¿por qué son condenados como inductores?

⁸⁸ Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 381.

⁸⁹ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 385.

⁹⁰ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 385.

⁹¹ Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales*, 133.

Todas estas observaciones se relacionan también con la situación jurídica de Laura Terán. Ella, en su calidad de funcionaria pública, fue sentenciada como cómplice del delito de cohecho. En específico, por haber intervenido mediante “la cooperación de un modo secundario para la ejecución de la infracción de cohecho pasivo propio agravado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 CP (hoy 43 COIP)⁹²”. Hay que mencionar, además, que el Tribunal ha determinado que Terán debía “respetar la recta imparcialidad y eficacia de la administración pública, pero se ha probado que todos se sustrajeron al cumplimiento de dicha obligación⁹³”. En otras palabras, Terán infringió el deber extrapenal al cual se encontraba obligada.

En este punto, se debe volver a plantear la misma interrogante que se planteó respecto de Correa y Glas. ¿Por qué si Terán se encontraba obliga a observar un deber extrapenal, y no lo hizo, no fue condenada como autora? Pues, como se ha explicado en reiteradas ocasiones en este artículo, la fundamentación de la autoría en los delitos de infracción de deber es la infracción del deber extrapenal. Por lo tanto, como señala Roxin, únicamente podrá ser partícipe quien intervenga en la ejecución del ilícito “sin la infracción de deber especial⁹⁴”. Esto quiere decir que, Terán, nunca debió ser condenada como partícipe del delito. Siguiendo la teoría aplicada por el Tribunal, Terán debía ser condenada como autor del delito de cohecho.

6.4. ¿Desconocimiento del Tribunal o incompatibilidad de la teoría con el COIP?

Si bien se han evidenciado ciertos errores en los que ha incurrido el Tribunal al momento de adoptar la teoría de los delitos de infracción de deber, considerar que dichos errores son producto del desconocimiento de esta teoría por jueces que forman parte de la Corte Nacional de Justicia, puede ser una explicación débil y sin fundamento. Por el contrario, se debe entender que los errores que han sido evidenciados han tenido lugar debido a que la teoría de los delitos de infracción de deber es incompatible con los

⁹² Causa No. 17721-2019-00029G, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 26 de abril de 2020, pág. 393.

⁹³ Causa No. 17721-2019-00029G, pág. 383.

⁹⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 359

conceptos de autoría directa y coautoría del COIP, conforme quedó evidenciado en el apartado 5.1.

Como ha quedado demostrado, el Tribunal no ha realizado correcta aplicación de esta teoría al momento de determinar los grados de participación de los funcionarios públicos. Esto ha ocurrido porque, si hubiese aplicado la teoría de manera estricta, esto habría implicado desconocer la importancia de la forma y magnitud en que los sujetos intervienen en la ejecución del tipo penal para determinar su grado de participación. Además, el Tribunal hubiese considerado como autoría directa a aquellas acciones que corresponden a instigación (Correa y Glas) o complicidad (Terán). Lo que habría significado una vulneración al principio de legalidad.

Por lo expuesto, la incorrecta forma en que el Tribunal ha aplicado la teoría de los delitos de infracción de deber permite corroborar y sostener la posición de que dicha teoría es incompatible con los conceptos de autor material y coautor del COIP. Si fuera de otra manera, el Tribunal no hubiese tenido dificultad alguna al momento de aplicar la teoría de los delitos de infracción de deber.

7. Conclusiones

Como fue planteado al inicio, el objeto de este trabajo era determinar la compatibilidad de la teoría de los delitos de infracción de deber con los conceptos de autor y coautor del Código Orgánico Integral Penal. Para determinar la compatibilidad de los delitos de infracción de deber y los conceptos enunciados primero fue necesario entender qué comprenden este tipo de delitos. Como fue desarrollado en este trabajo, los delitos de infracción de deber consisten en aquella categoría de delitos en la cual únicamente ciertos sujetos, obligados por un deber extrapenal, pueden ser autores.

A partir de este concepto, se pudo delimitar que la teoría de los delitos de infracción de deber excluye a la teoría del dominio del hecho. Esto quiere decir, que son teorías incompatibles entre sí. Pues, en los delitos de infracción de deber, es irrelevante la forma en que se exterioriza la conducta del sujeto interviniente en la ejecución. Lo único que importa es la infracción del deber extrapenal.

Como se observó en el desarrollo de este trabajo, relevar a segundo plano la exteriorización de la conducta de los sujetos causa que se vulnere los principios de legalidad y tipicidad en materia penal. Esto sucede porque, si lo relevante es únicamente

la infracción de un deber extrapenal y no la forma en que este es transgredido, se estaría ignorando la diferenciación entre autores, coautores y partícipes tipificada por el COIP (concepto restrictivo de autor). Esto, además, llevaría a la adopción de un concepto extensivo de autor, contrario al concepto restrictivo de autor establecido por el COIP.

Al concepto restrictivo de autor del COIP, se debe añadir que, dicho cuerpo normativo ha adoptado un concepto basado en la teoría del dominio del hecho. Esto se ve en la definición de autor y coautor de la legislación penal ecuatoriana. Donde ha quedado evidenciado que, lo relevante para determinar quién debe responder como autor es la realización de la totalidad de los elementos del tipo, es decir el dominio del hecho. Mientras que para determinar quién es coautor, lo decisivo es el dominio funcional del hecho, la división de trabajo. En otras palabras, al adoptar estos conceptos a partir de la teoría del dominio del hecho, el legislador excluyó la teoría de los delitos de infracción de deber y por lo tanto esta teoría es incompatible con los conceptos de autor y coautor del COIP.

La postura de que la teoría de los delitos de infracción de deber es incompatible con el COIP se vio fortalecida con en el análisis de la sentencia de primera instancia dentro del denominado Caso Sobornos 2012-2016. Como se expuso, los jueces de la Corte Nacional de Justicia no realizaron una correcta aplicación de la teoría debido a la imposibilidad de adecuar los conceptos de autor y coautor resultante de la teoría de los delitos de infracción de deber con los conceptos y fórmulas de autoría prescritas por el COIP. De esta manera ha quedado evidenciado que, previo a la adopción de una teoría, es necesario que el juzgador realice un análisis para determinar si el marco normativo permite la aplicabilidad de esta.

Finalmente cabe señalar que esta teoría podría ser utilizada para encubrir aquellas situaciones de insuficiencia probatoria donde no se ha podido demostrar cuales han sido los actos que los sujetos han realizado para ser considerados autores o coautores de un determinado delito, de acuerdo con los conceptos del COIP. Ya que, bastaría con demostrar la mera infracción a un deber extrapenal para condenarlos bajo dichas figuras, ignorando la necesidad de demostrar la ejecución de los elementos del tipo penal.

Es por esto que se debe concluir que la teoría de los delitos de infracción de deber no puede ser aplicada dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano debido a la transgresión a los principios de tipicidad y legalidad que implica su uso. Pues, el

legislador ecuatoriano ha adoptado un concepto restrictivo de autor desde la teoría del dominio del hecho y, por lo tanto, esa debe ser la norma aplicable. De tal modo que, el empleo de una teoría que no se adecua al ordenamiento jurídico penal ecuatoriano y que transgrede principios rectores del Derecho Penal no puede ser legitimado dentro de un Estado de Derecho.