



Universidad de las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

Autoría y participación del extraneus en los delitos por infracción de deber,
con especial referencia en el delito de peculado

Autor

Ángel Oswaldo Cujilema Daga

Quito, octubre 2023

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	DESARROLLO	6
1.	Naturaleza jurídica de los delitos de dominio y de infracción de deber.....	6
1.1.	Teoría del de dominio del hecho.....	6
1.2.	Teoría del dominio del hecho y del origen de la infracción del deber.....	7
1.3.	Teoría de la infracción de deber.....	8
1.4.	De los delitos denominados especiales.	10
1.5.	De los delitos denominados, de infracción del deber.....	11
1.6.	El deber especial en los delitos de infracción de deber.....	13
2.	El delito de peculado como infracción de deber en el Ecuador.....	14
2.1	Breve descripción histórica del peculado en el Ecuador.....	14
2.2	La administración pública como institución de protección penal.	17
2.3	El deber en el delito funcional de peculado o de infracción de deber.19	
2.4	Criterios jurisprudenciales de la administración de justicia en relación a la autoría y participación en delitos en contra de la administración pública.	20
3.	Sobre la autoría y participación y la propuesta de solución al problema. ...	24
3.1.	Criterios doctrinarios sobre de la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.....	24
3.2.	La infracción de un deber especial como criterio para fundamentar la autoría en los delitos de infracción de deber según Roxin.....	24
3.3.	La autoría en delito de infracción de deber, desde el criterio de Günther Jakobs.....	28
3.4.	La autoría y participación de “los proveedores” en el delito de peculado.	29
3.5.	Iniciativas de solución a la imputación del extraneus.	35
III.	CONCLUSIONES	39
IV.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que oprime a las economías del mundo es la corrupción globalizada; nuestro país no es la excepción, esta realidad se acompaña de ciertas imprecisiones normativas que se elaboran en el legislativo, con sus efectos que se trasladan hasta cortes y tribunales de justicia quienes resuelven supuestos de hechos análogos con decisiones disímiles, concretamente la investigación se concentra en el delito de peculado, en donde es el servidor público *-intraneus-* el obligado a cautelar la eficiencia de la administración pública, desde la fidelidad y lealtad en el manejo de los recursos confiados en virtud de sus cargo y función; sin embargo, la reforma a este tipo penal, descrito en la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia de Corrupción de 17 de febrero de 2021, incorpora a “los proveedores del Estado” *-extraneus-* como sujeto activo de la conducta de peculado, originándose más de un debate doctrinario que hasta el momento no ha sido fácil asimilar frente a las diferentes legislaciones de corte europeo, anglosajón y latino americano.

El tema: “Autoría y participación del extraneus en los delitos por infracción de deber, con especial referencia en el delito de peculado” justamente pretende dar una respuesta al debate surgido por la reforma, a través de un abordaje integral desde la teoría, la dogmática y la jurisprudencia comparada, con el objetivo principal de determinar si “el proveedor” *-extraneus-* puede ser considerado; en primer lugar, sujeto activo calificado conforme exige la naturaleza de los delitos en Contra de la Administración Pública y seguidamente establecer si el proveedor puede ser imputado a título de autor del delito de peculado o el grado de participación que se le puede atribuir.

Con este propósito, la investigación adquiere los aportes doctrinarios de quienes han sido gestores de las diferentes teorías de imputación, como la teoría del domino del hecho con su máximo exponente el jurista alemán Claus Roxin, fundamental para diferenciar su utilidad en los delitos comunes, mientras que en los delitos en donde el dominio del hecho no es aplicable para determinar la autoría, el maestro Roxin conjuntamente con el filósofo alemán Günther Jakobs proponen la teoría de infracción de deber, eficaz para los delitos especiales como son los delitos de Administración Pública en donde la infracción del deber es el fundamento para determinar la autoría y participación. Sumado a esta base doctrinaria, la voz de Bacigalupo, Víctor Gómez, Polaino, Mir Puig y tantos otros que aportan desde su experticia penal con la posición que ya se adopta en esta investigación, en que el extraneus por naturaleza no puede ser considerado sujeto activo de un delito de peculado, ni autor de esta conducta, al no tener

la relación funcional que genere una obligación especial de precautelar la eficiencia de la administración pública siendo un privado con interés diferentes.

Desde el recorrido jurisprudencial se pretende visibilizar que la administración de justicia, no tiene un criterio uniforme en relación al extraneus, existe una diversidad de posiciones en unos casos sancionado como autor, en otras coautor o cómplices; lo que exige que los operadores de justicia tengamos un estándar razonable de criterios conforme nos ofrece las corrientes teóricas aceptas por la gran mayoría de países.

En este ensayo, también se ofrece justificar que el legislador al incorporar la proposición “o los proveedores del Estado” como parte del precepto normativo primario del tipo penal de peculado, incurre en una “inclusión innecesaria y antitécnica de la cláusula de extensión” (técnica legislativa inadecuada) convirtiendo al peculado en un delito común que desafía todo contenido doctrinario; que su preposición “o los” al ser indeterminada da lugar al criterio subjetivo y arbitrario del operador de justicia; y, que se presenta una asimetría en la sanción toda vez que es castigado con la misma pena que el intraneus.

Para finalizar, tomando en consideración que a nuestro juicio existe un error de tipicidad al incorporar al extraneus como sujeto activo de peculado, luego de realizar un análisis de derecho comparado, con legislaciones de Perú, Colombia, Argentina, España, este trabajo investigativo propone una reforma al artículo 278 y 43 del Código Orgánico Integral Penal, con el objeto de que el extraneus no conste como sujeto activo y su conducta tampoco quede en la impunidad, sino que sea imputado, procesado y condenado como cómplice necesario.

“Art. 43.1. – Cómplices necesarios. – responderán como cómplices necesarios las personas que faciliten o cooperen con actos necesarios sin los cuales el delito no se haya podido producir; no tengan las calidades especiales exigidas por el tipo penal y que no puedan ser considerados como coautores. El cómplice necesario será sancionado con las tres cuartas partes de la pena impuesta a los autores”.

La metodología que refleja este trabajo de investigación es el deductivo que parte de los conocimientos doctrinales generales para que los mismos sean aplicados en una teoría de infracción de deber concreta en el delito de peculado, necesariamente hay el aporte de la técnica analítica, el método histórico para poder demostrar que históricamente que el sujeto activo fue y es un servidor público , sin embargo en el 2008 ya existió la pretensión del legislador llevar al extraneus como sujeto calificado, la investigación se apoya de un aporte exegética en el ánimo de interpretar las normas y por último existe un

ejercicio de derecho comparado que fortalecer las hipótesis, propuesta de reforma y conclusiones a las que se arriba la investigación.

II. DESARROLLO

El surgimiento de este concepto de los delitos especiales, funcionariales o de infracción de deber se aproxima con la propuesta dogmática de Roxin a la segunda mitad del siglo XIX desde el cuestionamiento planteado a la teoría del dominio del hecho porque este único criterio dominante ya no estaba en condiciones de resolver problemáticas de autoría y participación frente a tipos penales especiales, en donde quien infringe el deber extrapenal es un sujeto calificado. De ahí la incidencia en determinar las condiciones que debe cumplir el infractor quien posee un deber de protección del bien jurídico tutelado independientemente de tener el dominio del hecho.

Desde este contexto es fundamental distinguir los delitos de dominio frente a los de infracción de deber en materia de autoría y participación, porque en esta diferencia radicará nuestra posición de que el “proveedor” al no ser un sujeto calificado (extraneus) no podrá responder como autor de la conducta de peculado determinada en el Código Orgánico Integral Penal.

1. Naturaleza jurídica de los delitos de dominio y de infracción de deber

1.1. *Teoría del de dominio del hecho*

La doctrina de manera unánime destaca a Hegler, Welzel, Roxin en su orden evolucionista, como los propulsores de la teoría del dominio del hecho. El jurista, filósofo, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Bonn, Hans Welzel desde 1955, partiendo del concepto de la teoría finalista de la acción, otorgó a la autoría un contenido propio, precisando al dominio del hecho como el presupuesto determinante del concepto de autor: Welzel (1956) señala que, “no puede considerarse como autor de una acción intencional aquel que simplemente ocasiona un resultado, sino aquel que posee un control consciente de la acción dirigida hacia un propósito específico. Por otro lado, tanto el instigador como el cómplice carecen de dicho control sobre el acto, ya que solo han influido en la toma de decisión o han colaborado en su ejecución”.

Lo fundamental de esta teoría es identificar la voluntad del actuante en conseguir el resultado y solo podrá ser autor quien tiene dominio de esta voluntad; entendiéndose así que para los participantes no es necesario tener dominio del resultado final toda vez que éste es exclusivo del autor. El alemán Reinha Maurach Zipf, desde una misma perspectiva finalista, ha señalado que, “quien se halla inmerso en una situación concreta y tiene pleno conocimiento de los hechos, posee la capacidad de, según su deseo, permitir, detener o interrumpir el desarrollo de cierto acontecimiento” (Caro, 2006). Parafraseando a Maurach, al prescribir “todo interviniente” se refiere a cualquier partícipe en la conducta

(cualquier persona), pero éste debe tener en sus manos las riendas del acontecimiento típico, pudiendo dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo.

Sumando a lo anterior, he de referirme a uno de los mayores exponentes del Derecho Penal en el mundo, el jurista Claus Roxin, cuando dirige su análisis a la autoría sobre el dominio del hecho en materia penal, añade: “Un sujeto es autor: a) si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción) b) si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizado (dominio de voluntad) y c) si presenta en fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional) (Roxin, 2000).

En cuanto al coautor el profesor Roxin, determina que:

La autoría por dominio del hecho no solo le corresponde al sujeto que comete el suceso por su propia mano, sino además a los sujetos que dominan el acontecer típico “el que co-actúa ha co-decidió hasta el último momento sobre la realización del tipo, lo decisivo es la estructuración del transcurso del suceso dirigido hacia un resultado. (Rodríguez, 2019, p. 252)

En líneas generales la doctrina ha coincidido que para ser autor de un delito es importante la consideración objetiva o aporte exterior del sujeto en el desarrollo de la conducta y su voluntad consciente en la conducción y obtención de un resultado; la coincidencia plena de estas dos configura el dominio del interviniente en la realización de una conducta o un hecho.

1.2. Teoría del dominio del hecho y del origen de la infracción del deber.

Tanto la dogmática como la jurisprudencia, ha dado cuenta a lo largo de esta época contemporánea que la teoría del dominio ha sido y es la predominante para resolver asuntos de autoría y participación en todos los delitos comunes en donde las conducta pueden ser imputadas a cualquier persona; sin embargo, se plantea la interrogante cuando se trata de delitos especiales en donde se exige un sujeto especial calificado; pues en virtud del principio de legalidad y la propia dogmática, en estos últimos, solo pueden cometerlos ciertas personas con calidades exigidas por la norma, así en los delito contra la administración pública en donde participan dos o más personas y todas tienen el dominio funcional del hecho, en estos casos solamente podrán ser autores quienes tengan la calidad exigida por el tipo penal, es decir los funcionarios o servidores públicos y el resto alcanzarán solamente al grado de cómplices, pese al dominio del hecho de un

particular.

Nuestro ordenamiento penal ecuatoriano, ya tuvo esta interrogante con los “Delitos en contra de la eficiencia de la administración pública”, acá el legislador ha venido procurando solucionar este conflicto desde la perspectiva normativa, expandiendo el poder punitivo del estado con nuevos tipos penales direccionados a condenar las conductas de los particulares que intervienen en delitos especiales como el enriquecimiento ilícito de funcionario público (Art. 279) su paralelo el enriquecimiento privado (Art. 297); cohecho para funcionario público (Art. 280) su paralelo para particulares (inc., 5 y 6 del Art. 280); tráfico de influencias de funcionario público (Art. 285) su paralelo para particulares (Art. 286); mientras que en el delito de peculado y concusión, existe una aparente solución normativa en el Art. 233 inciso final, al señalar que también serán responsables de estas conductas quienes no tengan las calidades de funcionarios públicos; a esta crisis, el profesor **Prof. Luigi Ferrajoli** denomina “crisis de expansión inflacionista de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo”.

En cuanto al peculado el legislador no pudo extender una tipificación paralela para el privado, razón por la que hábilmente en esta última reforma 2021, incorpora al proveedor como un sujeto activo, posición que no se comparte por todo lo que se ira demostrando. Sin embargo, la realidad dogmática no cambia y el problema subsiste en este tipo de delitos, en el peculado generalmente existirá dos intervinientes: el o los funcionarios públicos y el o los privados. Es aquí en donde nos vamos desplazando de la teoría del dominio y se va originando la teoría de infracción de deber, justamente porque la doctrina analiza la explicación sobre las razones del porqué asistirle la responsabilidad de un extraneus si éste no tiene la calidad de funcionario público a quien le corresponde el deber especial o la protección del bien jurídico, explicación que ofrece la teoría de los delitos de infracción de deber que fue el propio Roxin quien en 1963 empleara por primera vez esta teoría en el Derecho penal después de llevar a cabo una investigación acerca de la existencia de delitos que responden a otro criterio distinto al dominio del hecho.

1.3. Teoría de la infracción de deber.

La doctrina ha identificado dos corrientes fundamentales que sostienen a la teoría de la infracción de deber al momento de resolver cuestiones de autoría y participación, la tesis dominante de Claus Roxin y de Günther Jakobs, de manera que nos referiremos sistemáticamente a estas referencias de connotación.

1.3.1. Infracción de deber desde la tesis de Roxin.

Fue precisamente Claus Roxin, titular de la teoría del dominio de hecho quien, al analizar la autoría y participación del infractor en los delitos especiales, consideró que en estos tipos penales no era importante el dominio del hecho, sino que lo relevante era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de precautar el bien jurídico protegido, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales. Como vemos el punto de partida de la tesis de Roxin es la constatación de la insuficiencia del concepto del dominio del hecho como caracterizador de la autoría (Pariona, 2014).

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción de deber». Al respecto, Salinas (2018) argumenta que, el autor se define como la persona que lleva a cabo la conducta prohibida, transgrediendo un deber especial de naturaleza penal. Por otro lado, el partícipe es aquel individuo que colabora en la ejecución de la conducta prohibida, pero sin violar ningún deber especial.

1.3.2. Infracción del deber según tesis de Günther Jakobs.

Otra de las posiciones de mucha consideración doctrinal es la tesis de infracción de deber defendida por el alemán Günther Jakobs, en su opinión el punto de partida, es el sistema normativo del Derecho Penal que a su juicio se estructura en dos sistemas: “Los delitos de responsabilidad por la propia organización y de los delitos de responsabilidad por incumplimiento de deberes especiales”. (Bacigalupo 2007, p.80). Por lo que en materia de autoría se trata de establecer a qué grupo de delitos pertenece el suceso delictivo.

En cuanto al primer sistema, Jakobs concibe que:

Los delitos de responsabilidad por la propia organización, se basan en deberes que surgen en la propia organización, se caracterizan por ser deberes generales de actuación que cada persona tiene sin distinción, se les denomina de carácter negativo, que consisten en “no hacer o no producir daño” a los miembros de su propia organización, por lo que en un sentido general son de obligatorio cumplimiento para todos. (Jakobs, 1997, p. 791)

Afianzando la comprensibilidad de lo establecido por Jakobs, hemos de servirnos de la opinión del jurista Wilman Terán Carrillo quien afirma que: “la responsabilidad por la propia organización, se deriva de los deberes generales de actuación que cada persona

tiene sin distinción y consisten en “no dañar” a los demás miembros de la organización, por lo que, en un sentido general, son de obligatorio cumplimiento para todos; deberes que el autor alemán denomina como deberes negativos” (Terán, 2020, p. 47). Interpretando lo señalado por nuestros referentes, se puede decir que, desde la perspectiva del derecho, todas las personas con la sola condición de ser persona, tenemos un deber general de no dañar bienes del resto de la organización, el infringir estos deberes fundamenta una responsabilidad jurídico penal.

En atención al segundo sistema, para Jakobs, los delitos de infracción de deber se los vincula con los deberes positivos y concibe que la autoría se puede explicar desde el deber institucional (no desde el no hacer) que posee una determinada persona, ese deber la hace responsable de la defensa del bien jurídico para su conservación. A diferencia del deber general, acá el deber es especial conforme el rol que desempeña el sujeto y la responsabilidad institucional positivizada.

1.4. De los delitos denominados especiales.

Como hemos evidenciado, la doctrina en materia de autoría y participación ha considerado que la teoría del dominio del hecho, no se ha constituido como una regla universal para determinar autorías, tiene limitaciones frente a conductas denominadas especiales, por eso la importancia de partir de un concepto que la dogmática ha establecido sobre este tipo de delitos especiales y la necesidad de identificar quiénes pueden ser autores o partícipes de este tipo de delitos, frente aquello es inminente dejar conceptos claros de este tipo de delito para pasar a tratar sobre su infracción.

Los delitos especiales a diferencia de los delitos de domino o comunes, trasciende específicamente en la infracción de deberes exigidos normativamente a un protector especial, de ahí que el ámbito de la autoría está limitada a la característica del autor descrito por el legislador en el tipo penal.

Doctrinariamente, el jurista y catedrático Víctor Gómez Martín (Gómez V. , 2012) profesor de la Universidad de Barcelona ha definido a los delitos especiales:

Como aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por la ley e incorporado a dicho concepto el elemento consistente a la protección del bien jurídico. (p. 3)

Similar definición lo recoge Polaino (2013) cuando manifiesta que “los delitos especiales se caracterizan por la necesidad de contar con un perpetrador que posea cualidades específicas, dotados de una distinción única que los diferencia y los identifica

entre otros actos delictivos”.

El profesor y catedrático Felipe Rodríguez (2019), al referirse a los delitos especiales, establece que, “a primera vista, la categorización del sujeto activo calificado resulta excluyente, ya que, en términos generales, si el autor no posee la cualidad exigida por el tipo penal correspondiente, se le impide cometer el delito específico que requiere un sujeto activo calificado”. Esta diferenciación lo ejemplifica con varias conductas determinadas en nuestro ordenamiento penal como el estupro que únicamente lo puede cometer un mayor de 18 años; para el prevaricato de abogados solo podrá imputarse a una persona que sea abogado; un empresario no podrá enriquecerse ilícitamente porque no es un servidor público, sin embargo, este tiene un tipo penal propio que es el enriquecimiento privado no justificado; el abuso de facultades no lo puede cometer un servidor público cualquiera sino que debe ser policía o militar.

El máximo referente doctrinario y filósofo Claus Roxin (1997), con absoluta credibilidad, afirma: “los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona y en la mayoría de las legislaciones comienzan, aunque no necesariamente con el término “quien o el que”” justamente porque no requieren una cualificación externa de un sujeto activo, el “quien o que” es un indicativo innominado a diferencia de los delitos especiales en donde sí se requiere la cualificación del sujeto activo. No obstante, lo afirmado en líneas anteriores, el propio autor cuando se refiere a que cualquier persona puede ser autor en delitos comunes, también afirma que “esto no implica que cualquier persona deba tener la capacidad de llevar a cabo todas las acciones comunes”.

1.5. De los delitos denominados, de infracción del deber.

A diferencia de los delitos comunes o de dominio, “en distintas categorías delictivas, se plantea la condición de que ciertos individuos, investidos con deberes específicos, son los únicos autorizados para llevar a cabo acciones prohibidas. Estos delitos, conocidos como infracción de deber, establecen que los requisitos para considerar a alguien como autor están directamente vinculados a la presencia de un deber especial” (Salinas, 2021).

Como se deja explicado, a más de los delitos de dominio, existen otros tipos penales o conductas punibles en los que se exige que la conducta típica solo puede ser ejecutada por ciertos sujetos que poseen deberes especiales, denominados delitos de infracción del deber.

Citando al maestro Enrique Bacigalupo (2007), cuando se refiere a las distinciones de tipos penales, expresa: “El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos

tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión) se afirma con esto que en los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es justamente la infracción del deber especial que solamente tiene el agente, con total independencia de si tuvo o no el dominio del hecho.

En esta misma línea conceptual, el Jurista Peruano Ramiro Salinas (2021) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, corroborando la tesis de Roxin, afirma que: “En estos delitos es irrelevante si el sujeto activo realizó una conducta u otra, o si efectuó una conducta activa u omisiva; aquí lo importante es determinar si al desarrollar la conducta infringió determinado deber específico que le correspondía.

Para mejor entender, el propio jurista hispano-argentino Bacigalupo, utiliza un ejemplo expuesto por el profesor Jakobs: “el administrador de hecho o de derecho, que aconseja a un tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el patrimonio” es decir pese a no tener el dominio del hecho el administrador responderá como autor toda vez que en el recae el deber especial de precautelar los bienes de su administración.

No obstante, lo explicado, sería inaceptable no referir al maestro Claus Roxin a quien se le atribuye la autoría de la teoría de infracción de deber, quien ha señalado: “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". Así p.ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial (Roxin, 1997).

“En los delitos denominados comúnmente especiales a diferencia de los delitos de dominio, en la construcción de los tipos penales, el legislador ha descrito conductas punibles vinculándolas con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del sistema jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente evitadora del resultado típico se sanciona con una pena. Aquí lo decisivo para el legislador no es la configuración externa de la conducta prohibida del autor, sino la infracción de exigencias de protección y promoción,

concretizadas en deberes y principios de un rol social asumido por aquel. En estos casos la figura central entre varios intervinientes es quién infringe el deber que le incumbe y de este modo, contribuye por acción u omisión al resultado dañoso (Salinas, 2021).

1.6. *El deber especial en los delitos de infracción de deber.*

Precisado como ha quedado en líneas anteriores, sobre la teoría de infracción de deber y los delitos especiales, es momento de explicar ahora cuál es ese deber especial que le convierte al infractor en un obligado especial. Se define a los delitos de infracción de deber como aquellos delitos donde el sujeto activo está vinculado a la Administración Pública mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal “Administración Pública”. La violación a estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción de deber (Rojas, 2017, p. 69).

En los delitos de infracción de deber, el contenido se deriva a partir de la existencia de deberes extrapenales que coexisten previo a la tipificación de la conducta: “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”, para comprender a qué me refiero cuando se habla de deberes extrapenales que están antepuestos a la norma del derecho penal, tomemos un ejemplo del filósofo Jakobs “se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, el cuidado que un padre debe asegurar a su hijo menor y no abandonarle a su suerte, el juez a que por mandato del soberano debe administrar justicia” son deberes especiales propios de la función pública, de la patria potestad, y de la administración de justicia respetivamente. “En esta clase de delitos, el obligado es tal en virtud de una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción (Caro, 2003).

Al respecto el jurista Bacigalupo determinaba que no es un deber general, por el contrario, es un deber extrapenal específico “este deber cumple la función de diferenciación y exclusión para con otros sujetos que no pueden ser imputados como autores de un determinado delito debido a que dentro de la descripción típica no se encuentra inmerso ese deber que le obliga a ser el agente protector del bien jurídico” (Terán, 2020, p. 53).

El profesor y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Perú, José Antonio Caro John, ha planteado la necesidad de visibilizar a este deber especial desde las dos posturas más relevantes de la teoría de infracción de deber identificadas en Roxin y

Jakobs. Según el planteamiento de Roxin, “Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho” (Caro, 2003).

El profesor y jurista peruano, reproduce el ejemplo que Roxin señala para mejor entender la cita: “como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción.

Ahora, según Jakobs “la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor” Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. De ahí que para los delitos de dominio o de “responsabilidad por organización” existe deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, es decir que este deber abarca a todas las personas sin distinción, siendo el deber más general-y el primero que antecede a todos-el de “no dañar, no lesionar a los demás” en sus bienes. Para Jakobs el deber no es necesariamente un deber especial sino un deber general.

2. El delito de peculado como infracción de deber en el Ecuador

2.1 Breve descripción histórica del peculado en el Ecuador.

Estimo importante presentar un análisis histórico de la tipificación del delito de peculado en nuestro país, a fin de evidenciar las pretensiones del legislador en incorporar al extraneus como autor de este delito funcional o de infracción de deber (Flores & García, 1982, p. 57). El primer Código Penal Ecuatoriano fue inspirado en el derecho español, aprobado el **17 de abril de 1837** por el Congreso Nacional presidido Juan José Flores, en los títulos sexto y séptimo de los “Delitos contra la Hacienda Nacional” ya se tipificó en el artículo 369, al “extravío, malversación, mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional” como parte del delito de peculado y ha “los funcionarios

públicos” como los únicos sujetos calificados para estas conductas¹.

El segundo Código Penal del Ecuador, inspirado en el derecho belga, se expide en la administración de Gabriel García Moreno el **03 de noviembre 1871**, en donde se da la primera reforma al tipo penal en análisis, recogido en el Capítulo “De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones”.

Esta enmienda dio lugar a dos grandes debates con trascendencia jurisprudencial en donde la subjetividad del juez terminó extendiendo la inseguridad jurídica *per sé* la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que esta enmienda generalizó al servidor público como “todo empleado público” sin regla alguna que permita una interpretación restrictiva y limite el ámbito de imputación de intraneus y extraneus. El siguiente debate fue la modificación de los verbos rectores primarios de malversación por “abuso de dineros públicos”² pero sin una regla clara de qué se debe entender como abuso. Esta enmienda se mantuvo los años desde 1889, con algunas reformas en 1906, 1938, 1953, hasta la reforma de 1960.

Para el **22 de enero de 1971** en la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, el delito de peculado se tipifica bajo el Título “De los delitos contra la Administración Pública”, en el Capítulo V que trata “De la violación de los deberes de Funcionarios Públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”; en lo principal, por primera vez se da un concepto de abuso “consistente en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”³ y con notoriedad plena se define

¹ DELITOS CONTRA LA HACIENDA NACIONAL, **Art: 369** “*Los funcionarios públicos que teniendo como tales a su cargo, de cualquier modo, la recaudación, administración, deposito o distribución de canales, rentas o bienes, pertenecientes a la comunidad de algún departamento, provincia, cantón, parroquia o algún establecimiento público, extravíen, usurpen o malversen a sabiendas, algunos de dichos caudales, rentas o bienes, o no llevaren sus cuentas con las formalidades prevenidas por los reglamentos respectivos, o no las rindieren en el tiempo que estos señalan, incurrirán en las penas que prescribe el capítulo 1º, título 6º, de esta primera parte, contra lo tesoreros, administradores y demás funcionarios públicos que administren, recauden o manejen caudales o efectos de la hacienda nacional*”.

² DE LOS ABUSOS Y CONCUSIONES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS **Art. 257** “Serán castigados con reclusión de tres a seis años todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo. Si el abuso no excede de la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente”.

³ Código Penal 1971, **Art. 257.-** Serán reprimidos con... los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

a este delito como la violación de deberes de los funcionarios públicos, entendiéndose a los deberes como personalísimos de “los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público”. Esta codificación se mantuvo hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2023) es el que plantea novedades en relación al sujeto activo del peculado, porque el legislador remite a la norma constitucional para determinar quiénes podrían ser los sujetos obligados a responder por un delito de infracción de deber, por eso la importancia de transcribir:

Artículo 278.- “ Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”

Artículo. 233.- “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones,..[.]. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. *Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas*” (CRE, 2008)

Nótese, cómo el legislador sugiere que el artículo 233 de la Constitución complementa la configuración normativa del tipo penal de peculado y con ello define el título de imputación aplicable a la figura del *extraneus*; es decir que, se pretende solucionar el conflicto de autoría y participación del particular desde la perspectiva normativa, pese a no tener la calidad de funcionarios públicos seguramente su interés es no dejar en la impunidad la participación del *extraneus* en un delito de peculado en donde muchas veces ejerce el dominio del hecho o al menos es un cooperador necesario pero a nuestro entender este tipo de solución no es la más racional desde la perspectiva doctrinaria que explicaremos más adelante.

Finalmente, la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (2023) en Materia de Anticorrupción de este **17 de febrero de 2021** realiza una reforma

al tipo penal de peculado por el siguiente texto:

“Delitos en contra la eficiencia de la Administración Pública. - Artículo. 278.

Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; **o, los proveedores del Estado** que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen ... [...] ...”

Con esta reforma, el legislador deja por sentado que el “proveedor” siendo un particular o *extraneus* que no se enviste de la cualidad de funcionario público, que no le corresponde el deber especial y personalísimo de precautelar la eficiencia y transparencia de la administración pública, no es un simple delito contra la propiedad pública, sino que es una infracción que afecta a la Administración Pública como bien jurídicamente protegido. Posición que no la comparto desde la perspectiva doctrinaria, tanto más que las posiciones de Claus Roxin y Günter Jakobs aún siguen siendo analizadas.

Lo que, si es evidente, la forma en que el legislador ha resuelto esta interrogante, valiéndose del principio de legalidad, el poder estatal, *ius puniendi*, generándose a nuestro juicio un “expansionismo del derecho penal” del que bien advierte el catedrático de Derechos Penal Económico, el Madrileño Jesús María Silva Sánchez, quien asegura que: “No es infrecuente que la expansión del Derecho Penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal que busca en el permanente recurso de la legislación penal una aparente solución fácil a los problemas sociales”; ofrecer una aparente solución desde el derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) es un gran ejemplo de lo que el profesor Prof. Luigi Ferrajoli denomina “crisis de expansión inflacionista de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo (Silva, 2001, pp. 21-53).

Finalmente es importante resaltar que la determinación de la autoría y participación en los delitos de infracción del deber, siempre fue y es un problema pendiente a resolver por la legislatura ecuatoriana, principalmente cuando en esta conducta intervienen dos o más personas y uno de ellos no goza de la calidad o investidura de funcionario público obligado con ese deber extrapenal defendido por Claus Roxin, efecto que trasciende a la administración de justicia en donde no existe un criterio estándar sobre el *extraneus*.

2.2 La administración pública como institución de protección penal.

Históricamente y bajo un principio de legalidad, el bien jurídico del delito de

peculado no es parte de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como “Delito cometido contra la eficiencia de la administración pública” así reza nuestra normativa penal; el sujeto pasivo del presente delito es, por tanto la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que se origina el derecho y deber a la exigencia de un correcto ejercicio de la actividad administrativa y la transparente gestión pública que además favorezca al ciudadano o mandante.

Partiendo de este antecedente, es necesario estructurar una justificación del ¿porqué de la protección jurídico-penal de la administración pública? Surge entonces una explicación desde la triada conceptual, primero respondiendo la interrogante de qué se entiende por administración pública. Para el efecto en primer lugar nos acercamos a un concepto brindado por el jurista y magister en administración pública el Dr. Hsbert Benavente Chorres, que expresa: “La administración pública como sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos.

Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios, sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros” Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos” (Benavente, 2012, p. 78).

Segundo, el funcionario público. Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que: “Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.” (Bielsa, 2012, p. 11). En esta misma línea, el Dr. Manuel María Díez, en su obra Manual de Derecho Administrativo, analiza desde el punto de vista del interés público, la responsabilidad, indicando que: “significa observar y cumplir exactamente con la letra de la Constitución, las leyes y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad” (Díez, 1975, pág. 120).

Finalmente, el Dr. Hesbert Benavente Chorres, al referirse al tipo penal que se indaga en este trabajo, manifiesta que “en el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad”.

Hecho esta aproximación conceptual, podemos resumir que la Administración Pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano, significa que el funcionario o servidor público debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos, precisamente a través del servicio que prestan. De ahí que entre la administración pública y el funcionario tiene lugar una relación institucional de la que brotan una serie de deberes y expectativas de aseguramiento a través del derecho y su incumplimiento sea observado por el derecho penal.

El incumplimiento de estos deberes no podría ser comunes o generalizarlos como normales, toda vez que son el reflejo y representación del Estado. El jurista Caro John al referirse a este nexo Estado – ciudadano manifiesta: “no deben ser calificados como simples «delitos especiales», puesto que el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas” (Caro, 2003, p. 65).

2.3 El deber en el delito funcional de peculado o de infracción de deber.

Conforme las consideraciones abordadas en el Capítulo I de este aporte investigativo, podemos afirmar que, a diferencia de los delitos comunes o de dominio, ejemplo (robo, hurto, estafa, violación, homicidio etc.), existe otros tipos penales en los que se exige que la conducta prohibida solo puede ser ejecutada por ciertas personas que poseen deberes especiales que la doctrina ha denominado delitos de infracción de deber.

El delito de peculado tipificado en el Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, lo que hace es sancionar el abuso, la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, por parte de un servidor público, de quienes actúen bajo potestad del Estado, o los proveedores, que están en posesión de ellos por motivos de su cargo o servicio. Implica sin lugar a dudas que en ese sujeto activo permanece el deber especial de precautelar la eficiencia de la administración pública,

desde la fidelidad y lealtad del servidor en el manejo de los recursos confiados con ocasión a su cargo y servicio (velar por el patrimonio del Estado). La infracción a ese deber, será el dirimente al momento de determinar la autoría. La pregunta que de momento me permito realizar es: ¿el proveedor del Estado es un servidor público? ¿Actúa en virtud de una potestad estatal?, ¿los bienes del Estado están en su poder en razón de su cargo o función? Consecuentemente, ¿le corresponde al proveedor precautelar la eficiencia de la administración pública, desde la fidelidad y lealtad del manejo correcto de los recursos a él confiados? Estas interrogantes se resolverán en el tercer capítulo.

“Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado” son el grupo de personas a quienes el legislador ha identificado como los obligados especiales, quienes al vulnerar su obligación especial tendrá como consecuencia una infracción de deber. Los delitos de infracción de deber o delitos especiales, son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro ordenamiento penal con el título de “Delitos contra la eficiencia de la administración pública” en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal.

En este tipo de delitos especiales “los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en principios o deberes; Ejemplo: el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado; el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos; el principio de gratuidad del acto público en los cohechos; los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.” a diferencia de los delitos de dominio, los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en derechos, así el derecho a la vida en el homicidio; el derecho a la integridad en el delito de lesiones, el derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales etc. (Salinas, 2018).

Con lo antes citado, se puede acreditar que conforme el principio de tipicidad, solamente puede cometer peculado el obligado especial que de conformidad a su posición funcional tenga un deber y cuando éste infrinja ese deber especial, la doctrina lo denomina delitos de infracción de deber.

2.4 Criterios jurisprudenciales de la administración de justicia en relación a la autoría y participación en delitos en contra de la administración pública.

La jurisprudencia en nuestro país sobre autoría y participación en casos de delitos en contra de la administración pública, ha sido variables conforme a la interpretación que

el juzgador considera adecuada sin que hasta el momento se haya estandarizado en cuanto a quienes debe ser autores y quienes participes.

Proceso número 17294-2018-00704, teniendo como actores a representantes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y a un privado por un supuesto peculado por la compra de insumos médicos con sobrepuestos.

En el caso en concreto el sentenciado no tiene la calidad de funcionario público, siendo condenado en primera instancia como autor del delito de peculado tipificado en artículo 257 del Código Penal (vigente al momento en que se cometió el delito) y en segunda instancia como coautor del delito de peculado, tipificado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal, actual artículo 278 inciso primero del COIP. El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, al momento de analizar los elementos de la tipicidad objetiva del delito, manifestó que el procesado se favoreció con la contratación realizada en contra de disposiciones legales, por lo tanto, responde como autor calificado de conformidad con el artículo 233 de la CRE que permite la extensión de esta responsabilidad.

Cuestionable la interpretación del Tribunal, pues a través de un análisis diferente podría decirse que el artículo 233 de la CRE no está diciendo que los privados pueden responder como autores, sino únicamente que las reglas de imprescriptibilidad de la pena y acción penal en conjunto con la posibilidad de ser juzgados en ausencia son aplicables a las personas privadas que han participado. Otro análisis que se podría plantear es que el artículo 233 no establece autorías ni grados de participación y bien el privado podría ser sancionado como cómplice en razón de no tener la calidad de servidor público quien por doctrina y ley son los únicos que responderán como autores.

Por su parte la Corte Provincial de Pichincha ha señalado que “para evitar la impunidad de los sujetos privados que no cuentan con la calificación de funcionario público; que los privados tienen el deber de no lesionar el bien jurídico de la eficiente administración pública y que el privado, que no detenta la calificación de funcionario público, responde como coautor del delito en vista de que ha cooperado de manera principal en la ejecución del mismo.

Proceso número 17721-2017-00204, en un delito de concusión en contra de JPE quien no tenía la calidad de funcionario público, la Corte Nacional de Justicia condenó como cómplice por el delito de concusión a un sujeto privado y se señaló que: En este caso, John P. “cooperó simultáneamente en las ‘exigencias’ del dinero” y por lo tanto fue condenado como cómplice. Sin embargo, lo relevante de esta sentencia es que la Corte

establece que la Constitución del 2008, en su artículo 233, amplifica la tipicidad de los delitos contenidos en dicho artículo, y la extiende hacia los sujetos privados que participan sin tener la calidad de funcionarios públicos. Entonces, se utiliza al artículo mencionado como argumento para determinar que los privados sí pueden ser sujetos activos de dichos delitos, y por lo tanto pueden responder como autores, coautores o cómplices, dependiendo de su grado de participación.

Proceso número 17721-2013-1142, Caso Duzac – Banco COFIEC, por un presunto delito de Peculado, por presuntas irregularidades en una operación de crédito otorgada por el Banco Cofiec a favor de Gastón Heberto Duzac, proceso seguido en contra del antes referido y diecinueve personas entre funcionarios públicos, bancarios y particulares. Este caso fue judicializado en la Corte Nacional de Justicia, ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

El Tribunal de primera instancia condeno en calidad de autores a seis personas entre ellos Pedro Z Q y Marcelo O. A. quienes no son funcionarios públicos, sin embargo, el tribunal de instancia argumentó, que la Constitución del 2008, en su artículo 233, amplifica la tipicidad de los delitos establecidos en el art. 257 A (Peculado Bancario) y declarar la responsabilidad de los sujetos privados que participan sin tener la calidad de funcionarios públicos.

Como se ha evidenciado a través de las sentencias citadas, el criterio jurisprudencial en el Ecuador con algunas variables está dirigido a aceptar que los sujetos que intervienen en la comisión de peculado y que no tienen la calidad de funcionario público, sí pueden responder por el delito de peculado con base en lo prescrito por el artículo 233 de la Constitución, sea este como autores o coautores.

Sin embargo, esta línea argumentativa ha sido objeto de algunas críticas sobre la interpretación del artículo 233 de la CRE y la ampliación de la tipicidad del peculado, extendiendo categorías de imputación, autorías y participación de los privados. Desde el orden metódico exegético, el artículo 233 de la CRE únicamente se ha limitado a extender las reglas de imprescriptibilidad, juzgamiento en ausencia y las penas a los sujetos privados. A nuestro criterio, la norma constitucional no autoriza que los particulares sean imputados a título de autores de los delitos de peculado.

Estos yerros jurídicos, sin que signifique defender la impunidad de los privados, han provocado grandes ilegalidades en manos de la propia administración de justicia, consecuentemente una responsabilidad enorme para el Estado Ecuatoriano. Seguramente,

estas incongruencias obligó al legislador a realizar cambios en los diferentes tipos penales correspondientes a los delitos contra la eficiencia de la administración pública que los tenemos hoy en el Código Orgánico Integral Penal, y, en referencia al delito de peculado, al insertar “a los proveedores del Estado” ya no hay la necesidad de amplificar con el artículo 233 de la Constitución de la República, para determinar su participación; tema que vamos a tratar en el siguiente capítulo.

Proceso número 17721-2019-00002, Caso SINGE, de 26 de enero de 2021, sustanciado en la Corte Nacional de Justicia, ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por presunto delito de PECULADO ante las supuestas irregularidades en la adjudicación del contrato para la extracción de petróleo en el campo Singue, fueron acusados 15 personas entre ellos el Gerente General de DYGOLL. Compañía Limitada.

En el presente caso, tanto Fiscalía como los jueces de tribunal que intervienen en la audiencia de juicio, no realizaron una diferenciación entre delito común con un delito de infracción de deber, frente a un delito especial con es el peculado; la acusación fiscal ni los jueces argumentan las teorías de infracción de deber, por el contrario, este caso se judicializó como si se tratase de un delito común, a tal punto que el representante legal de la empresa contratista DYGOLL. Compañía Limitada fue sentenciada en calidad de autor de peculado. A estas alturas de temporalidad, la Corte Nacional debió analizar estas diferencias; la responsabilidad del extraneus se sustentó en el Art. 233 de la Constitución de la República.

Proceso Número. 17721201900029G, Caso Sobornos, Sentencia de fecha 26 de abril de 2020. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional sustanció el juicio por un presunto delito de **COHECHO**, seguido en contra del Ex Presidente de la República del Ecuador y otras veinte personas más, entre extraneus e intraneus.

El Tribunal declaró la responsabilidad del Presidente de la República al haber “subsumido 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”.

Es uno de los casos en donde se puede visualizarse que existe un manejo más técnico tanto de defensas como del Tribunal, el cohecho es tratado como un delito especial de infracción de deber y en esa línea concurren la determinación de autorías y participación del resto de actores. Como en nuestra legislación existe el cohecho para privados, se aplica esta subsunción con la correspondiente sanción.

3. Sobre la autoría y participación y la propuesta de solución al problema.

3.1. Criterios doctrinarios sobre de la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.

De los que se trata en este capítulo es visibilizar los criterios que la doctrina nos ofrece para determinar la autoría y participación en los delitos de infracción de deber, para luego tomar una posición en relación a los sujetos intervinientes en una conducta de delitos en contra de la administración pública de nuestra legislación y la exclusiva de peculado.

3.2. La infracción de un deber especial como criterio para fundamentar la autoría en los delitos de infracción de deber según Roxin.

A. De la autoría.

Los delitos de infracción de deber se caracterizan porque el autor (funcionario o servidor público denominado intraneus) interviene en la comisión de la conducta delictiva infringiendo un deber especial (extrapenal) sin importar si ha tenido o no el dominio del hecho. Por el contrario, el privado (extraneus o extraño a la administración pública) que contribuye o ejecuta el hecho delictivo responderá en calidad de partícipe, aunque haya tenido el dominio del hecho, ya que no está vinculado a un deber especial que pueda lesionar o poner en peligro un riesgo permitido.

Esta premisa lo sustento bajo el criterio doctrinario de Claus Roxin, porque como dejamos explicado en el Capítulo I, la autoría por infracción de deber fue desarrollada por Claus Roxin y de acuerdo a esta “los delitos de infracción de deber se caracterizan porque en ellos el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta ser el elemento básico de la autoría. Este elemento sería el que permite caracterizar a la figura central del suceso. Ello determina que el dominio del hecho no sea decisivo para determinar la autoría y que la accesoriedad de la acción no dependa del dolo del que realiza la acción” (Bacigalupo S. , 2007).

Para mejor comprender la teoría, Roxin (2000) describe un ejemplo consonante con su derecho alemán y explica: Cuando alguien bajo condiciones de coacción obliga a

un funcionario a la obtención por extorsión de una declaración” (es un delito de funcionario) tendrá como hemos visto, el dominio del suceso sin embargo no es autor del delito. Ello es consecuencia del tipo de esta disposición penal que presupone al funcionario como sujeto de delito. Aquí las circunstancias de que el autor haya orientado conscientemente la causalidad hacia el resultado típico (dominio del hecho) no resulta aplicable cuando se trata de un delito funcional.

Asimilando el mismo ejemplo con nuestra realidad del Derecho Penal Ecuatoriano, sería: El que mediante coacción (privado, extraño, extraneus) obliga a un funcionario (intraneus) a exigir una suma de dinero para realizar una acción u omisión en el ejercicio de su cargo que sería constitutiva de delito (infracción de deber), tiene el dominio del hecho configurador de cohecho previsto en el inciso primero del artículo 280 COIP, no obstante, el (privado, extraño, extraneus) no puede ser autor porque (el cohecho solo puede ser ejecutado por un funcionario) pese a tener el dominio del hecho. El que coacciona, podrá ser perseguido, acusado o condenado como autor de cualquier otra conducta (extorsión, amenaza, intimidación etc.) menos por cohecho inciso primero y si analizamos el supuesto de hecho en su integridad, tampoco podrá ser autor de cohecho de persona particular.

Es muy importante también estar claro que ese deber especial al que el sujeto activo (intraneus) está obligado debe tener íntima relación con sus facultades y atribuciones funcionariales; el bien jurídico; y, la norma penal que la protege. Para entender este presupuesto, nos valemos del siguiente ejemplo: En un supuesto de hecho en donde participa un tercero que tiene la calidad de funcionario público, pero no tiene vinculación funcional con el bien estatal: Caso concreto de sustracción de dinero de la oficina de tesorería municipal perpetrado por dos funcionarios públicos: el jefe de la oficina central de tesorería y el jefe del área legal; el primero de ellos será autor del delito de peculado, debido a que además de ser funcionario público, tiene una relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (apropiarse de dineros públicos), mientras que el segundo responderá por el mismo delito pero en calidad de partícipe.

B. De la Coautoría.

Partimos de la misma premisa. Si lo que define a la autoría es la infracción del deber, para Roxin, quien participa con otro mediante la división de roles en la realización del tipo de un delito de infracción de deber no tiene por ello que ser coautor. Ejemplo: El empleado de una telefónica que no siendo funcionario público (extraño) intercepta por orden de un funcionario no autorizado telecomunicaciones (tipo penal) realiza el hecho

material con dominio del hecho, pero no puede ser coautor a pesar de ello, puesto que no le incumbe el deber especial del funcionario. Con esta ilustración queda claro que para la coautoría tampoco es relevante el dominio del hecho sino el deber que el (intraneus) infringe según sus deberes funcionariales. Pero entonces ¿cuáles son los presupuestos necesarios para la coautoría en una infracción de deber?.

Al respecto Roxin establece que debemos despojarnos de los elementos propios de la autoría y coautoría que son parte del dominio del hecho y ubicarnos en el deber especial del funcionario. Ejemplo: “Dos personas administran conjuntamente un patrimonio, ambas trazan el plan de apropiarse para sí, de una parte del capital social. En la ejecución del plan común la decisión de la operación que produce el daño al capital administrado es solo tomada por uno de ellos, mientras que el otro solo colabora en la preparación del negocio con asesoramientos destinados a disimular el efecto” Resolviendo el caso desde la teoría del dominio del hecho, el que domina el hecho es quien ejecuta el plan común, mientras que el otro sería un cooperador. “Para la teoría de la infracción de deber, coautor son los dos porque ambos han infringido conjuntamente el deber de administrar lealmente: también infringen el deber de “proteger y custodiar el patrimonio ajeno” causa además un “perjuicio” el administrador que solo ha realizado objetivamente labores de apoyo, cuando estas constituyen por si mismas la infracción del deber” (Bacigalupo S. , 2007, p. 59). Para finalizar, es coautor quien lesiona o infringe el deber especial, cualquiera sea el aporte cuantitativo de los participantes en el hecho. El dominio de sus partícipes no es relevante sino quien genera el riesgo no permitido.

C. De la autoría mediata.

Igual que en la autoría y coautoría, el dominio del hecho no es relevante para la autoría mediata, lo relevante es el deber extrapenal o especial. Roxin utiliza el siguiente ejemplo para explicar toda la dogmática en relación al autor mediato, ejemplo que bien pudiera homologarse a nuestra realidad jurídica. El Consejero delegado de una empresa domiciliado en Alemania, estando de viaje por EEUU comisiona a un tercero ajeno a la misma (extraneus) para que mediante falsificaciones que sean necesarias realice una transferencia a un paraíso fiscal extranjero, de fondos de la empresa y le ofrece una determinada participación. Tenemos entonces que: “El consejero delegado que infringe el deber sin lugar a dudas no tendrá el dominio del hecho que produce el perjuicio patrimonial. El consejero delegado no puede desde EEUU coejecutar el hecho planeado y depende de la realización del hecho por un tercero que obra con dolo. En tanto el tercero obra con plena capacidad y conocimiento de la situación por lo que no cabe pensar en un

dominio de voluntad que permitiría desplazar al Consejero la dirección del suceso y por tanto el dominio del hecho” (Bacigalupo S. , 2007, p. 62).

Sobre la administración desleal la cuestión es bien distinta, el tercero que aún se encuentra en España y realiza las falsificaciones para perjudicar al fisco no puede ser autor de la administración desleal, pues no le incumbe el deber legal con la empresa.

El tercero tiene sin duda el dominio del hecho de la falsificación y las acciones tendientes a la transferencia de dinero que causo el perjuicio al fisco, sin embargo no es para nada relevante para el delito de administración desleal, por el contrario el Consejo delegado (intraeus) que se encuentra en EEUU y no toma partido en la ejecución del hecho, se ha validado de un tercero para ejecutar el hecho que perjudica el patrimonio del fisco y es por tanto autor mediato del delito de administración desleal (peculado). “es suficiente que una persona que tiene la vinculación obligacional con el deber, deje o ponga en manos del otro que es ajeno a la posición de deber fundamentadora de la autoría, la realización o ejecución del hecho que produce la lesión del bien jurídico” (Bacigalupo S. , 2007, p. 63).

El ejemplo es plenamente valido para realizar una analogía y adecuación típica conforme a nuestra legislación y tendríamos que el (concejero delegado-funcionario obligado especial-intraeus) se convierte en la figura central propia de autor mediato establecido en el literal b del numeral 2 del artículo 42 del COIP, responsabilidad jurídica por haber infringido el deber de proteger el patrimonio que le ha sido confiado al funcionario. Otro dato fundamental que es necesario dejar sentado es que para Roxin, el tercero (extraneus) bien puede constituir un cooperador necesario en el delito de administración desleal (Alemania) peculado (Ecuador).

D. Complicidad única

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber, la complicidad también es única, tanto Roxin como Jakobs coinciden en esta posición.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, en palabras de Roxin, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito, esto en los delitos comunes. De modo que en los delitos especiales de infracción del deber no es de aplicación lo dispuesto anteriormente conforme la doctrina.

3.3. *La autoría en delito de infracción de deber, desde el criterio de Günther Jakobs.*

Sobre la teoría de infracción de deber propuesto por Günther Jakobs, nos hemos referido con cierta holgura y respaldo doctrinario en el Capítulo I de este aporte académico; no obstante, a fin de fortalecer la comprensión de la teoría expuesta por Jakobs hemos de referir a otros autores que respaldan su propuesta. En este orden de ideas, el filósofo alemán sustentó que la autoría en los delitos de infracción se determina mediante dos sistemas a saber: “De los delitos de responsabilidad por la propia organización y de los delitos de responsabilidad por incumplimiento de deberes especiales”. Los primeros, contemplados bajo la competencia por organización y los segundos de la competencia institucional.

A. Competencia por organización.

Günther Jakobs, al realizar la distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber lo hace desde un criterio de competencia o rol del autor, porque para el autor una persona vive inmersa en un mundo regido por normas que le comprometen una competencia personal. La infracción de esta competencia da lugar a su responsabilidad penal. Nos manifestó que todas las personas tenemos deberes generales de actuación en virtud de la competencia de la organización. Entonces, bajo esta proposición doctrinaria, Jakobs advierte que: “Si alguien hace un uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede atribuir responsabilidad penal y deberá responder en razón del quantum de lo organizado” (Díaz, 2017, p. 11). Quiere decir, que el quebrantamiento de este deber da lugar a la denominada responsabilidad en virtud de la organización basada en deberes generales. Desde esta perspectiva, cualquier persona podrá ser imputada por infringir el deber impuesto por su propio rol y competencia.

B. Competencia institucional.

También identificados como incumplimiento de deberes especiales. Bajo esta corriente, los delitos de infracción de deber, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión del deber de comportamiento solidario que se exige en favor de un determinado bien jurídico, en virtud de una relación de carácter institucional. “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”. La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. Existe una relación positiva entre el autor y

el bien protegido, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no sólo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión.

Como explica Jakobs, con estos deberes se pretende proteger al igual que en los delitos de infracción de deber, relaciones permanentes y jurídicamente reconocidas de una sociedad, las cuales han sido denominadas en sentido estricto instituciones. Todas estas instituciones están reguladas positivamente en la Constitución, la ley, decretos o reglamentos, al menos de forma incipiente, y tienen por finalidad garantizar la protección de determinadas expectativas que se refieren al mantenimiento de determinados bienes importantes para el desarrollo de la sociedad en cuestión. Su protección está garantizada en la mayoría de los casos desde el punto de vista penal y disciplinario.

El quebrantamiento de un rol especial origina la responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), según la cual los competentes responderán a título de autores, puesto que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito en común.

3.4. *La autoría y participación de “los proveedores” en el delito de peculado.*

De lo que hemos venido refiriendo sistemáticamente en este trabajo investigativo, es momento de tomar una postura respecto a la participación de un extraño en la comisión del delito de peculado en nuestra legislación. Seguramente será controvertida pero justamente uno de los objetivos de este trabajo de titulación, es mantener actualizado el debate que desde hace décadas viene existiendo en el mundo. El profesor español Luzón Peña, referido por Salinas Ramiro, al respecto precisa: “ha existido una fuerte división de opiniones sobre si cabe o no participación de extraños en los delitos especiales. Siempre, ha sido un problema dogmático determinar si aquellos que participan con un obligado en la comisión de un delito especial sin tener el deber de proteger o cautelar el bien jurídico, responden penalmente por el delito” (Salinas, 2021, p. 425).

Siendo así, a partir de los criterios doctrinarios que hemos venido analizando, nuestra postura es que no procede considerar a “los proveedores” como sujetos calificados de imputación de peculado por una parte y, tampoco podrían constituirse en autores del delito de peculado al no ser sujeto calificado.

3.4.1. *Primera Postura*

Tal cual como se encuentra estructurada la tipificación del Peculado en el COIP,

“Artículo 278.- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”. No procede considerar a “los proveedores” como sujetos calificados de imputación de Peculado.

Desde el análisis de estructura de la norma penal, es conocido que esta se constituye de dos elementos esenciales: un precepto normativo que desde la doctrina contemporánea se la define como norma primaria; y, una consecuencia jurídica, como norma secundaria; en el caso de la tipificación del delito de peculado sostenemos que existe una adecuación impropia en el precepto normativo primario, al incorporar al “proveedor” como sujeto activo calificado de la conducta de peculado, sin que exista una relación funcional de protección del bien jurídico que estén en su poder en virtud o razón de su cargo”. Para justificar lo señalado, es importante partir de definiciones epistemológicas tanto del “proveedor” y del “funcionario público” para determinar si existe esta relación funcional y el deber que le genera al “proveedor” frente a la Administración Pública.

Naturaleza jurídica del proveedor.

En este contexto, de manera general: “El término “proveedor” se origina del verbo latino *providere* “proveer” que está formado por las voces latinas *pro* “adelante” o “a favor”; y, *videre* “ver” “observar”. Es decir, que el proveedor anticipa “ve hacia adelante” las necesidades de la organización y por ello produce y comercializa lo que ésta va a necesitar para su funcionamiento. O sea, que está preparado para satisfacer las necesidades que surjan.” (Real Academia Española, 2023).

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2001), prevé lo siguiente:

Artículo 2.- Definiciones. Para efectos de la presente Ley, se entenderá por: “Proveedor. - Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.

Con estos dos aportes, podemos precisar que el proveedor, sea este una persona

natural o jurídica, tiene una misión de previsión, producción y prestación de un servicio a quienes necesiten. Su compromiso y obligación está en la calidad prestación del servicio; su obligación no se concentra en “precautelar la eficiente y transparente administración pública”, no existe un vínculo funcional entre el proveedor y el Estado, el Estado no ha confiado ni el proveedor cuenta con la potestad Estatal, por lógica los recursos públicos no están en su poder en virtud o razón de su cargo, como si le corresponde al servidor público.

Del funcionario público.

Ahora bien, el jurista Rafael Bielsa (2012) cuando se refiere al funcionario público nos indica que: “Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social”.

En la misma línea de pensamiento, Muñoz Conde (2015, pág. 842), al referirse al funcionario público, define como: “a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas” entendiéndose como función pública “al servicio proyectado al interés colectivo y social facultados por los órganos estatales y paraestatales”.

El profesor Vásquez Portomeñe (2003), al referirse a la responsabilidad del servidor público dentro de los delitos en contra de la Administración, expresa “El legislador muestra así su voluntad de individualizar al responsable de estos delitos exclusivamente por razón del ejercicio de ciertas atribuciones, funciones o competencias, a las cuales reconoce eficacia constitutiva con relación a cada uno de los tipos”.

En concordancia, el profesor Muñoz Conde, al respecto manifiesta que, “la finalidad, político – criminal perseguida por el legislador, para la creación de un precepto normativo y luego algún tipo delictivo en particular estará sobre todo conforme a la relación funcional de cada servidor público, que debe extraerse de su ámbito para cada tipo delictivo” (Muñoz, 2015, p.844).

La Constitución de la República del Ecuador en su **Artículo 227** define a la Administración Pública como un servicio a la colectividad bajo los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; administración que será ejercida

por el servidor público bajo las condiciones previstas en el **Artículo 228** en donde se regula el ingreso mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; y, el **Artículo 229** describe las características de este servidor público, señalando a “toda persona que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

Concretando este contraste conceptual desde la propia naturaleza de lo que significa un proveedor y un funcionario público, se vuelve insostenible pensar menos aceptar que el proveedor pueda ser admitido como sujeto activo de peculado. El Estado de ninguna manera ha confiado ni ha responsabilizado al proveedor el correcto ejercicio de la actividad administrativa y la transparente gestión pública, bien jurídico al que sí está vedado legal y constitucionalmente al obligado especial que es el servidor público. Concluyo este razonamiento citando al profesor Colombiano Pérez, que sobre lo analizado expresa: “cualquiera que sea la clase de peculado solo puede ser cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones encomendadas, estas dos son inseparables e inmodificables, y no delinque por el aspecto indicado quienes carezcan de dicho título” (Pérez, 2001, pág. 180).

El legislador al incorporar la proposición “o los proveedores del Estado” como parte del precepto normativo primario del tipo penal de peculado, realiza lo que la doctrina denomina “la inclusión innecesaria y antitécnica de la cláusula de extensión”; desnaturaliza la esencia de los delitos de administración pública, convirtiéndolos en una categoría de delito común como el robo, hurto, estafa etc., desafiando toda postura doctrinaria alcanzada hasta la presente fecha; y, el efecto de sancionar al extraneus por el tipo penal de peculado genera una desproporcionalidad en la pena toda vez de que no existe una simetría entre la conducta del obligado especial (intraneus) y el proveedor (extraneus), los dos terminarían siendo sancionados de 10 a 13 años.

Si el interés del legislador era no dejar en la impunidad la conducta del extraneus (proveedor), utilizar el poder punitivo a través del principio de legalidad no es la mejor solución porque lo que hace es expandir el ius puniendi como dejamos explicado en el Capítulo II; existe otras soluciones normativas que dejaremos como propuesta de este trabajo investigativo.

3.4.2. Segunda Postura

En nuestra primera postura, al justificar que el legislador incurre en un error al estructurar el precepto normativo del tipo penal de peculado incorporando al proveedor

como sujeto activo calificado de peculado, ya abordamos parte de los argumentos que servirán para acreditar que el extraneus-proveedor sea considerado autor del delito de peculado. No obstante, hemos de volver a mencionar algunas definiciones al ser necesarias y concomitantes con este segundo afán.

“La doctrina suele identificar el delito especial con aquellos tipos penales que requieren un determinado sujeto o en los que la realización del tipo solo puede ser realizada por un determinado autor respecto de los que se concreta especialmente un deber” (Bacigalupo E. , 1999, pág. 37). En la misma línea compartida, el jurista Gómez de la Torre (2004, pág. 389), afirma que “Los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, pues incorporar dentro de la descripción típica ciertas características especiales o cualidades referentes al autor. En esta clase de delitos no pueden ser cometidos por cualquier sujeto ya que se exigen ciertas cualidades especiales para que el sujeto sea imputado como autor” y por último Polaino Navarrete, al respecto de los delitos especiales confirma: “Son aquellos que requieren de un sujeto activo calificado, es decir de sujetos revestidos de una especial cualidad fundante que les identifica y les distingue de los demás” (Polaino, 2013, p. 31).

Es unánime y coincidente la doctrina en definir que, para ser autor de este tipo de delitos, el sujeto activo debe revestirse de una cualidad que le comprometa a un deber especial. Esa condición, conforme la dogmática y la norma penal, la cumple el servidor público, porque es de este intraneus de donde nace el deber especial desde su relación funcional de conformidad a su cargo o función frente al bien jurídico a tutelar. La infracción de este deber lo convierte en responsable como autor del tipo penal.

En palabras de Claus Roxin y Gunter Jakobs “en los delitos de infracción de deber, responde como autor aquel que lesiona un deber específico que lo identifica como obligado especial. Para afianzar esta postura, reproduzco lo expresado por Roxin a quien se le atribuye la autoría de la teoría de infracción de deber, quien señaló: “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad "cualificación de autor". Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". Así p.ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial” (Roxin, Derecho Penal, Parte General, La estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 338).

El jurista peruano Pariona Arana (2014, pág. 95), al analizar la autoría y

participación del infractor en los delitos especiales, consideró que “en estos tipos penales no era importante el dominio del hecho, sino que lo relevante era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de precautelar el bien jurídico protegido, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.

Vuelvo en esta parte, a referir al maestro Alemán Claus Roxin como una de las voces oficiales en materia de Derecho Penal y propulsor de la teoría de infracción de deber quien señala: “en lo que respecta a la determinación de la imputación en los delitos especiales como es el caso de los referentes a la administración pública, el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo, tal es así que en el estudio de los delitos especiales resulta habitual definir los delitos especiales como aquellos delitos por los que solo pueden responder como autores los sujetos en quienes concurren los elementos, características, propiedades, cualidades o relaciones que exige el tipo.

En opinión del profesor Enrique Bacigalupo (1999, pág. 511), cuando se refiere a la distinción de tipos penales, expresa: “El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión)”. Se afirma con esto que en los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es justamente la infracción del deber especial que solamente tiene el agente, con total independencia de si tuvo o no el dominio del hecho.

Para un mejor discernimiento del tema, cito a Caro John quien utiliza describe ejemplo propuesto por Jakobs: “el juez -intra-neus- que encarga indebidamente a una de las partes -extra-neus- la redacción de la sentencia, infringe su deber especial a título de autor a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el extra-neus tampoco responde como autor, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer porque, sencillamente, él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez.

De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta” (Jakobs, 1997). En el ejemplo: el juez, funcionario público (sujeto activo calificado con potestad pública) a quien se le genera un deber especial (administrar de justicia) conforme su cargo y función, imputado

a título de autor porque infringe ese deber que no es un deber general sino específico y especial que no cualquiera (*extraneus*) está obligado.

Ahora bien, haciendo una analogía, desde la imputación objetiva a los elementos típicos del Peculado, la norma describe tres supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: abusar, apropiar, distraer; que para su configuración punitiva debe existir, una relación funcional entre el sujeto activo (servidor público) y los bienes, caudales y efectos. Entendiéndose como relación funcional a la competencia del poder de vigilancia, control, y administración transparente del patrimonio (deber y obligación especial del funcionario público) en virtud al cargo, confianza y potestad estatal.

Entonces, si en un supuesto de hecho en donde intervienen dos sujetos el uno funcionario público (*intraneus*) y el (proveedor) y en este supuesto se determina que existe una apropiación de bienes caudales y efectos, beneficiándose, tanto el servidor público como el proveedor, corresponde entonces la imputación al servidor público en calidad de autor porque en él radica en deber especial de vigilancia, control, y administración transparente del patrimonio, mientras que el proveedor al no tener esta relación funcional será imputado como partícipe.

De esta manera, se justifica doctrinariamente que “los proveedores” (*extraneus*) no desde la perspectiva personal, sino desde lo que representan institucionalmente, al no contar con la cualificación especial, no generarse un deber funcional de vigilancia, control, y administración transparente del patrimonio del Estado en virtud al cargo, función o potestad Estatal para así garantizar la eficiencia de la administración pública, no podrán ser responsables a título de autores de peculado.

3.5. Iniciativas de solución a la imputación del extraneus.

3.5.1. Planteamiento de reforma al Código Orgánico Integral Penal, en atención y análisis del derecho comparado.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, en materia anticorrupción del 17 de febrero de 2021, se reforma el tipo penal de peculado, en donde se incorpora como parte de la premisa normativa primaria los términos “o, los proveedores del Estado” como sujetos activos de peculado; incorporación de la que hemos venido doctrinariamente siendo críticos en tanto el legislador a desnaturalizado la el contenido objetivo de los delitos en contra de la administración pública.

No obstante, de identificar esta incompatibilidad de la intervención de un

extraneus en un delito de administración pública, la proposición “*o, los proveedores del Estado*” causa otra preocupación, en la capacidad taxativa de obligar al extraneus como sujeto activo, le vuelve al tipo penal vago e indeterminado, trastoca la efectividad material de la norma y permite la arbitrariedad del poder. Sumado a esto la desproporcionalidad en la sanción toda vez que se castiga tanto al intraneus como al extraneus con la misma pena de 10 a 13 años, tomando en consideración que el obligado especial por naturaleza es el funcionario público y no el extraneus.

En este sentido, analizados los presupuestos jurídicos de punibilidad del extraneus como partícipes del delito de peculado, mantener la esencia de los delitos de administración pública, la seguridad jurídica, el contar con leyes que materialicen una equivalencia eficaz y respetuosa con los derechos humanos y la realización de la justicia, propongo esta iniciativa de reforma, en los siguientes términos:

Agregar a continuación del artículo 43, el siguiente artículo:

Art. 43.1. – Cómplices necesarios. – responderán como cómplices necesarios las personas que faciliten o cooperen con actos necesarios sin los cuales el delito no se haya podido producir; no tengan las calidades especiales exigidas por el tipo penal y que no puedan ser considerados como coautores.

El cómplice necesario será sancionado con las tres cuartas partes de la pena impuesta a los autores.

Artículo 2. – Sustitúyase el artículo 278, por el siguiente texto:

Art. 278. – Peculado. - Peculado.- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Esta propuesta de reforma no se basa en un solo criterio personal, sino que presento luego de realizar un análisis de derecho comparado con legislaciones latinas y europeas. De las que me permito ofrecer. El Código Penal Colombiano (2000) en actual vigencia, en su Título XV, recoge al peculado en todas sus modalidades dentro de los “Delitos en contra de la administración pública” artículos del 397 al 399^a en todos como sujeto activo “el servidor público”, así:

Artículo 397. Peculado por apropiación. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un

tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (el subrayado me pertenece).

Seguramente considerando los enunciados doctrinarios de los que hemos podido compartir en este ensayo académico, el legislador colombiano, no incorpora al extraneus como sujeto activo del peculado, asume que quien infringe el deber es el servidor público dada su condición funcional por ende sería el autor de peculado; y, la conducta del extraneus es imputada como la de un partícipe. Así rige la normativa penal de Colombia.

Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte. (El subrayado me pertenece)

El Código Penal de Perú (1991), recoge como Delitos en contra de la Administración Pública en el TÍTULO XVIII y de delito de peculado como parte de estos delitos que dogmática y jurisprudencialmente son reconocidos como delitos de infracción de deber, dejando al intraneus como autor y al extraneus que como se nota no es sujeto calificado y su imputación tiene tres vías de judicialización.

Artículo 387. Peculado doloso y culposo. - El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. [...]. (el subrayado me pertenece).

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, en esta legislación terminan adoptando tres posibilidades, como afirma el jurista Fidel Rojas uno de los criterios relevantes en el Perú, tomado por Salinas: “aplicando **primero** la teoría de los delitos de infracción de deber, autor solo será el servidor público, la imputación del extraneus se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto, etc.; **segundo**, según los principios de unidad del título de imputación, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado; y, **tercero**, por accesoriedad de la participación” (Rojas, 2002).

Otra de las legislaciones que adopta con responsabilidad las teorías de infracción de deber es justamente España, inspirado en un precepto semejante del Derecho Penal alemán, frente a la imposibilidad de castigar al extraneus como autor, el legislador español, ha arbitrado la solución de una cláusula de atribución de responsabilidad para todos los delitos de la administración pública: Así prescribe la Sección 2.^a De la administración desleal.

Artículo 252 Numeral 1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrativo. (subrayado me pertenece).

Artículo 31.- El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre...

Lo que se quiere con lo antes expuesto es acreditar la viabilidad de la reforma propuesta en consideración de las muestras y evidencias del Derecho Comparado, en donde no se descontextualiza la naturaleza de los delitos de administración pública incorporando al extraneus, sino se busca la posibilidad de adherir esa conducta como una forma de participación.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Si bien en la actualidad la teoría del dominio del hecho es la dominante para determinar la autoría y participación, esta ha sido eficaz en los delitos comunes; no así cuando estamos frente a delitos de infracción de deber en donde intervienen dos personas (intraneus-extraneus) es aplicables otra teoría denominada tanto por Roxin y Jakobs como: “teoría de los delitos de infracción de deber”.

SEGUNDA. Conforme la estructura y naturaleza de los tipos penales DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (artículos 278 a 281), son delitos especiales denominados por la doctrina de infracción de deber, en donde el autor solo puede ser un sujeto activo calificado conforme su relación funcional.

TERCERA. A nuestro entender el “proveedor” al no ser un funcionario público conforme las formalidades sustanciales, no contar con la confianza ni potestad del Estado, por ende, al no haberse generado el deber de obligado especial, no puede ser considerado sujeto calificado de peculado.

CUARTA. El legislador al incorporar la proposición “o los proveedores del Estado” como parte del precepto normativo primario del tipo penal de peculado, ha realizado una “inclusión innecesaria y antitécnica de la cláusula de extensión” (técnica legislativa inadecuada); desnaturaliza la esencia de los delitos de administración pública; convierte al peculado cual, si fuese un delito común; su característica indeterminada da lugar al criterio subjetivo y la arbitrariedad del operador de justicia; y, se muestra asimétrica la pena entre intraneus e extraneus.

QUINTA. En el delito de peculado el extraneus “proveedor” indistintamente que por principio de legalidad y tipicidad pueda ser sujeto activo de la conducta, no podrá ser considerado autor ni coautor al no infringir deber especial no ser obligado especial de la infracción. Podrá ser considerado partícipe que de conformidad a nuestra legislación aplica el artículo 43 de complicidad.

SEXTA. Que es necesario analizar la reforma que se plantea que a nuestro juicio resuelve algunos problemas tanto de doctrina, tipicidad y seguridad jurídica.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008, octubre 20). Constitución de la República del Ecuador. *Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449, Última modificación 25-ene.-2021 Estado: Reformado*. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Hammurabi.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Benavente, H. (2012). *Delitos de la administración pública - Delitos de corrupción de funcionarios, Ira Edición*. Gaceta Penal.
- Bielsa, R. (2012). *Derecho Administrativo, sexta edición, tomo III*. Thomson Reuters Argentina.
- Caro, J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*(06), 49-71. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
- Caro, J. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 27(80), 91-110. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995>
- Comisión Legislativa Permanente. (1971). *Código Penal*. Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971. Última modificación: 15-feb-2012. Estado: Vigente. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000 (julio 24) por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf
- Congreso del Perú. (1991). *Código Penal*. Decreto Legislativo N° 635. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf>
- Congreso Nacional del Ecuador. (2001). *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial No. S-116, 10 de julio de 2000. <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpetransparencia2012/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/LeyOrga>

nicadelConsumidor.pdf

- Díaz, A. (2017). *La imputación en el delito de peculado*. Universidad de Piura.
<https://pirhua.udep.edu.pe/items/b8bdf186-14eb-46c3-8f7d-ce946f88b94d>
- Díez, M. (1975). *Derecho Administrativo (Volumen V)*. Editorial Plus Ultra.
- Flores, G., & García, J. (1982). *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado, Segunda Edición aumentada y actualizada*. PGE.
- Gómez, I. (2004). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Experiencia.
- Gómez, V. (2012). Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 14(01), 1-29.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4027686>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Marcial Pons.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- Pariona, R. (2014). *Autoría y participación en los delitos contra la administración pública*. Idemsa/Centro de Estudios Penales.
- Pérez, L. (2001). *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*. Temis Bogotá.
- Polaino, M. (2013). *Lecciones de Derecho Pena, Parte General, Tomo II*. Editorial Tecnos.
- Real Academia Española. (2023). *proveedor*. Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/proveedor-ra>
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Editoria Jurídica Cevallos.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, La estructura de la teoría del delito*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons.
- Salinas, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Problemas actuales de política criminal: Anuario de Derecho Penal 2015-2016*, 93-126.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/191285>
- Salinas, R. (2021). *Autoría y Participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Palestra Editores.
- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal, Segunda Edición*. Civitas.
- Terán, W. (2020). *La autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. Editorial Jurídica del Ecuador.

Vásquez, F. (2003). *Los delitos en contra la Administración Pública*. Universidad de Santiago de Compostela.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal, Parte General*. Depalma Editores.