UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL MENCION DERECHO PROCESAL PENAL.

“LA DESPROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL CONTRA EL DELITO DE COHECHO ENTRE EL OFERENTE Y RETRIBUYENTE INCIDE EN EL COMETIMIENTO DEL DELITO CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL MENCION DERECHO PROCESAL PENAL.

STALIN JAVIER ORTEGA QUINDE.
JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA.

TUTOR: MGS. Rodrigo Durando Cordero.

OTAVALO, MAYO 2022

UNIVERSIDAD DE OTAVALO
Libres y unidos en la diversidad

ANEXO 1.

DECLARATORIA DE AUTORIA Y CESACIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS

Yo/Nosotros, **STALIN JAVIER ORTEGA QUINDE** y **JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA**, declaro/declaramos que este trabajo de titulación: "***LA DESPROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL CONTRA EL DELITO DE COHECHO ENTRE EL OFERENTE Y RETRIBUYENTE INCIDE EN EL COMETIMIENTO DEL DELITO CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA***" es de mi/nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro/declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi/ nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Firmado electrónicamente por:
STALIN JAVIER ORTEGA QUINDE

ABG. STALIN JAVIER ORTEGA QUINDE.
C.I. 110419953-2.

JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA

Firmado digitalmente por JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA
Nombre de reconocimiento (DN): cn=JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA, serialNumber=160922175419, ou=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, o=SECURITY DATA S.A. 2, c=EC
Fecha: 2023.02.14 10:44:28 -05'00'

ABG. JUAN PEDRO YAGUANA YAGUANA.
C.I. 110368303-1

UNIVERSIDAD DE OTAVALO
Libres y unidos en la diversidad

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado "***LA DESPROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL CONTRA EL DELITO DE COHECHO ENTRE EL OFERENTE Y RETRIBUYENTE INCIDE EN EL COMETIMIENTO DEL DELITO CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA***" bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, del /de los estudiante/s Stalin Javier Ortega Quinde y Juan Pedro Yaguana Yaguana, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

Firmado electrónicamente por:
RODRIGO FRANCISCO DURANGO CORDERO

Mgs. Rodrigo Durango Cordero.
CC. 171108783-1

3.- RESUMEN:

Este artículo científico busca identificar las causas por el cometimiento del delito de cohecho, tipo penal regulado en el Código Orgánico Integral Penal. Es necesario comprender la naturaleza de las excepciones que existen en el enjuiciamiento de delito de cohecho. Estas excepciones son la imprescriptibilidad de la acción y de la pena, y la facultad de continuar un proceso en ausencia del procesado; regulaciones que existen aun cuando su aplicación se encuentra en conflicto directo con derechos básicos; tales como el derecho a la defensa y el debido proceso. El problema principal que se ha abordado es el análisis del delito de cohecho a fin de determinar si esta disposición penal ha tenido un resultado eficaz en la lucha contra la corrupción y las actividades poco éticas de autoridades, servidores/as públicos y el retribuyente, y si las sanciones impuestas son proporcionales tanto para el oferente y retribuyente; considerando que parecía ser el objetivo del legislador para su creación, por lo que si este objetivo no ha sido alcanzado tal vez sea hora de analizar si esta normativa es, eficaz y necesaria. Es decir, en nuestra realidad es notorio que los corruptos/as al iniciarles un proceso penal, los mismos obtienen información privilegiada y huyen de la justicia. Se pretende demostrar como la sanción establecida en el Art. 280 del Código Orgánico Integral Penal no es proporcional entre el oferente y retribuyente, sancionando al servidor público quedando en la impunidad el empresario que ofreció la coima, persistiendo el perjuicio social y, económico que afecta al bien jurídico protegido.

Palabras Clave: desproporcionalidad, corrupción, cohecho, oferente y retribuyente.

4.- ASTRAC:

This scientific article seeks to identify the causes for committing the crime of bribery, a criminal type regulated in the Organic Comprehensive Criminal Code. It is necessary to understand the nature of the exceptions that exist in the prosecution of the crime of bribery. These exceptions are the imprescriptibility of the action and the sentence, and the power to continue a process in the absence of the defendant; regulations that exist even when their application is in direct conflict with basic rights; such as the right to defense and due process. The main problem that has been addressed is the analysis of the crime of bribery in order to determine if this criminal provision has had an effective result in the fight against corruption and unethical activities of authorities, public servants and the payer, and if the sanctions imposed are proportional to both the offeror and the payer; considering that it seemed to be the objective of the legislator for its creation, so if this objective has not been achieved, it may be time to analyze whether this regulation is effective and necessary. That is to say, in our reality it is notorious that when the corrupt initiate criminal proceedings, they obtain privileged information and flee from justice. It is intended to demonstrate how the sanction established in Art. 280 of the Organic Comprehensive Criminal Code is not proportional between the offeror and the payer, sanctioning the public servant, leaving the businessman who offered the bribe in impunity, persisting the social and economic damage that affects to the protected legal interest.

Keywords: disproportionality, corruption, bribery, offeror and payer.

5.- INTRODUCCIÓN:

La finalidad del presente trabajo es conocer la situación histórica, evolución sobre el delito de cohecho en el ámbito penal internacional y ecuatoriano; además presentar algunos conceptos acerca del delito de la eficiencia del estado en nuestro actual sistema procesal penal. Como se verá, nos interesa analizar la política criminal instalada en las instituciones públicas y el respeto o no de las leyes que rigen a los servidores públicos.

Sin embargo, desde un punto de vista del Derecho Penal, indiscutiblemente, es necesario analizar cómo debido al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que consagra al Estado como constitucional de derechos y justicia, se realizaron cambios normativos que respondan a su espíritu, y más aun teniendo en cuenta que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios proclamados expresamente en el artículo 227 de la norma antes enunciada.(Constitución de la Republica 2008 Art. 1, 227)

No obstante, es entonces que dicho ejercicio de la función administrativa exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, buscando un mejor desarrollo de actividades productivas a cada uno de los ciudadanos, mediante el reconocimiento de los principios de eficiencia, calidad con criterios de objetividad y eficiencia, en el uso de los recursos públicos entre otros.

Sin embargo, es necesario conocer la evolución del delito de cohecho, a lo largo de la historia, aparte de estudiar los elementos que presenta, las diferentes clases existentes, es necesario destacar el incremento de la corrupción que venimos sufriendo en las instituciones del estado ecuatoriano, y que pese a ser un tipo penal imprescriptible conforme lo manda la Constitución de la Republica en su Art. 233, esto no ha resuelto el problema existe de corrupción. (Constitución de la Republica 2008 Art. 233)

Consecuentemente también se podrá observar como este tipo de delito en nuestros días, se han suscitado con mayor frecuencia debido a los numerosos casos de corrupción que se están descubriendo en la actualidad, y que nos permiten entender como los sistemas actuales de responsabilidad jurídico-penal de las autoridades y servidores/as públicos están siendo efectivos o no, a fin de evitar las consecuencias sociales y económicas que perjudican a la nación.

Para estos efectos dividiré el texto en cinco secciones. En la primera de ellas realizamos una introducción general. En la segunda sección planteare el marco teórico a fin de verificar en nuestro país el respecto al funcionamiento de nuestro sistema procesal penal en relación al delito de cohecho. En la tercera sección expondremos los resultados, en la cuarta sección realizamos una discusión. Finalmente, en la quinta sección arribaremos a las conclusiones con el propósito de verificar el cumplimiento de los objetivos planteados verificando las causas por cometimiento del tipo penal y sus consecuencias. El trabajo culminará con la bibliografía utilizada a fin de la elaboración del presente artículo.

6.- METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo investigativo se utilizará los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir, las formas o medios que nos permitan descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos científico, inductivo y deductivo. El método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y sociedad. El método inductivo y deductivo nos permitirá conocer la realidad del problema a investigar, partiendo de lo particular para llegar a lo general. También el estudio se basará en el método materialista histórico el cual nos permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución, así realizar una diferencia con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos. El método descriptivo nos compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema, así demostrar las consecuencias existentes en nuestra sociedad. El método analítico nos servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico, político y económico para poder analizar sus efectos.

6.1.- Procedimientos y Técnicas. –

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y de técnicas de acopio empírico, como la entrevista. La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, es decir a servidores públicos funcionarios de la Fiscalía General del Estado; cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores. Los resultados de la investigación empírica servirán para la verificación de objetivos para arribar a las conclusiones y recomendaciones.

6.2.- Análisis de Casos. -

Al ser una estrategia metodológica de la investigación científica realizaremos análisis de casos tramitados y que se han emitido sentencia condenatoria en nuestro país sobre el cometimiento del delito de cohecho, a fin de tratar de medir y registrar la conducta de las personas involucradas en el fenómeno estudiado, además en el método de estudio de casos los datos pueden ser obtenidos desde una variedad de fuentes, tanto cualitativas como cuantitativas, esto es documentos, registros de archivos, observación directa.

7.- PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS:

7.1.- La proporcionalidad. -

La Constitución nos manifiesta que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, pero este derecho no se da por que no existe proporcionalidad, ya que al ser una noción general que a grandes rasgos puede aplicarse y entenderse sin problema en cualquier área de conocimiento humano y no exclusivamente en la jurídica, primeramente se empleó en las matemáticas así como la filosofía, y en el campo especifico del derecho, puede decirse que no se ha infiltrado recientemente ya que ha sido empleado con anterioridad también por el derecho privado y las primeras limitaciones jurídicas al poder estatal.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia numero 025-16-SIN-CC de fecha 06 de abril del 2016 dice:

"El principio de proporcionalidad de las sanciones establecido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, consagra que: "6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza". En este sentido, las autoridades públicas competentes deben realizar una cuidadosa tipificación de las conductas ilícitas y la medición razonable de sus consecuencias, a través de una gradación adecuada de las reacciones punitivas frente a los bienes jurídicos afectados y las lesiones causadas.

*En el mismo sentido, a modo de referencia, conviene establecer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida en el caso Usón Ramírez vs. Venezuela, señaló que "... la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de las penas." (*CIDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C N.°207, párr. 87).

Respecto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, con la aplicación de normas a las que se les puede considerar idóneas, necesarias y proporcionales en estricto sentido, logrando un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que podría producir.

Tras haber determinado que las medidas normativas objeto de análisis, persiguen un fin constitucionalmente válido y previsto, corresponde examinarlas a la luz de los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo al criterio de idoneidad, una medida normativa cumplirá este parámetro si la norma es eficaz para el cumplimiento del fin constitucional por el cual fue establecida.

Del contenido de ambas disposiciones demandadas, resumido en líneas previas, se observa que estas determinan sanciones frente al incumplimiento de la

normativa que regula el servicio público de transporte terrestre. En este punto, conviene precisar que la imposición de sanciones, en tanto tiene como finalidad persuadir a las personas a evitar el cometimiento de cierto tipo de infracciones relacionadas con el servicio de transporte público, se orienta a producir cambios de conducta en los operadores de transporte en atención a la importancia y trascendencia de este servicio con relación a sus usuarios.

Adicionalmente, es fundamental indicar que la posibilidad de aplicación de sanciones administrativas forma parte del ius puniendi o potestad sancionadora del Estado para efectos del adecuado funcionamiento del aparato estatal; de este modo, la medida resulta ser idónea para alcanzar el fin propuesto que corresponde a la regulación y garantía de una prestación eficiente del servicio de transporte terrestre.

Respecto al parámetro de necesidad, este elemento comporta la verificación de que no exista una medida alternativa menos restrictiva de derechos que sea igualmente idónea para la consecución del fin constitucionalmente protegido; es decir, que de todas las opciones que se tenga para la consecución de un objetivo constitucional, se deberá optar por la menos gravosa en relación a los derechos de las personas.

Las normas cuya inconstitucionalidad ha sido demandada, establecen sanciones en el ámbito administrativo respecto de infracciones relacionadas con el servicio público de transporte terrestre, tales como prestar el servicio sin las habilitaciones operacionales respectivas y demás contravenciones a normas administrativas o técnicas. Estas circunstancias contrarias a la normativa pertinente, son el resultado de acciones u omisiones cometidas por los operadores del servicio de transporte terrestre a pesar de los mandatos o restricciones expresas constantes en las normas aplicables, por lo que la imposición de sanciones para evitar la incursión en tales actuaciones resulta indispensable.

Adicionalmente, cabe indicar que en cuanto a la posibilidad de que se prevean medidas menos gravosas, esta Corte Constitucional señaló que: "...la consecuencia de la responsabilidad sancionatoria es la imposición de una sanción de carácter administrativo o penal, siendo la sanción administrativa la que reporta menor gravedad". En este contexto, las sanciones administrativas se diferencian sustancialmente con las sanciones de orden penal, tanto por aspectos de forma tales como su procedimiento de expedición y la autoridad competente de conocer las infracciones, como por aspectos materiales, especialmente en cuanto a los bienes jurídicos que precautelan, su naturaleza jurídica, y finalidad misma en el ordenamiento jurídico. En el caso concreto, al tratarse de sanciones en el ámbito administrativo que aseguran una eficaz regulación del servicio público de transporte terrestre, siendo estas las menos lesivas, cumplen con el parámetro de necesidad.

Finalmente, una vez que la medida ha superado el examen de idoneidad y el examen de necesidad, corresponde establecer la proporcionalidad en sentido estricto, la cual de conformidad con el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se concreta en el debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

Al respecto, esta Corte Constitucional señaló en la sentencia N.° 003-14-SIN-CC, que: "Es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar." Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.°0003-14-SIN-CC, causa N.°0014-13-IN y acumulados Nros. 0023-13-1N y 002813-IN.

Es decir, la proporcionalidad en sentido penal, se centra exclusivamente entre el acto determinado como infracción y su sanción a imponerse, las circunstancias que se encuentran inmersas con el cometimiento del delito que pueden atenuar, eximir o extinguir la responsabilidad penal, así como el daño provocado y la consecuente reparación a imponerse."

En palabras del profesor Claus Roxin, la proporcionalidad es: el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán. Como instrumentos de protección que brinda el Estado vemos el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones desproporcionadas. (Claus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: 1997, Civitas) 137).

Nuestra Constitución de la República establece en su Art. 76 numeral 6 que: "...la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza..."; aquello implica que este principio denominado proporcionalidad se garantiza como tal en cada una de los actos de carácter civil, penal o de cualquier otro ámbito y que el mismo será determinado en la ley imponiendo una sanción a un delito según la gravedad o bien jurídico que se atente a través de la acción típica jurídica y culpable que se cometa por una persona natural o jurídica."

Obviamente que la proporcionalidad se convierte en un resultado del principio de legalidad, pues para que exista la pena debe necesariamente existir un acto típico preestablecido y este acto conllevará a una sanción, la cual no podría ser mayor a la consecuencia del daño causado en el delito, y como lo ha mencionado Ramiro Ávila Santamaría "...la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos... (Ramiro Ávila Santamaría. "Principio de Proporcionalidad". Revista Judicial. La Hora (Loja), 05 de septiembre de 2017, C1).

Cuando se trata de tipificar delitos y de imposición de penas, de acuerdo a nuestro Estado constitucional de derechos, aquella competencia es exclusiva del legislador, y éste a la vez podrá determinar la validez de la norma penal, "...siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legitimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa..." (Miguel Carbonell. Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (México: Editorial Porrúa, 2012, 158).

En definitiva, la proporcionalidad en materia penal, abarca el campo de la antijuridicidad y culpabilidad, pues la conducta ilícita requiere de un daño real a un bien jurídico protegido y determinando la responsabilidad penal del procesado para la imposición de una pena.

Debemos manifestar que nuestra posición frente al de los autores es que la proporcionalidad es la potestad punitiva que tiene el estado a través de las juezas y jueces, quienes tienen límites con la finalidad de que no se irrespeten los derechos consagrados en la Constitución a fin de que los ciudadanos y ciudadanas no queden desprotegidos o en la indefensión.

7.2.- Delitos contra la eficiencia de la administración pública. –

Tal es así que respecto a los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, podríamos decir que tienen como objetivo adaptarse a la normativa internacional contra la corrupción, ya que en su mayoría buscan por un lado, se eleven las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública, incluso con la inhabilitación especial para empleo o cargo público en varios delitos, por otro lado, se establece las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración, ya que recordemos que estos delitos reflejan los ejemplos claros de la corrupción, la misma que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la misma de la siguiente manera: "*En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole de sus gestores". Desde el punto de vista gramatical, el término corrupción se refiere a un fenómeno de desnaturalización, en el sentido de que, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado."*

7.2.1.- Referencia histórica y conceptualización. –

De inicio valga recordar que, al decir de Nieto Martin, la corrupción ha sido uno de los grandes polos de desarrollo de los programas de cumplimiento en su propio país de origen: los Estados Unidos de América. En efecto, con motivo del descubrimiento en los años 70 de numerosos escándalos de corrupción internacional, se adopta como respuesta la *Foreing Corrupt Practices Act* que, justamente establece la obligación de adoptar controles internos para prevenir la corrupción. Desde entonces los programas de integridad se han transformado en piezas clave para el tratamiento de aquella y se los ha consagrado en convenciones internacionales tanto de las Naciones Unidas como de la OCDE.

La corrupción ha sido caracterizada como un fenómeno en expansión que presenta múltiples caras (económica, política, administrativa, político-económica, etcétera), que es multisectorial (pública, privada, en el deporte, en las apuestas, etcétera), que permanece oculto y cuya práctica frecuentemente asume mecanismos de concreción sofisticados, lo que ocasiona que no sea fácil tomar conocimiento de su verdadera dimensión. Lo que es claro es que, al referirnos a ella, hoy día debemos dejar de lado aquella imagen propia del siglo XIX que sintetiza Nieto Martin como la de: "Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios" es decir la asunción de un discurso conforme al que la corrupción es una especie de impuesto o mal necesario que, en determinados países, hay que pagar sin que merezca mayor reproche. En esta visión, naturalmente la consideración por el legislador de la corrupción entre privados luce como una excentricidad. Lo que, con mayor o menor extensión según el caso, se viene observando es que tanto en el campo del derecho, como de las políticas públicas la corrupción está pasando a ser "cosa de dos" y de allí la decisión político criminal de responsabilizar también a las empresas a la lucha contra aquella, lo que se concreta en varios planos: a) Exigencia de medidas internas de prevención y colaboración con el Estado en la investigación y persecución de la corrupción; b) prohibición de

sobornos a funcionarios y también a directivos o empleados de otras empresas; c) sanción a empresas y sus agentes en los casos de corrupción internacional, incluso desinteresándose de la sanción al funcionario público. (Riquert, 2020, p.34-35).

Aboso (2016) manifiesta en términos generales que "Todo acto de corrupción implica la intervención de al menos dos partes: por un lado, el funcionario público en los casos de soborno en el ejercicio de la función pública, y por el otro, un particular u otros funcionarios que ejercen su influencia sobre otro agente con el propósito de beneficiarse a sí mismo o a un tercero. El contenido de lo injusto del delito de corrupción este compuesto por el acuerdo venal entre los protagonistas. En general los instrumentos internacionales parten de esa concepción de cohecho activo y pasivo; por ejemplo; el Convenio Europeo contra la Corrupción de funcionarios europeos, del 26 de mayo de 1997, establece la necesidad de sancionar penalmente ambas conductas". (p. 6)

En relación a esto existe un análisis de la problemática de la desproporcionalidad en las penas estipuladas en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo en nuestra legislación existe la sanción para el retribuyente así como para el oferente, si bien es cierto se encuentra plasmada la penalidad pero no se aplica al retribuyente; por la tanto en este párrafo nos hace referencia en que existiendo un acuerdo venal debe de existir una responsabilidad penal para los dos protagonistas del cometimiento del delito de cohecho.

Por otro lado, en esta línea de investigación se encuentra varios estudios afines al tema de investigación, entre estos tenemos a Castillo (2021) dice: "*En Ecuador la existencia de la aplicación del concepto corrupción no se encuentra como una definición concreta en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal y la Ley como delito, pero, se concibe como actos ilegales, ilegítimos e ilícitos a los que deriven de la misma. La concepción reconocida en nuestro país es constitucional para lo cual con anterioridad el Estado se fundamenta en la necesidad de erradicar la corrupción con el poder punitivo que previamente han sido suscritos y ratificados a convenios internacionales que surten de firmeza jurídica internacional para catalogar e implementar normativa contra la corrupción. El Convenio Interamericano de lucha contra la corrupción fue ratificado por el congreso nacional de la Convención Interamericana de la Corrupción y después se estableció en la Constitución Política del Ecuador del 1998. Y por último se reconoce la vinculación jurídica al término corrupción". (p. 6)*

Dentro del articulo 3 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador menciona: "garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción."

De acuerdo a lo plasmado por la Carta Magna la misma que es de cumplimiento obligatorio, existe la concepción de la palabra libre de corrupción como un deber primordial del Estado. Dentro del mismo orden de ideas, en el artículo 425 del mismo cuerpo Legal, estipula la aplicación de las leyes en orden de jerarquía "la constitución, Tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas, leyes ordinarias".

Esto permite la ponderación de normas y la aplicación garantista de lo que estipula la norma superior. Las constituciones han acuñado el término corrupción en forma generalizada. La Constitución política del Ecuador en el año 1998 garantiza como deber del estado y la sociedad mantener un "Estado democrático y libre de corrupción conforme al Art. 3 numeral 8. La corrupción está instalada en las instituciones del estado y la definimos como un impuesto obligatorio que se debe cancelar a las autoridades públicas que abusan de su poder con el fin de obtener un beneficio propio.

7.2.2.- Causas y consecuencias. –

Dentro del tema de investigación existen algunas teorías referentes a las causas y determinaciones del tipo penal en desarrollo como es la corrupción, cabe mencionar que aquellas teorías no se encuentran establecidas, en tal virtud no podemos entender sus alcances y propuestas. De esta manera Leff, (1964) y Huntington, (1968) señalan que el origen de la corrupción es la excesiva y, frecuentemente, incorrecta regulación de los mercados por parte del Estado. La excesiva regulación les permite a los funcionarios públicos capturar las cuasi-rentas que se derivan de las restricciones impuestas por las regulaciones. Adicionalmente, la corrupción aparecería como una manera de esquivar los costos de los errores cometidos por el Estado al regular. Bajo estas condiciones, la corrupción es positiva en la medida que permite que los mercados asignen de mejor modo los recursos

Por otro lado, Lui (1985) desarrolla más formalmente el argumento anterior haciendo un paralelo con una situación de colas de espera: del mismo modo que un individuo con alto costo del tiempo está dispuesto a pagar por evitarse la cola de espera, las empresas más eficientes son las que tienen el mayor incentivo a incurrir en actos de corrupción para evitarse los costos impuestos por una regulación en un mercado. (p. 35)

De acuerdo a lo manifestado por el autor, el razonamiento que presenta evidentes limitaciones, intenta asociar a la corrupción el elemento de negociación a la Coase que permite asignar eficientemente los recursos en un mercado. No obstante, se olvida en primer lugar que frecuentemente las distorsiones son impuestas para conseguir rentas en la forma de corrupción y no son exógenas y, en segundo lugar, que, como mecanismo de asignación de recursos, las colas de espera y la corrupción no son necesariamente los más eficientes en un contexto dinámico.

Por otro lado, Osterfeld (1992) extiende el argumento anterior pero no subsana sus problemas señalando que en una economía demasiado regulada la corrupción toma dos formas. Corrupción expansiva (que incluye actividades para aumentar la flexibilidad y competitividad de la economía) y corrupción restrictiva que limita las oportunidades de intercambio y beneficio social). Mientras la segunda es directamente causa de ineficiencias y distorsiones en la economía que reducen el bienestar, la primera sería positiva al “engrasar las ruedas” de la economía. Entre las prácticas identificadas por Osterfeld como ejemplos de corrupción expansiva se encuentra el soborno de jueces, políticos o burócratas por parte del sector privado. (p. 36)

En la actualidad existe una corrupción demasiado expansiva, ya que día a día es noticia saber que existen actos de corrupción (cohecho) en las diferentes instituciones del estado, siendo una problemática de nunca acabar y que al pasar del tiempo se torna un problema cotidiano.

Por otro lado, en referencia al tema desarrollado, Hellman et al. (2000) separa la corrupción por parte de las empresas en dos tipos: la captura del regulador y la corrupción del fiscalizador. La primera que reflejaría mejor el argumento de aceitar la economía permite a la firma modificar en su favor la regulación; la segunda le permite inhibir los costos de no cumplir con la regulación.

Lo que nos manifiesta el autor es la existencia de dos clases de corrupción por un lado tenemos al regulador y al fiscalizador que vendrían hacer el oferente y el retribuyente respectivamente.

Partiendo del análisis de costo-beneficio a nivel individual, resulta natural entender la corrupción como el resultado de comparar el pago recibido y el costo esperado de ser descubierto. Este último es una combinación de la probabilidad de ser descubierto y la magnitud del castigo. Los

potenciales beneficios serán mayores en la medida que el tamaño y el grado de intervención del Estado en la economía sea mayor. Tanzi (1998) describe de manera extensa los modos mediante los cuales la sobrerregulación produce espacios para la corrupción. Los costos, por otro lado, dependen de la eficiencia del sector público para descubrir y sancionar a los corruptos y de la actitud de los afectados de denunciarlos.

Una hipótesis frecuentemente escuchada es la de que este problema se refuerza en aquellas economías en que los servidores públicos son relativamente mal pagados, pues es frecuente que una parte sustancial del ingreso provenga de exacciones que siendo legales no tienen como contrapartida servicios gubernamentales, o abiertamente de prácticas indebidas. A pesar de la evidencia circunstancial de este último fenómeno, La Porta et al. (1999) y Treisman (2000) no encuentran evidencia econométrica consistente que apoye esta hipótesis.

Aparte de los incentivos individuales a la corrupción, a nivel colectivo se requiere además un análisis de la forma en que cada sociedad enfrenta el problema y cómo éstas reaccionan frente a ella cuando aumenta su intensidad. Ello lleva a estudiar el papel que les cabe a los sistemas de administración pública, político y legal en inhibir la corrupción. En términos generales, los siguientes elementos favorecen la aparición de la corrupción y están presentes en buena parte de los países en desarrollo:

• La falta de una clara delimitación entre lo público y lo privado.

• La existencia de un ordenamiento jurídico e institucional inadecuado a la realidad nacional.

• La inoperancia práctica de las instituciones públicas.

Al referirnos a los tres elementos antes mencionados podemos aludir que en nuestro país se encuentran ligadas las instituciones públicas y privadas conforme a los procesos de adquisición de bienes y servicios que conllevan a tener acercamientos con fines ilícitos a fin de obtener un beneficio propio o para un tercero.

7.2.3. Delitos de la eficiencia de la administración pública en la legislación ecuatoriana. -

La Constitución de la República, 2008. Constitución "*Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.*

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas."

A pesar de estar normado la penalidad para esta clase de delitos, en nuestro país existe un mayor número de cometimiento de este ilícito, los y las servidoras de las instituciones del estado de una manera global y generalizada de una u otra manera cometen con gran frecuencia los delitos de cohecho, peculado, etc. Los delitos contra la administración pública son noticia diaria.

En concordancia con esta disposición constitucional, se encuentra las regulaciones del Código Orgánico Integral Penal. "Artículo 75.- Prescripción de la pena. - La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas: "*No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, **cohecho**, concusión, enriquecimiento ilícito, daños ambientales y, contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.".*

En relación al art. 75 del Código Orgánico Integral Penal, existe una premisa procesal conocida como prescripción, que beneficia a la persona investigada, cuando el poder punitivo del estado no llega a cumplirse con el transcurso de determinado tiempo, no existe una sentencia o proceso penal alguno, entonces el ejercicio de la acción penal prescribe, es decir no se puede realizar una imputación o formulación de cargos o cesa la ya iniciada, que normalmente puede avanzar hasta el auto de llamamiento a juicio. El tiempo depende de la legislación de cada país.

En el caso investigado se evidencia claramente que en los delitos de la eficiencia de la administración Pública las penas correspondientes son tan graves como las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena, es decir en estas infracciones la prescripción no beneficia a la persona investigada conforme lo manda la Constitución de la Republica en su Art. 233 citado en párrafos anteriores. Delitos que no corresponden a esta investigación pero que sería importante debatirse.

En el caso en concreto, los procesos investigados por el delito de cohecho, estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán en ausencia de las personas acusadas, conforme la Constitución de la Republica.

7.3.- El cohecho.

7.3.1.- Referencia histórica. -

El origen de este tipo de delito lo encontramos en el Derecho romano, con el nacimiento del denominado Crimen Repentundarum o crimen de prevaricación, que este tipo delincuencial genérico dirigido a frenar los abusos de los funcionarios públicos, y el ánimo o finalidad era recuperar las cantidades de dinero exigidas por los funcionarios públicos en sus prácticas extorsivas. Luego surge el llamado Crimen Peculatus y el Crimen Concussionis. (Pasquel, 2011, p. 245).

El tema de la corrupción pública y privada en la moderna sociedad representa el talón de Aquiles de cualquier gobierno democrático. La avidez por el dinero de los funcionarios públicos, la codicia de los empresarios y la posibilidad de utilizar al Estado como caja de dinero para solventar los más variados proyectos, que incluyen desde obras trascendentales de infraestructura pública y servicios hasta obras faraónicas cuya utilidad social resulta indiferente, son algunos de los factores criminógenos que permiten explicar la proliferación de las prácticas de soborno en el mundo. (Aboso, 2018, p. 5).

La corrupción en el ámbito público, pero también en el privado, es un problema de alcance mundial. En los países de nuestra región ha generado un revuelo de proporciones dantescas a partir del caso "Odebrecht" y la financiación ilegal de partidos políticos de Brasil, Perú, Argentina, Ecuador entre otras naciones, han sufrido de manera directa o indirecta turbulencias políticas que

han generado una honda preocupación y reclamo en la población, hastiada de la corrupción en la función pública y el extensivo enriquecimiento ilícito de los gobernantes.

En Europa la situación no es distinta. En España, el célebre caso "Malaya" destapo un entramado de corrupción publica en el sector urbanístico en Marbella, proceso penal que demando años de investigación y que derivo en la condena del ex alcalde de esa ciudad mediterránea, sumando a la corrupción en los partidos políticos (caso Noos), muestra un variopinto panorama del alcalde de la corrupción pública y privada que lesiona gravemente la confianza de los ciudadanos en sus instituciones representativas.

En Alemania, el citado caso "Siemens" expuso a la luz pública los actos de cohecho transnacional de funcionarios argentinos para la concesión de contratos públicos para la elaboración de documentos de identificación. Mas allá de que ese país registra una de las tasas más bajas en materia de corrupción y la percepción de ese problema social, llama la atención los informes que colocan en el foco de la opinión publica el preocupante crecimiento de casos de corrupción que involucran a empresas alemanas, entre ellas, Deutsche Bank, Volkswagen, Daimler, Rheinmettal. Estas dos últimas, junto con la referida Siemens, están acusadas de participar en actos de soborno de altos funcionarios públicos griegos. También se ha suspendido la venta de submarinos alemanes fabricados por la empresa germana Thyssen Krupp, ante la comprobación de actos de corrupción que involucran a funcionarios públicos israelíes.

Uno de los problemas recurrentes en materia de lucha contra la corrupción publica radica en la falta de preparación de los órganos judiciales para lidiar con ese fenómeno criminal. En general, los procesos seguidos contra funcionarios públicos demandan un tiempo considerable, en especial cuando los sujetos investigados permanecen en el ejercicio del poder público. En nuestro país, por caso, se ha hecho costumbre que un juez adopte las medidas necesarias para avanzar en la investigación una vez que el partido gobernante haya perdido la elección presidencial. Ese cambio en el mando del poder público determina que algunos procesos penales avancen a pasos agigantados y la prisión preventiva de ex funcionarios públicos se transforme en una suerte de pena anticipada, pero también que las denuncias formuladas contra los actuales funcionarios sean archivadas o desestimadas en tiempo récord. Ese ha sido y es el ciclo de la justicia argentina en materia de corrupción publica, y lo atestigua la escasa cantidad de condenas que existen al respecto. Además, en los escasísimos casos de condena firmes, el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho ha llegado en algunos casos a los 20 años, y el uso abusivo de los fueros parlamentarios desnaturalizan cualquier sentido de justicia material y agranda la percepción social sobre la ineficiencia de la Administración de justicia.

Frente al problema mundial de la corrupción publica, organismos e instituciones internacionales se han ocupado de elaborar estrategias de prevención, control y sanción de esas prácticas venales en el ejercicio de la función pública y que justifican el enriquecimiento ilícito de sus funcionarios y su relación parental con el blanqueo de capitales. En nuestro país, a nivel nacional, el Ministerio Publico Fiscal cuenta con una Procuraduría de Investigaciones Administrativas, órgano especializado en la investigación de hechos de corrupción e irregularidades administrativas cometidas por agentes de la Administración nacional. De acuerdo al informe de gestión de 2016, ese organismo ha logrado una mayor participación en procesos penales. En España también funciona una fiscalía especializada en materia de corrupción, creada por la ley 10/1995, de 24 de abril.

Causas que Favorecen la Expansión de las Practicas de Soborno:

Ya hemos puntualizado que la practica corrupta se basa en una relación de poder entre el titular de su ejercicio y el particular. Esta relación de poder está orientada generalmente a la obtención de beneficios económicos o de cualquier otro tipo para los involucrados. En el caso de la corrupción publica, el funcionario competente recibe el dinero o acepta la propuesta del tercero para realizar, omitir o retardar algo relativo a sus funciones. La conducta que el funcionario se compromete a adoptar o no puede ser antinormativa o bien ajustarse a los procedimientos, reglas o protocolos existentes. Cuanto más significativa sea la burocratización, la falta de control, la renovación de las autoridades públicas, la ausencia de mecanismos de denuncia, entre otros factores, mayor será el grado de corrupción.

No debe extrañarnos que los sistemas democráticos ofrezcan una mejor perspectiva desde la prevención y la lucha contra la corrupción. En cambio, en los países donde impera un sistema dictatorial, autartico o de concentración de funciones, las practicas corruptivas tienen un mayor campo de acción, ya que la ausencia de controles internos, la falta de movilidad laboral y la imposibilidad de elegir a las autoridades públicas favorecen en igual medida el crecimiento exponencial de los funcionarios y empleados corruptos.

El nivel de bienestar económico, cultural y social de la comunidad también influye de modo decisivo en la promoción de las prácticas corruptas. Los países integrantes del llamado “bloque oriental” europeo, que estuvo gobernado durante décadas por gobiernos comunistas, integran el elenco de países donde se verifica el mayor grado de corrupción. La ausencia e control sobre las autoridades gubernamentales, la libre competencia, la existencia de textos inadecuados, entre otros factores, han determinado que tales países presenten una mala imagen internacional en lo que respecta a la lucha contra la corrupción.

Como ha pasado en nuestro país con los procesos de privatización o estatización de bienes y servicios, en muchos países e Europa oriental se han presentado casos de corrupción de altos funcionarios involucrados en los procesos de privatización de empresas públicas. El control de los niveles de corrupción ha avanzado gracias a la implementación de un sistema democrático, la existencia de una libertad de mercado y un Estado de Derecho.

7.3.2.- Definición de cohecho. –

La palabra cohecho, viene de la voz castellana "conhecho" como referencia a una acción simultánea o ejecutada entre dos personas y para unos terceros, de la voz latina "confecto" que quiere decir preparado, arreglado. (Armijo, G., Almeida, O., Gamboa, J. y Zambrano, M, 2019, p.47-56.).

Los autores nos dan a entender que Cohecho es el beneficio económico entre el retribuyente a cambio de un beneficio cualquiera que sea para el oferente como para un tercero.

Según (Cabanellas, 1993), el cohecho se define como el soborno, seducción o corrupción de un juez o funcionario público para que haga lo pedido, aunque no sea contra justicia. También, en el área del Derecho, el cohecho se conoce como “soborno”, considerado un delito que perjudica a la administración pública y se configura cuando el funcionario público solicita, acepta, ofrecimientos para realizar determinada acción en ejercicio de su cargo.

Conforme lo manifestado por Cabanellas, este caso el funcionario público estaría vendiendo su conciencia su ética profesional, falleciendo sus valores morales y faltando a la confianza brindada por el soberano.

Sotomayor (2018) cita a Francisco Pérez Borja quien señala que la ley sanciona la infracción llamada corrupción de funcionarios públicos, tanto el hecho del que corrompe con el soborno, como el funcionario que se deja corromper, la sanción recae a todas aquellas personas que de una forma directa o indirecta intervienen en el acto delictivo.

A lo que manifiesta el autor en nuestra legislación existe la sanción para el retribuyente y oferente, pero luego del procedimiento correspondiente no se sanciona al oferente, pese a que existe punibilidad para los dos.

Por otra parte, el Dr. Bayardo Moreno define al cohecho como un acto delictivo que ataca a la rectitud y recto proceder que debe mantener el funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones o cumplimiento de los deberes. Se presentan dos tipos de cohechos: cohecho pasivo y cohecho activo (Sotomayor, 2018).

Conforme a lo manifestado por el Dr. Bayardo Moreno se refiere al proceder inadecuado del servidos publico quien está en la obligación de cumplir con los deberes establecidos en el art. 22 literal h de la ley orgánica de servicio público que claramente menciona que se debe actuar con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión. (Ley Orgánica del Servicio Publico, 2019)

El delito de cohecho, más conocido como “soborno” (“coima” en el lenguaje vulgar argentino), tal y como está tipificado en nuestra legislación penal, consiste en ofrecer y recibir dinero, bienes, regalos o promesas de beneficio económico para que un funcionario público haga, demore o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

El ofrecimiento y recepción puede ser directo o indirecto, a través de terceros y la promesa de beneficio, también puede ser directa o indirecta.

El cohecho o soborno, como tal, contempla dos delitos distintos y complementarios, según la perspectiva del acto ilícito, ya que ambas acciones implicadas en el mismo hecho, la de dar y recibir, están igualmente penadas.

Así, quien ofrece el beneficio indebido y soborna al funcionario público, incurre en cohecho activo, mientras que el funcionario público que lo recibe o simplemente acepta incurre en cohecho pasivo. (Alguacil y autores 2019).

7.3.3.- Clasificación del cohecho. -

De acuerdo a varias corrientes doctrinarias, el cohecho se puede clasificar de varias formas, siendo las siguientes las más importantes:

7.3.3.1.- Activo y pasivo. –

Esta es probablemente la individualización más utilizada por los autores, el cohecho activo es la conducta de la persona particular por la cual intenta corromper al servidor público, mientras que el cohecho pasivo es aquel en el que incurre el funcionario público al dejarse corromper. En nuestra

legislación de forma tácita se hace esta diferenciación pues se castiga tanto la conducta pasiva del funcionario como la conducta activa del particular. (Salgado, 2016, p. 30)

Al referirnos a cohecho activo y pasivo se identifica a la persona que ofrece como activo y así mismo al servidor público que recibe ose compromete a realizar el acto ilícito vendría a ser el pasivo.

7.3.3.2.- Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente. –

Esta diferenciación hace referencia al momento en el que se materializa la infracción pues el cohecho antecedente alude al mero ofrecimiento, solicitación o aceptación del beneficio, por el cual en un futuro se realizará o dejará de realizar un acto, mientras que el cohecho subsiguiente se refiere al momento siguiente en el que efectivamente se realizó la ejecución del acto controvertido por el funcionario público, y en el cual se realiza la aceptación del beneficio económico.

No existe mayor discusión sobre esta clasificación pues no en todos los países se realiza esta diferenciación, en nuestra legislación, por ejemplo, no existe ninguna especificación al respecto, ni en la tipificación del delito, ni al momento de establecer la sanción. (Salgado, 2016, p. 30)

El autor identifica como cohecho antecedente al ofrecimiento y aceptación del mismo, convirtiéndose en subsiguiente al momento que se efectiviza o se realiza al acto de ejecución del ilícito.

7.4.- Sujetos.

De manera necesaria debe intervenir un funcionario público, pero la participación de este puede reflejarse de diversas formas.

- Quien es el que solicita a recibe el beneficio. Este funcionario debe tener facultades para llevar a cabo o abstenerse de hacerlo, ese acto propio de su cargo, o relativo a sus funciones, por el cual se le corrompe. (Villada, 1999).
- El funcionario que, si bien no tiene la competencia para realizar el acto en cuestión, tiene la facultad de utilizar su influencia sobre funcionarios de menor jerarquía, con el fin de que este haga o deje de hacer algo propio de su cargo. Como resultado de este escenario, nos encontramos con un tercer tipo de funcionario público, aquel que se deja influenciar por el primer sujeto.

El segundo sujeto que debe intervenir necesariamente es la persona particular que se favorece por el acto corrupto del funcionario. (Salgado, 2016, p. 30).

El autor de manera clara y precisa trasmite que siempre en este tipo de delito participara un servidor público en cual puede ser de manera directa o a través de una tercera persona.

7.5.- Sanción del cohecho. –

Si, partimos de la contextualización, del sistema penal podríamos decir que si bien es cierto el objeto de tutela penal implica un proceso sobre los bienes jurídicos, tanto así que la pena es el elemento definidor del derecho penal.

Este elemento definidor por excelencia, lo que busca, de acuerdo a la mentalidad social, es privar de la libertad a los individuos que han transgredido bienes jurídicos protegidos, en virtud de que el encarcelamiento aparece como respuesta penal por excelencia.

Esto en vista, de que el derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas, ya que, por un lado, protege derechos y, por otro lado, los restringe. Desde la perspectiva de la restricción de derechos, cuando la persona se encuentra en conflicto con la ley penal, y se verifica la comisión del acto ilícito, se justifica la aplicación de una sanción.

Siempre y cuando, el derecho penal determine los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad, concepto que se basa en la determinación de la finalidad de la pena, desde una concepción de carácter general, en la cual se manifiesta que la pena, no debe ser excesiva, ni demasiado endeble, ya que, si lo es, no surte los efectos de la misma.

En el Marco Legal del Cohecho de Ecuador se identifica el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). En particular en el Artículo 280 del COIP, se hace referencia a la definición del término Cohecho.

En cuanto al Código Orgánico Integral Penal en su Art. 280 dice.- "*Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

el código orgánico integral penal en relación al cohecho claramente sanciona con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años a los servidores públicos de las instituciones del estado que acepten un beneficio económico indebido de manera directa o indirecta; así mismo sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 7 años si el servidor público ejecuta el acto por sí mismo.

7.6.- El bien jurídico protegido. –

El bien jurídico cumple, en el Derecho Penal, y más en el Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, funciones fundamentales. Por ello, es importante, para que pueda cumplirlas, delimitar el concepto de bien jurídico y definirlo de la forma más precisa posible. Por el carácter supraindividual que tiene el bien jurídico protegido en este delito es necesario hacer especial referencia a la problemática específica de esta clase de bienes jurídicos.

Además de la protección exclusiva de bienes jurídicos, hay otros principios politicocriminales que sirven de limite al ***ius puniendi*** del Estado, y que es preciso así mismo estudiar para tener una visión general a la hora de enfrentarse al estudio de un delito concreto desde un punto de vista material y garantistico.

Una vez determinado el concepto general del bien jurídico y el bien jurídico específicamente protegido en el delito de cohecho, este servirá como una guía interpretativa de los diferentes tipos

que componen delito, así como para restringir en lo posible las conductas típicas solo a aquellas que perturben gravemente dicho bien.

Siguiendo las reflexiones de Luzón Peña, se puede afirmar que la norma jurídico penal, al igual que las restantes normas jurídicas, cumple o intenta cumplir la función de posibilitar la convivencia humana en sociedad. Su peculiaridad estriba en que funciona intentando proteger las condiciones elementales mínimas para esa convivencia social, en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión, y en que solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a esas condiciones mínimas de la convivencia pacífica en la comunidad. En la medida que consiga el cumplimiento de estas misiones, la norma penal resultara funcional y, en caso de que las perturbe, disfuncional. La norma penal, por tanto, intenta cumplir una función protectora de esas condiciones elementales de la convivencia social. Esta función se denomina función de protección de bienes jurídicos, misión que trata de llevar a cabo tanto la norma jurídico penal como el Derecho Penal en su conjunto. Los bienes jurídicos, sin entrar por ahora a fondo en el tema, serán esos presupuestos o condiciones indispensables de la convivencia social pacífica.

Mas aun, se puede afirmar, como hace Silva, que la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos constituye una garantía fundamental del derecho penal moderno. Se trata, según este autor, de una confluencia de principios garantisticos. Por un lado, la proporcionalidad: la intervención del Derecho Penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas. De ahí deduce Silva que el principio de fragmentariedad (protección fragmentaria de bienes jurídicos) también puede concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, confluirían principios utilitaristas, como el de necesidad y utilidad de la intervención penal (intervención mínima), que implican que el derecho penal no se ocupa de todos los comportamientos antijuridicos que surgen de las relaciones sociales, sino solo de los más intolerables, y que solo conoce y sanciona estos hechos cuando ya han fallado todos los demás medios de control formales e informales.

De las reflexiones anteriores se puede deducir ya la primera función que se puede asignar al bien jurídico, a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: la limitación al ius puniendi del Estado. (Nogales, 1999, p. 37-38).

El bien jurídico se cuenta desde mediados del siglo XIX, concretamente desde BIRNBAUM, entre los conceptos fundamentales del Derecho Penal. Su función se situaba en el terreno de la interpretación y de la ordenación, pero no nace el concepto del bien jurídico con el propósito de fijar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por BIRNBAUM en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres. El bien jurídico no nace como límite *de lege ferenda*, sino como producto del positivismo de *lege lata.* Significo una consecuencia de la crítica formulada por la escuela histórica y el positivismo jurídico al derecho natural en que se basaba la ideología de la ilustración y su concepción del delito como lesión de un Derecho subjetivo. Con dicha critica se perdió la intención limitadora del Derecho penal de la ilustración que exigía como presupuesto del ejercicio del ius puniendi la “dañosidad social” del delito.

Las posteriores posturas doctrinales sobre el bien jurídico tampoco van a servir para limitar la acción del legislador. Así la concepción de BINDING ni siquiera pretendía atribuir al bien jurídico tal función: para BINDING, el bien jurídico es “creado por el Derecho” que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección. Se trata, por tanto, de un concepto formal del bien jurídico. (Nogales 1999, p. 43).

Existe consenso en la doctrina acerca de que la idea de identificar al bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración Pública con el "correcto y normal funcionamiento de dicha administración", es decir, sintetizar esa tutela en un concepto unitario, aparece como metodológicamente incorrecto. En particular, ello se evidencia en la vaguedad consciente del uso de un término tan genérico y desprovisto de todo contenido material. En la doctrina española, por caso, se ha señalado que los ataques contra la Administración de Justicia y la Administración pública adolecen de cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido.

En lugar de partir de una idea abstracta de objeto de tutela se propone, en cambio, aplicar un método inductivo que permita determinar con mayor claridad y precisión cual o cuales son los aspectos más relevantes de protección en función de cada una de las normas que integran el complexo de estos delitos contra la función pública.

Lo importante en este tópico es señalar que el Derecho Penal moderno ha invertido el sentido limitativo asignado al concepto del bien jurídico: en su caso, se propone ampliar la matriz punitiva merced a la introducción de nuestros artefactos teóricos que importan lisa y llanamente un aumento de la criminalización de conductas en un estado previo al efectivo menoscabo del bien jurídico (delito de resultado o delito de peligro concreto). En este punto, los delitos de funcionario público integran el elenco de infracciones penales que recurren al expediente de regular de manera más frecuente comportamientos riesgosos o peligrosos en sí, de manera que la ratio essendi de su punición desvincula sin mayores inconvenientes del principio de lesividad para dar paso al triunfante delito de sospecha. (Aboso 2018, p. 23-24).

Sobre este punto, la doctrina ha discutido si existe un único bien jurídico protegido, tanto por el cohecho del funcionario, como por el del particular, o si ambas clases de cohecho buscan cautelar bienes jurídicos diferentes. Para el jurista español Casas Barquero: "en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo, mientras que, el particular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado." (Casas Barquero, en Oliver, 2004).

Pese a que la mayoría de autores consultados sostienen que el bien jurídico protegido es único, tanto en el cohecho del funcionario, como en el del particular, no existe un análisis uniforme de cuál es ese bien jurídico. Las diferentes posturas se pueden resumir en los siguientes postulados:

1.- La confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la administración.

2.- El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública

3.- Ciertos deberes del cargo del funcionario público (lealtad, integridad, probidad, honestidad, fidelidad, etc.)

Todas estas aproximaciones se pueden resumir en el correcto ejercicio de la administración pública, en el sentido de que para que una prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida ningún tipo de retribución por ella, fuera de los estipulados en la ley.

7.6.1.- La función pública como bien jurídico protegido. -

Partiendo de las criticas antes expuestas Octavio de Toledo, llega a la conclusión de que estos delitos se caracterizan por ser conductas realizadas por los que participan en el ejercicio de funciones públicas, precisamente cuando se encuentran en tal ejercicio. Ello le lleva a entender, como bien jurídico protegido en estos delitos, la función pública. Ahora bien, interpretar que el bien jurídico función pública es el bien jurídico protegido en estos delitos puede inducir a entender que lo que se protege es la propia Administración, esto es, su prestigio y su decoro. Así, como pone de manifiesto el propio Octavio de Toledo, gran parte de la doctrina italiana, al interpretar los <*delitti de pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*> opta por centrar el objeto de protección en la administración pública globalmente considerada, lo que trae como consecuencia la consideración del prestigio y el decoro de la Administración como bien jurídico protegido en estos delitos. (Octavio de Toledo, la prevaricación, 1980, 2013 ss, El delito de Cohecho, Inez Olaizola Nogales 1999).

Así lo pone de manifiesto Manzini, cuando afirma que <objeto genérico de tutela es el prestigio de la Administración Pública en sentido amplio, por lo que se atiende a la probidad, el desinterés, la capacidad, la competencia, la fidelidad, la seguridad, la libertad, el decoro funcionarial y al respeto debido a la voluntad del Estado en relación a determinados actos o relaciones de la misma Administración Pública>. (Manzini, Trattato V, 1950, 1 ss, El delito de Cohecho, Inez Olaizola Nogales 1999).

Ante ello creemos necesario manifestar que en el delito de cohecho el bien jurídico protegido es la administración pública, es decir la confianza legitima que tienen los ciudadanos hacia el estado, quien a través de las servidoras y servidores públicos deben manejar con probidad, rectitud, integridad y imparcialidad los bienes del estado promoviendo el bien común.

7.7.- Principio de legalidad. -

El principio de legalidad se encuentra regulado por los artículos 75.3 de la Constitución de la República y 5.1 del Código Orgánico Integral Penal que justamente hace relación a que no existe infracción penal, pena ni proceso penal sin que exista una ley vigente, misma que ha sido dictada por el legislador y publicada en el Registro Oficial con anterioridad a un hecho o acto humano. Es preciso manifestar que la teoría del delito, es parte esencial del Derecho Penal, por lo que es necesario que el legislador previo a elaborar una ley de carácter penal, haga un estudio de la teoría antes indicada, a fin de que tenga un sustento jurídico en el momento de crear la ley en la cual se tipifica y se sanciona un acto humano; dicha norma de carácter penal debe tener uno o más verbos rectores, identificar al sujeto activo y pasivo del delito, determinar de manera precisa cual es el bien jurídico protegido, así como también, previo a un análisis del principio de proporcionalidad, establecer la pena, indicando de manera expresa la mínima y la máxima, cuando se refiere a la pena privativa de la libertad individual; entonces, el juzgador, al momento de aplicar en un caso concreto, tiene la facultad de aplicar el principio de proporcionalidad, cumpliendo exactamente lo que dispone la Constitución de la República y la ley, es decir que en base al principio de legalidad, regulará la pena. El artículo 76.6 de la Carta Magna ordena:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Por lo expuesto, una vez creada la norma penal que tipifica y sanciona un acto humano, le corresponde al juzgador aplicarla e interpretarla en cada caso sub judice, puesto a su jurisdicción y competencia; y al momento de resolver e imponer la pena al procesado, tiene la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad, cumpliendo exactamente lo dispuesto por la norma constitucional antes referida.

El Código Orgánico Integral Penal en su Art. 5 dice- Principios Procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Artículo 75.- Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

(….)

No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales.

Según el principio de legalidad en el derecho penal:

- No puede aplicarse una pena que no esté prevista por la ley.
- Todos los delitos deben tener señalada su pena específica.
- No puede imponerse una pena sin juicio previo.

De aquí se derivan las diversas garantías del sistema judicial en el aspecto penal. Es decir, creemos pertinente expresar que no se puede sancionar a una servidora o servidor público y al oferente si la pena no se encuentra prevista en la ley en el momento del cometimiento del ilícito.

7.8.- Teoría de mínima intervención penal. -

"...La mínima intervención significa que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho..." Elbert, Manual Básico de Criminología, 111.

Debemos entender que la mínima intervención penal implica un derecho penal fragmentario y subsidiario, es decir, que sólo se debe recurrir como el último recurso, cuando otros mecanismos no penales como el civil, extrajudicial, mediación, arbitraje y administrativo, no han resuelto el problema. Por lo tanto, se legitima el derecho penal con la tipificación de delitos necesarios para una sociedad justa e igualitaria que busca un juicio con garantías, y no la creación desmedida de tipos penales para una sociedad represiva y desproporcional que busca crear enemigos con penas y juicios sin un debido proceso, por lo que se puede afirmar que el garantismo penal estaría ligado a la mínima intervención penal.

Cuando decimos mínima intervención penal sin duda estamos buscando como objetivo que no toda conducta humana sea reprimida con una sanción de cárcel. "...El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima..." Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Octava Edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pag. 72**);** es decir la mínima intervención no es más que una limitante al sistema judicial que evita que toda conducta que provoque un daño debe ser sancionada con una pena, tal es así que el actual Código Orgánico Integral Penal en el Art. 3 define así: "...La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales..."

Al definirse a la mínima intervención penal como estrictamente necesaria, sin duda estamos optimizando un derecho penal "...de ultima ratio; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea muy importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquella las aplicables..." Ramiro J. García Falconí, Código Orgánico Integral Penal comentado Tomo I Arts. 1 al 78 (Perú: Ara Editores, 2014), 47**.**

La mínima intervención penal implica que al derecho penal no le corresponde crear tipos penales por toda acción u omisión que afecte un bien jurídico, por el contrario "...si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales..." Muñoz Conde y García, Derecho Penal, 78.

Parecería ser entonces, que la descripción de mínima intervención penal conceptualizada en el Art. 3 del Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a la actuación penal a la estrictamente necesaria, se refiere a la conducta penalmente relevante que según el Art. 22 del cuerpo legal antes descrito dice que serían "...las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables**...",** nuevamente una ambigüedad en la norma al no determinarse si las acciones u omisiones son humanas contrariando el principio de exterioridad, pues los actos internos como los pensamientos o las intenciones no podría ser punibles, lo cual se denominan actos internos pues en todo caso "...ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción..."Ferrajoli, Derecho y Razón, 480, esto implica que debe determinarse "...una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso..." Ibíd**,** para que la conducta que se pretende sancionar sea efectivamente relevante para ser castigada con una pena. Aquello implica que "...no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes..." Muñoz Conde y García, Derecho Penal, 79**.**

La Corte Constitucional en la sentencia numero 2706-16-EP/21 de fecha 29 de septiembre del 2021 en el caso 2706-16-EP en relación a la mínima intervención ha sostenido:

"22.- No obstante, la Corte Constitucional considera importante para la vigencia de un Estado Constitucional de derechos y justicia, y de un sistema penal que garantice los derechos humanos de todos los sujetos involucrados, recordar a los operadores de justicia competentes en materias penales que a la hora de resolver acerca de su competencia en razón la materia en una causa puesta a su conocimiento por parte del fiscal, quien cumple un rol importante dentro del proceso penal, por ser el titular de la acción penal9-

, además de analizar la naturaleza de las pretensiones expuestas por las partes procesales (punitiva o patrimonial), de forma insoslayable, deberán tener en consideración al principio de mínima intervención penal.

23.- De forma general, el principio de mínima intervención penal engendra dos consecuencias: (i) la primera, referente al ámbito de acción del Derecho Penal, y (ii) la segunda, concerniente a la proporcionalidad de las medidas punitivas. En lo que respecta al ámbito de acción del Derecho Penal, el principio de mínima intervención establece que las instituciones del sistema penal, solamente podrán activarse luego de verificarse que no existen otras ramas del Derecho y otras vías procesales más o igual de idóneas y eficientes que las del Derecho Penal para tutelar el bien jurídico lesionado. Por su parte, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas punitivas, el principio de mínima intervención penal, manda que todas las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derechos humanos, sean idóneas, necesarias y proporcionales."

Ante lo manifestado por la Corte Constitucional podemos trasmitir que el principio de mínima intervención penal se activa cuando el poder punitivo corrobora o confirma que no existe otro procedimiento establecido en la ley que tutele el bien jurídico protegido.

7.9.- Sanciones del cohecho en la legislación comparada.

7.9.1.- Derecho penal romano. –

En el derecho penal romano existían leyes especiales que reprimían los delitos de corrupción y de cohecho de los funcionarios y magistrados. Debe recordarse acá que en los primeros tiempos el ejercicio de una función pública era una cuestión honorifica que no generaba obligación alguna de remuneración por el estado o la comunidad. Esta saludable practica con el tiempo fue desarticulada en la época de Catón, y más tarde se hizo necesario adoptar distintas medidas para evitar el enriquecimiento de los funcionarios. Por lo general, las leyes romanas establecían la nulidad de las donaciones realizadas a los procuradores o agentes, y se declaraba como sospechosa toda contratación realizada entre los particulares y los funcionarios. A medida que la republica se transformó paulatinamente en imperio, la conquista o incorporación de nuevos territorios y la necesidad de su administración y control volvieron inevitable la designación de funcionarios en representación de la metrópoli. De esta manera, los casos de corrupción y abuso de poderse multiplicaron en el tiempo y también la necesidad de represión. Para contrarrestar tal funesta tendencia se promulgaron sucesivas leyes que castigaban la venalidad de los magistrados y funcionarios romanos (*crimen pecuniarum repetundarum)*. También se establecieron acciones para el recupero de los dineros o bienes producto del delito, en especial se puso en el foco de la atención las donaciones o entregas graciables de los particulares a los funcionarios, incluso aquellas que adoptaban el ropaje de un acto jurídico de compraventa. (Gustavo Eduardo Aboso 2018).

7.9.2.- Derecho penal italiano. –

En el derecho penal italiano del siglo XIX, la pena prevista para la comisión del delito de peculado, cohecho, entre otros, era por lo general una pena pecuniaria que podía alcanzar al doble de lo obtenido ilícitamente por el funcionario. Los delitos de funcionario estuvieron durante mucho

tiempo considerados delitos políticos, al menoscabar el deber de fidelidad del servidor público hacia el monarca. (Aboso, 2018, p. 18).

Los autores italianos defienden en su mayoría la naturaleza bilateral del delito de cohecho. Parten de la definición de CARRARA que explicaba el delito de cohecho como la venta, acordada entre un particular y un funcionario público, de un acto perteneciente al ministerio de este, que de ordinario debiera ser gratuito. (Carrara, Programa V, 1961,94)

Entienden la corrupción como un acuerdo necesario entre un funcionario y un particular en virtud del cual el primero acepta del segundo, por un acto relativo al ejercicio de su cargo, una compensación no debida. Desde el punto de vista la acción del que recibe se muestra inseparable de la acción del que da: la una no es concebible sin la otra. (Inés Olaizola Nogales, 1999, pag. 212)

El Código Penal italiano en su Art. 319 sanciona: El funcionario público que por abstenerse o retardar, o por haberse abstenido o haber retardado un acto de su cargo, o por realizar o haber realizado un acto contrario al deber de su cargo, reciba, por si o por un tercero, dinero u otra utilidad, o acepte una promesa, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años. Art. 319 bis CPI: La pena se aumentará si el hecho del Art. 319 tuviera por objeto el ofrecimiento de un empleo publico o un estipendio o una pensión o la estipulación de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario público.

Si los hechos a los que se refieren los Art. 318 y 319 fueran cometidos para favorecer o perjudicar a una persona que fuera parte de un proceso penal, civil o administrativo, se aplicara la pena de prisión de tres a ocho años. Si del hecho se derivara una condena injusta que no superara los cinco años de prisión, la pena será de prisión de cuatro a doce años; si se deriva de una condena injusta superior a los cinco años de prisión, la pena será de prisión de seis a veinte años.

7.9.3.- Marco jurídico europeo. –

En el marco Jurídico europeo, el art. 29 del Tratado de la Unión Europea prevé la prevención y la lucha contra la corrupción, organizada o no, como uno d ellos objetivos para lograr la creación y salvaguarda de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia mediante una mayor cooperación judicial, policial, aduanera, y la aproximación, cuando proceda, de las normas penales.

A su vez, debe mencionarse el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997; la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, adoptada por la Comisión el 21 de mayo de 1997; el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998; el Convenio para la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

En este último instrumento comunitario se define al “funcionario europeo” como “cualquier persona que sea funcionario o agente contractual con arreglo al Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o al Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas, así como las personas destinadas en comisión de servicio en las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza funciones equivalentes a las ejercidas por los funcionarios y otros agentes de las comunidades Europeas”. Mientras que

el "funcionario nacional" es el "funcionario o persona al servicio de la Administración, con arreglo a la definición que figure en el derecho nacional del Estado miembro en el que dicha persona tenga esa calidad, respecto de la aplicación del Derecho penal del Estado miembro de que se trate".

A ello se agrega el Convenio Penal sobre la corrupción adoptado por el consejo de Europa, en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y la Estrategia del milenio sobre la prevención y el control de la delincuencia organizada de marzo de 2000. También se agregan el Convenio de la UE relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Convenio PIF) y su primer Protocolo, que entraron en vigor el 17 de octubre de 2002, y el segundo Protocolo de Convenio PIF. En el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales, la directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo de Europa sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y su enmienda de 2001, incluye de manera expresa a la corrupción.

En Alemania, por caso, la Ley de Lucha contra la Corrupción del 13 de agosto de 1997 (Gesetz zur Bekampfung der Korruption) amplio considerablemente los tipos penales que reprimen las exacciones ilegales y el cohecho (ss 331-334), al relajar las exigencias normativas del acuerdo espurio en relación con el acto funcional determinado, pasando ahora a satisfacerse con uno indeterminado; la intervención de un tercero en la aceptación o exigencia del acuerdo ilícito, y también al regular el método ejemplo-regla para incrementar la pena aplicable en casos especialmente graves. Posteriormente, los ss 332 y 334 del StGB alemán fueron modificados para abarcar a los funcionarios públicos que ejercen funciones en el ámbito comunitario.

En Suiza por ejemplo, la ley federal del 22 de diciembre de 1999 incorporo al Código Penal diversas disposiciones sobre el delito de corrupción (Bestechungdelikte) que atentan contra la imparcialidad y objetividad en la actuación pública. (Gustavo Eduardo Aboso 2018).

7.9.4.- Derecho penal peruano. –

En la Republica del Perú, el Código Penal de 1991 introdujo profundas modificaciones en los delitos contra la Administración Pública, incluso en los últimos tiempos se ha acrecentado la discusión sobre la necesidad de una nueva reforma de estos delitos, en especial, sobre la imprescriptibilidad de los delitos de funcionario público o la inclusión de modalidades omisivas en delitos que hasta ahora no la preveían. En especial, el actual art. 80 in fine del Código Penal de ese país establece el doble de tiempo del plazo de prescripción para los delitos de funcionario contra el patrimonio del estado. (Aboso, 2018).

El Código Penal peruano en su Art. 393 dice: "Cohecho pasivo propio.- "*El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación*

conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

7.9.5.- Derecho penal argentino. –

En argentina la ley 25.188, denominada "Ley de Ética Publica" introdujo importantes modificaciones en algunos de los delitos de funcionario público, en especial, en los arts. 256, 257, 258, 265, 266 y 268, incorporándose nuevas figuras delictivas, como las de los arts. 256 bis y 258 bis. El Proyecto de Código Penal finalmente aprobado en 1921 preveía la pena de multa como sanción para los delitos de cohecho activo y pasivo, pero la Comisión la remplazo por la de prisión en razón de "la importancia de esos delitos y la inmortalidad y peligro que ellos importan", a la vez que troco el término "regalos" por el de "dadiva", que "es más comprensivo y fija mejor el concepto". Por lo demás, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, las exacciones ilegales fueron modificados en cuanto a su penalidad, ya que todas ellas preveían en su versión original la pena de multa, fijándose por último la de prisión. (Aboso, 2018, p.21).

7.9.6.- Naciones unidas. –

En materia de transparencia en el ejercicio de la función judicial, Naciones Unidas, a través de la Comisión en Drogas y Crimen, ha elaborado los principios rectores que deben guiar la conducta judicial (Declaratoria de Bangalore). La imparcialidad, la independencia, la honestidad y la transparencia son algunos de los vectores éticos que deben guiar la acción judicial, junto con otras cuestiones accesorias relativas a la implementación de un buen servicio de justicia.

Sin embargo, esa confrontación no siempre ha sido estimada como necesaria y eficaz: en especial, en la década de los 60 se proponía directamente descriminalizar el delito de cohecho y en su lugar, aplicar el derecho administrativo sancionador en razón de las escasas condenas dictadas contra funcionarios públicos por la comisión comprobada de ese delito. Luego de transcurridos cincuenta años la situación judicial permanece inalterada, ya que los procesos penales seguidos contra funcionarios públicos por la comisión de delitos de cohecho prescriben en su gran mayoría (especialmente en Argentina), o bien es abrumadoramente mayor la cantidad de sobreseimientos o absoluciones en relación con la imposición de condenas efectivas. (Aboso, 2018, p.21-22).

7.9.7.- Aplicación de Entrevistas.

Previo a ello creemos importante trasmitir porque fracasan los países hoy en día, corría el mes de enero del año 2000 en Harare, Zimbabue. El maestro de ceremonias Fallot Chawawa tenía que elegir el billete que ganaría la lotería nacional organizada por un banco, en parte, propiedad del Estado, el Zimbabwe Banking Corporation (Zimbank). La lotería estaba abierta a todos los clientes que habían mantenido cinco mil o más dólares de Zimbabue en sus cuentas durante diciembre de 1999. Cuando Chawawa saco el billete, se quedó estupefacto.

Tal y como señalo la declaración pública de Zimbank: El maestro de ceremonias Fallot Chawawa no podía creer lo que veían sus ojos cuando le pasaron el billete para el premio de cien mil dólares de Zimbabue y vio que estaba escrito "su excelencia R. M. Mugabe. El presidente Robert Mugabe, que había dirigido Zimbabue por las buenas y por las malas, y, normalmente, con mano de hierro, desde 1980, había ganado la lotería, cien dólares de Zimbabue, unas cinco veces la renta per cápita anual del país. Zimbank afirmo que el nombre del señor Mugabe había sido extraído de entre miles

de clientes elegibles. ¡Qué suerte tiene este hombre ¡Huelga decir que realmente no necesitaba el dinero!

De hecho, Mugabe hacia poco que se había concedido a el mismo y a su gabinete aumentos de sueldo de hasta el 200 por ciento. El billete de lotería era solamente una indicación más de las instituciones extractivas de Zimbabue. Se podría llamar corrupción, pero es únicamente un sin toma del malestar institucional de Zimbabue. El hecho de que Mugabe incluso pudiera ganar la lotería si quería mostro cuanto control tenía sobre los asuntos de Zimbabue, y dejó entrever al mundo hasta qué punto eran extractivas las instituciones del país. La razón más común por la que fracasan los países hoy en día es porque tienen instituciones extractivas. Zimbabue, bajo el régimen de Mugabe; ilustra claramente las consecuencias sociales y económicas. Aunque las estadísticas nacionales de Zimbabue sean muy poco fiables, la mejor estimación es que, en 2008, la renta per cápita de Zimbabue era de alrededor de la mitad de cuando el país logro su independencia en 1980. Por dramático que parezca, de hecho, ni siquiera capta en absoluto el deterioro del nivel de vida del país. El estado se ha colapsado y prácticamente ha dejado de proporcionar servicios públicos básicos. En 2008 y 2009, el deterioro del sistema sanitario condujo a un brote de colera en el país.

El 10 de enero del 2010, había 98.741 casos notificados y 4.293 muertes. Fue el brote de colera más mortífero de África durante los últimos 15 años. Entretanto el desempleo en masa también había alcanzado unos niveles sin precedentes. A principios de 2009, la Oficina de las Naciones Unidas de Coordinación de Asuntos Humanitarios afirmo que la tasa de desempleo era de un increíble 94 por ciento. Los países fracasan hoy en día porque sus instituciones económicas extractivas no crean los incentivos necesarios para que la gente ahorre, invierta e innove. Las instituciones políticas extractivas, apoyan a estas instituciones económicas para consolidar el poder de quienes se benefician de la extracción.

Las instituciones políticas y económicas extractivas, aunque varíen en detalles bajo distintas circunstancias, siempre están en el origen de este fracaso. En muchos casos, por ejemplo, como veremos en Argentina, Colombia y Egipto, este fracaso adopta la forma de falta de actividad económica suficiente, porque los políticos están encantados de extraer recursos o de aplastar cualquier tipo de actividad económica independiente que los amenace a ellos y a las elites económicas. En algunos casos extremos, como Zimbabue y Sierra Leona, que comentaremos más adelante, las instituciones extractivas allanan el camino para el fracaso total del Estado, y destruyen no solamente la ley y el orden, sino también los incentivos económicos más básicos. El resultado es el estancamiento económico y, como ilustra la historia reciente de Angola, Camerún, Chad, la República Democrática del Congo, Haití, Liberia, Nepal, Sierra Leona, Sudan y Zimbabue, guerras civiles, desplazamientos en masa, hambrunas y epidemias, que hacen que muchos de estos países sean más pobres hoy en día de lo que lo eran los sesenta. (Daron Acemoğlu y James Robinson, 2021, p. 431, 432 y 433)

Las recientes reformas en los países en desarrollo, por otro lado, han dejado al descubierto que la corrupción puede ser una respuesta al conflicto que se produce cuando formas de organización y de sistemas normativos tradicionales se enfrentan a un orden económico moderno. Frecuentemente, se producen brechas sustanciales entre los requerimientos impuestos por la dinámica del mercado y la capacidad de intervención pública, entre los recursos de la administración pública y la dinámica social. Rubio (1999) plantea que pareciera existir un dilema de política entre la modernización y desarrollo reciente de las economías de América Latina y la adopción de sistemas de administración pública basados en desarrollos culturales muy distintos a los de la región (extranjerizantes). No obstante, éste es un falso dilema, pues, objetivamente, los sistemas de administración pública empleados en los países desarrollados han sido ampliamente

superiores a los empleados en los países en desarrollo. Así, independientemente del tipo de organización que se dé el Estado, la mejor calidad de dicha administración incide positivamente en el control de la corrupción y reduce sus efectos adversos sobre el bienestar social.

Una muestra tradicional de la mala calidad de administración es la capacidad de las empresas de obtener beneficios por lobby o influencia en la regulación. Kaufmann y Wei (1999) usan información recogida a partir de encuestas sobre el costo en tiempo en que incurren las empresas haciendo lobby y negociando con funcionarios públicos. Ellos no sólo encuentran una correlación alta y positiva entre el grado de corrupción y el tiempo dedicado al lobby, sino además que la corrupción depende de cuánto las regulaciones afectan la competitividad del mercado y de en qué medida las regulaciones son imprecisas o mal aplicadas.

En muchos países, las reformas económicas, además, han significado un gran costo social en la forma de menores salarios reales, menores recursos para la gestión pública y fiscalización. A la vez, se han abierto nuevos desafíos en las áreas de provisión de bienes públicos y regulación que han significado sustanciales poderes para el reformador. En este contexto, los incentivos a la corrupción han aumentado enormemente. Pero la capacidad del Estado para controlar el problema de la gestión no se ha desarrollado a la par: el sistema de incentivos para los funcionarios públicos continúa siendo débil de modo tal que los buenos empleados no son recompensados y los malos no son castigados, los mecanismos de información y evaluación son caros y se usan de manera aislada, y el desarrollo de instituciones que permitan verificar el uso del poder político y sirvan de balance a su accionar se ha retrasado notablemente. Más aún, algunos gobiernos enfrentan pocas restricciones para financiar su ineficiencia debido a la presencia de transferencias hechas por la ayuda externa, lo que a su vez incentiva la corrupción, y podemos pensar que estos recursos económicos destinados a un fin; se desvían hacia el poder político de turno. Existe, por tanto, una brecha entre el poder social efectivo y el acceso formal a la influencia política. Ello permite que se mantenga la brecha entre la impunidad real y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Evidentemente, resulta difícil evaluar el grado de participación de la sociedad en el sistema político pues éste depende de complejos mecanismos institucionales, políticos y constitucionales vigentes en cada país. En principio, ciertas manifestaciones corruptas podrían explicarse por la escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad amplia fundada en el bienestar común. La literatura económica tiende a asociar regímenes democráticos con mayores niveles de participación ciudadana. En este contexto, en sociedades no democráticas los burócratas están menos restringidos en su capacidad de usar recursos públicos en beneficio propio o de grupos de interés y para perpetuarse en sus cargos mediante lobby. En tal caso, los incentivos a la corrupción son más altos que en sociedades más democráticas, donde las instancias de verificación por parte de los ciudadanos son mayores, la prensa es libre y donde la alternancia en el poder permite que se destruyan más fácilmente círculos de corrupción enquistados en la maquinaria estatal.

No hay evidencia empírica sólida que respalde estas opiniones. Treisman (2000) encuentra que los países que han tenido democracias duraderas (50 años) presentan claramente menores niveles de corrupción. Sin embargo, el efecto es cuantitativamente pequeño y, algo sorprendentemente, no encuentra efecto alguno de la inestabilidad política sobre la corrupción.

Probablemente, una de las dimensiones menos exploradas en la literatura de corrupción es el papel que puede tener la libertad de prensa en reducir los niveles de corrupción. Brunetti y Weder (1998) proveen evidencia econométrica de que hay una correlación negativa entre índices de libertad de prensa y varios indicadores de corrupción. Los índices de libertad de prensa incluyen leyes y

regulaciones que influyen en el contenido de la información, influencia política y económica en la prensa, y actos represivos, compilados por Freedom House.

Como en casi todas las aristas del problema de la corrupción, la causalidad no es clara. Por un lado, es posible que la mayor libertad de prensa reduzca la corrupción al permitir revelar e informar sobre actos corruptos, aumentando la probabilidad de un castigo para los culpables. Es posible, por otro lado, que gobiernos donde hay mayor corrupción tiendan a poner mayores restricciones a la libertad de información o que se corrompa directamente a los mismos periodistas. (Soto, 2003 p. 35-40.)

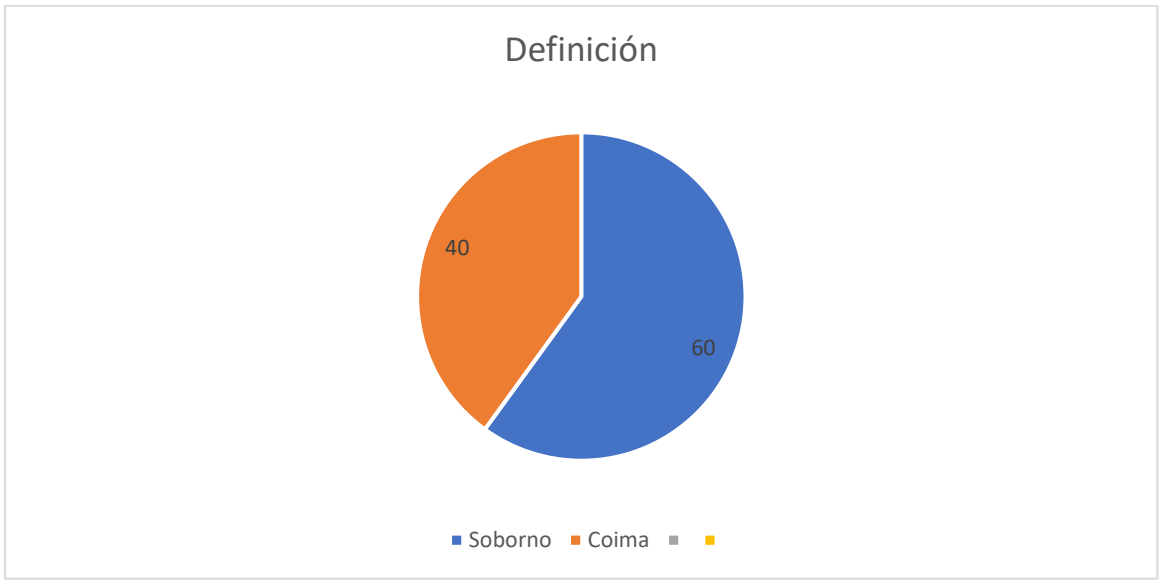
Las nuevas demandas sociales ubican al Estado como garante fundamental de la provisión de bienes y servicios públicos y exigen aumentar su capacidad de gestión y gobernabilidad. En este sentido, la administración pública está vinculada con la estabilidad del sistema, formalizando sus estándares de funcionamiento, relacionándolo con la previsibilidad y racionalidad (Governeo, S/A). Para Cabanellas (1993) la Administración Pública se refiere a la actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías, constituyendo una función típica del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios donde sus actividades regulan el Derecho Administrativo.

Por otra parte, en la actualidad, la corrupción en la Administración Pública constituye un tema de gran preocupación para la sociedad en general. Se puede considerar que la corrupción administrativa es una forma de criminalidad y que ha sido avizorada, hace poco tiempo, pese a que es de vieja data (Aguilar, 2012).

Siendo el Cohecho, una de las formas de corrupción conocidas y presentes en la Administración Pública, Romero (2016), sostiene que existe el interés de que los funcionarios públicos no incurran en corrupción.

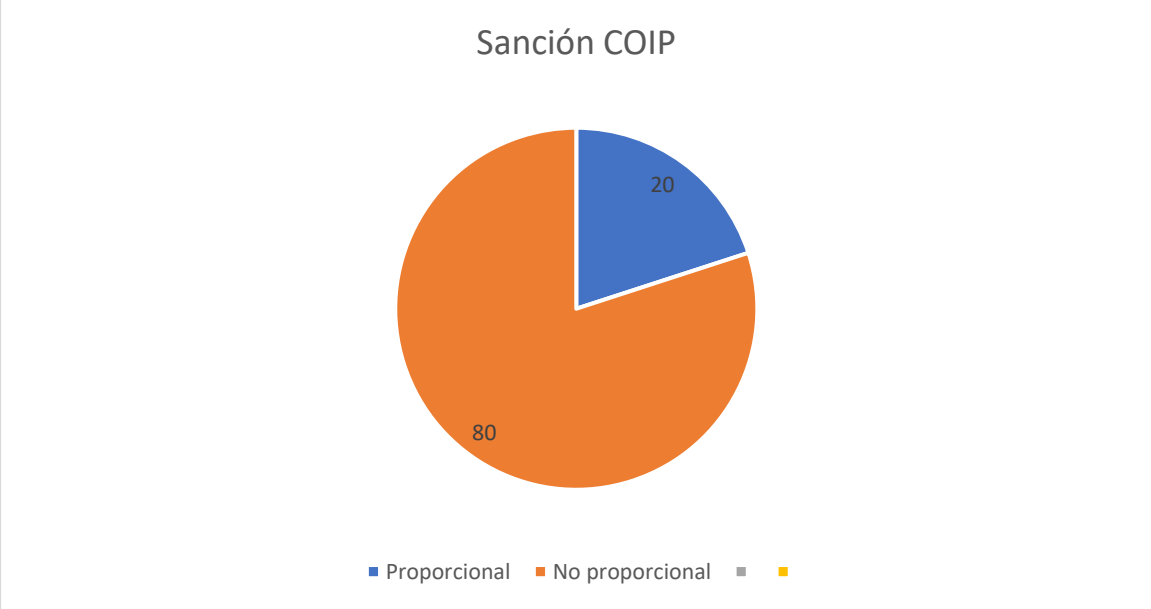
Existen distintos índices que miden la corrupción a nivel mundial, uno de ellos es el Índice de percepción de la corrupción (IPC), avalado por la Organización de Transparencia Internacional, donde un grupo de expertos puntúa un amplio grupo de países, utilizando una escala del 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de muy bajos niveles de corrupción) para obtener la clasificación de éstos, en función de la percepción de corrupción del sector público. Este índice se usa en esta investigación para comparar la incidencia de caso en España y Ecuador. (Armijo, G., Almeida, O., Gamboa, J. y Zambrano, M. (2019). La Incidencia del Cohecho en la Administración Pública. Comparación entre España y Ecuador. Revista Publicando, 6 (20), 47-56.)

Ante ello queda evidenciado que somos un país corrupto y luego de haber aplicado las entrevistas a los profesionales del derecho especialistas en materia penal referente al delito de cohecho en la provincia de Loja y Riobamba se establece que el 60% de los entrevistados manifiestan que el delito de cohecho se refiere al soborno que entrega un particular a la autoridad, servidora pública o servidor público a fin de recibir un beneficio para si mismo o para un tercero; y el 40% se refieren a que es la coima que se entrega a la burocracia existente en las instituciones del estado.

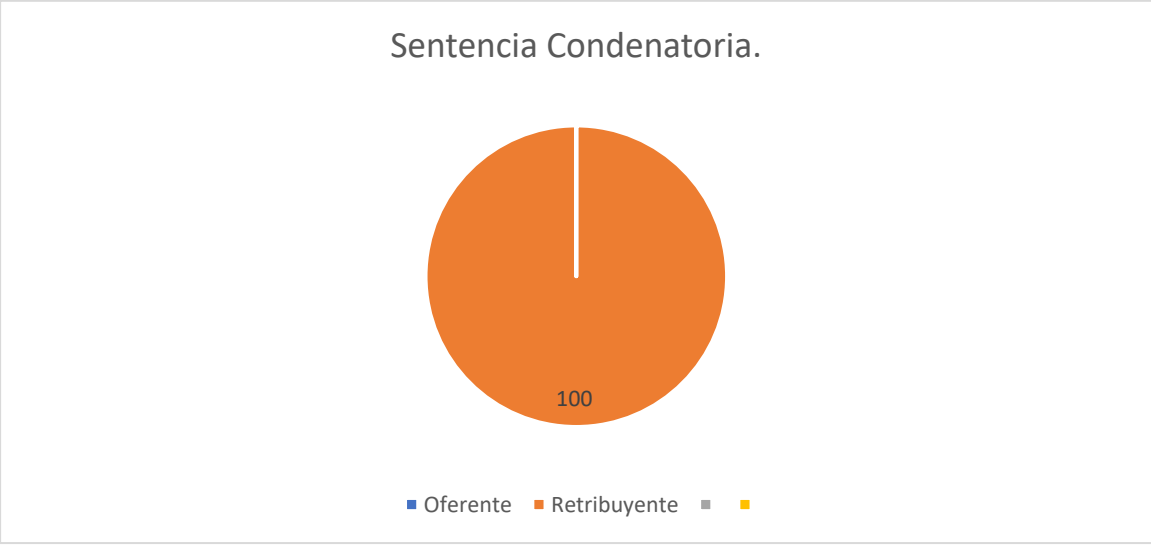


Además, en relación a los sujetos que actúan en el cometimiento del ilícito el 100% de los entrevistados mencionan que actúa un particular o empresario que tiene interés en agilitar, retardar o desea que se le adjudique algún proceso de adquisición de bienes y servicios, y por lo general siempre debe actuar una servidora pública o servidor público que no necesariamente tiene que ser quien recibe la coima, ya que podría recibir una orden o disposición de un superior jerárquico que conlleve al cometimiento del ilícito.

En lo referente a las sanciones planteadas en el delito de cohecho tanto para el oferente y retribuyente el 80% de los entrevistados supieron trasmitir que la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal Art. 280 no es proporcional, ya que se debería tomar en consideración que para el cometimiento del delito contra la eficiencia de la administración publica el empresario o particular que vendría hacer el oferente, quien es el que corrompe al servidor público; debería tener una sanción ejemplarizadora diferente a la tipificada en el COIP para el retribuyente, y la pena es la misma. Y el 20% de los entrevistados expusieron que la pena es proporcional ya que el oferente y retribuyente actúan por igual en el cometimiento del ilícito.



En los procesos penales iniciados, tramitados y sentenciados por el delito de cohecho el 100% de los entrevistados mencionan que en nuestro país llegan a tener sentencia condenatoria la servidora pública o servidor público quedando en la impunidad el oferente, lo cual evidentemente no es proporcional al acto o acción realizada, tomando en consideración que sin el ofrecimiento no habría delito y perjuicio a la sociedad ecuatoriana.



7.10.- Discusión de Resultados. -

Según (Cárdenas et. Al, 2016), en su análisis de la corrupción y la gobernanza en América Latina, señala que la situación en Ecuador, en términos de corrupción, es alarmante. Según el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, la puntuación es baja (32/100) y ubica al país en la cola de los rankings, aunque ganando posición a nivel global (107/167) y regional (18/25). La misma investigación se refiere al Índice de Control de la Corrupción del Banco Mundial (-0,82) el cual confirma que dicho fenómeno está presente en el país, aunque se

observa que presenta niveles significativamente inferiores a otros países de la región, habiendo aumentado ligeramente el control entre 2011 y 2013. En este mismo sentido, el Latinobarómetro revela la opinión de los encuestados sobre la corrupción y más del 38% opinan que se ha progresado algo en el hecho de reducir la corrupción en las instituciones; mientras que el 42% tienen algunas dudas sobre la transparencia del gobierno. Este indicador también muestra la opinión de los ciudadanos para quienes la corrupción es uno de los problemas más importantes del país, aunque en menor medida respecto a otros problemas sociales (Expansión, 2017). Asimismo, la fiscalía general de Ecuador publicó el número de denuncias recibidas por cohecho totalizando 324 entre enero 2011 y junio 2013. (OAS,2014). Por último, para el portal web Expansion.com, la percepción que tienen los ecuatorianos de la corrupción en el sector público del país ha mejorado por haber obtenido 32 puntos en el Índice de percepción de la Corrupción que publica la Organización para la transparencia Internacional. Con esa puntuación Ecuador mejora su situación hasta la posición número 117, de los 180 del ranking de corrupción gubernamental, situación que se observa en los años 2015, 2016 y 2017.

Siendo evidente que somos un país corrupto, ante ello nos permitimos trasmitir los siguientes casos:

- Proceso judicial numero 17721-2019-00013 tramitado en la SALA PENAL, PENAL POLICIAL, PENAL MILITAR Y DE TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, contra el señor Aurelio Agustín Quito Cortes, luego del tramite correspondiente el 04 de diciembre del 2020 se emite la sentencia en los siguientes términos: "*ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, se desechan los recursos de apelación propuestos por la señora doctora Yajaira Anabel Curipallo Álava, Delegada Provincial de Pastaza de la Defensoría del Pueblo; señor Jhon Rafael Álava Martínez; y, señor doctor Pedro José Crespo Crespo, Director General del Consejo de la Judicatura (acusadores particulares) y se confirma en todas sus partes el fallo dictado por el tribunal de instancia en el que se ratifica el estado de inocencia del señor Bolívar Enrique Torres Ortiz; y, se declara la culpabilidad del ciudadano Aurelio Agustín Quito Cortés como autor directo del delito de cohecho contenido en el artículo 280 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de un año de privación de libertad y multa de siete salarios básicos unificados del trabajador en general, así como las otras disposiciones sancionatorias que constan en dicho fallo. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE."*
- Proceso judicial numero 17721-2019-00029G tramitado en la SALA PENAL, PENAL POLICIAL, PENAL MILITAR Y DE TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, y luego del trámite correspondiente el 26 de abril del 2020 se emite la sentencia en los siguientes términos: 1.- Declarar la existencia del delito de cohecho pasivo propio agravado, tipificado en el artículo 285 CP y sancionado en el artículo 287 ejusdem, en relación con el artículo 290 ibídem (ahora artículo 280, incisos primero, tercero y cuarto COIP). 2.- Declarar la culpabilidad de los procesados RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO y JORGE GLAS ESPINEL, en calidades de autores mediatos, por instigación, conforme el artículo 42 CP [ahora 42.2.a) COIP]; de ALEXIS JAVIER MERA GILER, MARÍA DE LOS ÁNGELES DUARTE PESANTES, WALTER HIPÓLITO SOLÍS VALAREZO, ROLDÁN VINICIO ALVARADO ESPINEL, VIVIANA PATRICIA BONILLA SALCEDO, CHRISTIAN HUMBERTO VITERI LÓPEZ y PAMELA MARÍA MARTÍNEZ LOAYZA, en calidades de coautores, de acuerdo al artículo 42 CP (hoy artículo 42.3 COIP); y, de LAURA GUADALUPE TERÁN BETANCOURT, en calidad de cómplice, según el artículo 43 CP (ahora 43 COIP), del

> delito de cohecho pasivo propio agravado, tipificado en el artículo 285 CP y sancionado en el artículo 287 ibídem (ahora artículo 280, incisos primero y tercero COIP); así como de los procesados ALBERTO JOSÉ HIDALGO ZAVALA, VÍCTOR MANUEL FONTANA ZAMORA, EDGAR ROMÁN SALAS LEÓN, RAMIRO LEONARDO GALARZA ANDRADE, BOLÍVAR NAPOLEÓN SÁNCHEZ RIVADENEIRA, PEDRO VICENTE VERDUGA CEVALLOS, WILLIAM WALLACE PHILLIPS COOPER, RAFAEL LEONARDO CÓRDOVA CARVAJAL, TEODORO FERNANDO CALLE ENRÍQUEZ y MATEO CHOI o CHOI KIM DU YEON, en calidades de autores directos del delito de cohecho activo agravado, según el artículo 42 CP (hoy artículo 42.1 COIP), en relación con la cláusula de equiparación prevista en el artículo 290 ibidem (hoy artículo 280, último inciso, COIP."

La corrupción ha estado presente en nuestra sociedad, con diferente intensidad y diversos matices, a lo largo de prácticamente de toda la historia. Y sin embargo, en materia legislativa, los acontecimientos históricos anteriormente señalados han provocado que no haya sido hasta bien entrado el siglo XX cuando se ha puesto el foco en este problema por parte de las políticas nacionales, regionales e internacionales, lo cual queda evidenciado en los efectos negativos y las sanciones impuestas que no cumplen con su razón de ser; ahora los factores que influyen en el riesgo que puede incurrir, o percibir, un empleado público dispuesto a delinquir son múltiples y variados: restricciones legales, controles internos y externos, la posibilidad a ser delatado por compañeros u otras personas parte del proceso.

Uno de los detonantes de los actos corruptos en este sentido, y más concretamente de la elevada tasa de reiteración por parte de los trabajadores que alguna vez cometen este tipo de irregularidades, es precisamente un sentimiento fortalecido de **impunidad**. La decisión de ejercer de forma corrupta en una determinada situación tiene sin duda un gran aspecto probabilístico. Así, el corrupto tiene generalmente la impresión de estar por encima de las leyes, las instituciones, y el resto de elementos de control del estado; piensa, en otras palabras, que su destino económico y penal depende únicamente de él mismo y del resto de personas de su círculo corrupto, a quienes concibe con un poder superior a cualquier organismo público. Este sentimiento de impunidad se da con una mayor frecuencia en aquellos entornos en los que la corrupción está notablemente extendida, pues los controles, sanciones y detenciones en estos casos son menos comunes, y sin embargo el problema es menos habitual en aquellos otros contextos en los que la corrupción es un fenómeno aislado, en los que la percepción de peligro al realizar un acto corrupto aumenta. (Fernández Ríos, L. Psicología de la... Op. Cit. en p. 169)

La sensación de impunidad puede ser alimentada por diversos factores legales, entre los que se encuentra, además de la falta de control efectivo y trabas previas a la corrupción, situaciones como la no restitución de los fondos o bienes extraídos a través de corrupción, la confirmación o no anulación de los efectos jurídicos derivados de los actos inmersos en corrupción, etc. (Malem Seña, JF. 2016, p. 25)

Lo cual del análisis de los casos planteados se evidencia que luego del trámite de ley, los jueces de garantías penales mediante sentencia sancionan al retribuyente; es decir al servidor público, quedando en la impunidad el oferente que vendría a ser el empresario o particular que ofrece la coima o soborno, lo que trae como resultado el aumento de la corrupción, e impactos desastrosos en la economía ecuatoriana, afectando principalmente al bien común e interese general conforme lo que manda la Constitución de la Republica en su Art. 83 numeral 7.

7.10.1. Efectos de la Corrupción. –

Aparte de sus connotaciones éticas y sociales, desde un punto de vista económico cada acto de corrupción provoca un costo social en la medida en que las decisiones sean tomadas por funcionarios públicos de acuerdo a motivos ajenos a los legítimos, sin tomar en cuenta las consecuencias adversas (externalidades negativas estáticas y dinámicas) que ellas tienen sobre la comunidad. Cuando la corrupción es generalizada, ello significa una distorsión grave para el funcionamiento de una sociedad desde un punto de vista político, social y económico tanto en el corto como largo plazo. Los efectos son, evidentemente, demasiado numerosos para describirlos detalladamente y algunos de ellos ya han sido esbozados más arriba. Por ello, hemos agrupados sus impactos de manera general en tres categorías: impacto económico, impacto político, e impacto social.

7.10.2. Impactos Económicos de la Corrupción. –

Los impactos económicos de la corrupción se ramifican en muchas áreas del sistema económico. La primera área que se ve afectada son las decisiones de los productores respecto del esfuerzo productivo y el tipo de objetivos de producción que se persiguen. Adicionalmente, como se describe más abajo, se distorsionan las decisiones de inversión y la producción de largo plazo. Una segunda área afectada es el funcionamiento administrativo del Estado, pues los funcionarios corruptos desarrollan mecanismos de preservación que erosionan la capacidad de gestión pública. Más aún, la corrupción incide en los procesos de toma de decisiones del Estado distorsionando la asignación de recursos.

La corrupción distorsiona los incentivos con los cuales opera la empresa privada reduciendo la eficiencia económica. Cuando se percibe la posibilidad de corromper a un funcionario público, hay un desvío de recursos desde actividades netamente productivas hacia aquellas denominadas de búsqueda de renta, las que no aumentan el bienestar de la sociedad. Así, los negocios más productivos no dependen de la competitividad de las empresas sino de su capacidad de influir en los responsables de tomar las decisiones respecto a la regulación o el destino de los fondos públicos.

El estudio de Kaufmann y Wei (1999), como se dijo, demuestra que hay evidencia de una relación positiva entre el alcance de la corrupción y el tiempo que dedican los empresarios a tratar con los funcionarios públicos. Se encontró que las firmas que realizaban grandes pagos en sobornos gastaban, además, tres veces más tiempo (en horas hombre) que aquellas que pagaban sobornos pequeños. Esto hace, a su vez, que el costo de hacer negocios (costo de capital e inversión) sea sustancialmente más alto, tanto por la exacción en sí misma que significa la corrupción como por el hecho que más recursos deben ser dedicados a actividades no productivas. Más aún, los funcionarios corruptos tienen el incentivo a aumentar la tramitación de los permisos, solicitudes, etc. y con ello el costo de hacer negocios— a la espera de aumentar la probabilidad de conseguir un soborno.

Es frecuente que en economías con alta corrupción se desarrollen y perpetúen estructuras monopólicas u oligopólicas en los mercados. En particular cuando las economías son pequeñas o cerradas al comercio internacional. Esto se debe, a que el corruptor debe recuperar a través de mayores precios los costos asociados a la corrupción y, por otro lado, porque el oficial corrupto reduce su riesgo de detección si negocia siempre con las mismas empresas. Una visión opuesta es la de Leff (1964) que señala que la corrupción podría introducir un elemento de competencia en mercados monopolísticos si es que potenciales entrantes sobornan a los oficiales para entrar al

mercado y capturar parte de la renta monopólica. Debe reconocerse que el argumento es débil porque es más probable que el mismo monopolista use parte de dicha renta para evitar que alguien entre el mercado.

Los problemas de corrupción derivados de rentas monopólicas podrían ser mitigados si se abre la economía al comercio externo y éste actúa como un elemento disciplinador de la competencia y, por esta vía, reductor de las eventuales cuasi-rentas de la corrupción. Ades y Di Tella (1997) usan como indicador de la apertura comercial la razón importaciones sobre el PGB y encuentran que, entre 55 países, aquellos más abiertos tienden a tener menores niveles de corrupción. Un problema evidente de este indicador, sin embargo, es que en los países más grandes el comercio exterior es menos importante por razones de mercado que no están relacionadas con la corrupción. Treisman (2000) documenta este problema y señala que el efecto disciplinador es en cualquier caso menor.

Adicionalmente, la corrupción deteriora el ambiente de negocios en el cual actúa el sector privado, lo que deriva en la búsqueda de ganancias rápidas y excesivas en momentos de incertidumbre (rentismo). En muchos casos, el rentismo ha significado un aumento en los niveles de endeudamiento de los países, con su consiguiente mayor costo en el servicio del crédito, en la medida en que los beneficios de actividades corruptas han sido depositados en el extranjero. Particularmente, a principios de los años 1980 la fuga de capitales fue una dramática secuela de la corrupción en la región. (Viscusi et al, 1994).

Mercados que operan en ambientes marcados por la corrupción tienen incentivos a proveer bienes y servicios en cantidades insuficientes, de menor calidad o más costosos. El costo de producción se encarece de manera directa cuando la corrupción se vuelve necesaria para adquirir un insumo productivo. Debido a que los “contratos” con sobornos no pueden ser reclamados a través del sistema judicial, existe un mayor riesgo y costo por cuanto un funcionario corrupto puede negar el trato después de haber recolectado el soborno. Ello es reforzado por el hecho de que la corrupción se usa muchas veces para evitar regulaciones de calidad mínima o de condiciones de producción y venta seguras.

La corrupción reduce el crecimiento económico al reducir los incentivos a la inversión. Este mecanismo opera en varias formas. Primero, los negocios hechos sobre la base de sobornos son más riesgosos que los proyectos legales porque no hay derechos de propiedad legales y por lo tanto la cartera de inversiones de la economía tiene mayores niveles de riesgo del óptimo. Segundo, si los negocios se obtienen por conexiones o pagos ilegales, se desincentiva la entrada de potenciales empresarios a los mercados —en particular, los inversionistas extranjeros—. De hecho, la calidad de los potenciales entrantes se deteriora precisamente porque los únicos interesados son aquellos que tienen mayores habilidades para la corrupción y no los más eficientes5. Tercero, los proyectos corruptos se convierten en competidores de, y frecuentemente desplazan a, los otros proyectos de inversión disponibles. En particular, las actividades de rentseeking se hacen relativamente más atractivas que los proyectos productivos que maduran más lentamente.

La evidencia empírica presentada por Mauro (1995), basada en una muestra de 68 países en el período 1970-85, señala una relación significativa y robusta entre mayor corrupción y menor inversión doméstica. En términos cuantitativos, un país corrupto podría tener niveles de inversión hasta 5% del PIB menor que países sin corrupción, lo que se traduce, a su vez, en pérdidas de crecimiento de largo plazo de 0,5% del PIB por año. De aquí se concluye que la corrupción afecta negativamente el crecimiento económico a través de su impacto sobre la inversión. Wei (1999), por otro lado, encuentra evidencia de que la corrupción reduce la inversión extranjera directa, actuando como un impuesto equivalente de hasta 20% sobre el retorno de un proyecto.

Un efecto derivado del anterior, pero tan importante como éste, es que la corrupción actúa como un freno a la innovación y el desarrollo creativo porque se desprotege la propiedad intelectual, el desarrollo de nuevas ideas debe pagar el impuesto del soborno para ser implementado (permisos, patentes, etc.), y las firmas prefieren invertir sobornos para mantener su competitividad (por ejemplo, consiguiendo protección arancelaria o créditos subvencionados) que para desarrollar nuevos productos o procesos productivos. Los innovadores son presa fácil de los funcionarios públicos corruptos porque nuevos productos suelen requerir patentes o permisos de funcionamiento.

El análisis de la corrupción, mirado desde la óptica del sector público, frecuentemente olvida que la corrupción representa un robo de recursos públicos. No es inusual encontrar análisis que igualan la corrupción a un impuesto. En primer lugar, aunque tanto los impuestos como la corrupción imponen mayores costos al productor, la recaudación de esta última es "privada" y, por lo tanto, se pierde el potencial uso de dichos recursos en fines socialmente más productivos. En segundo lugar, la corrupción es costosa para la sociedad por el hecho mismo de ser ilegítima. Por un lado, hay recursos destinados a evitar la corrupción y sancionarla, y por otro lado, quienes participan en actos corruptos deben destinar recursos a evitar ser descubiertos. La necesidad de mantener en secreto la corrupción hace que se deban gastar más recursos para recolectar un cierto monto de "recaudación" que si se usa directamente un impuesto. Peor aún, a diferencia de un impuesto, la corrupción genera distorsiones sociales y políticas potencialmente mucho más graves que las inducidas por un impuesto.

Un elemento crucial en el análisis de los costos de la corrupción es que el daño hecho usualmente es considerablemente superior al monto del soborno mismo. Frecuentemente, la recaudación de sobornos es sólo una fracción menor de lo que la sociedad paga por la práctica corrupta tanto en ineficiencia como en extracción directa de rentas. Evidentemente, la corrupción representa un aumento en el precio de la administración porque el contribuyente que se somete al pago de sobornos tiene que pagar varias veces por el mismo servicio. Adicionalmente, la sociedad paga por las externalidades asociadas a la corrupción que ya hemos descrito. Es por ello que el argumento de que un soborno podría favorecer el desarrollo económico está viciado, aún en el contexto de que éste sea usado para evitar regulación inadecuada o excesiva. "El problema de la corrupción en México", comentó un funcionario público, "es que aquí se derrocha un millón de pesos para robar mil" (Transparency International, 1999). La sociedad paga el costo alternativo de dichos recursos —que depende de las necesidades de la comunidad y no del funcionario corrupto— y, en aquellas sociedades donde la corrupción es generalizada, enfrenta mayores riesgos de inestabilidad macroeconómico.

La toma de decisiones en el sector público puede ser dramáticamente adulterada cuando los servidores públicos son corruptos. Por un lado, la corrupción suele conducir a la aprobación de proyectos públicos basados en la capacidad que tiene el funcionario corrupto de extraer beneficios del mismo y no en su necesidad social. Prueba de ello es la tendencia en los países en desarrollo a financiar megaproyectos de infraestructura de dudoso valor social, usualmente llamados "elefantes blancos". Ello lleva a decisiones de inversión y tecnología inadecuadas. Por otro lado, cuando las decisiones no son honestas, se tiende a una falsificación de la información y los datos que hace difícil la planificación e implementación de las políticas económicas. En último lugar, la corrupción lleva una pérdida de confianza en la capacidad del gobierno para implementar las políticas económicas. La población acepta y apoya políticas públicas cuando los funcionarios públicos son competentes, imparciales y actúan de manera honesta. Por el contrario, cuando el Estado es corrupto, apoyar una política o cumplir una normativa es generalmente menos beneficioso para los individuos que pagar un soborno. Se produce, así, un equilibrio de no-

cooperación entre los individuos, en el que para todos es más beneficioso individualmente aceptar la corrupción.

Así, por ejemplo, mientras mayor sea la posibilidad de recibir sobornos, es posible que se realice un mayor número de proyectos de inversión pública que lo razonable, que éstos sean más grandes que el óptimo —pues ello maximiza la probabilidad de obtener pagos ilegales en la forma de incentivos (kickbacks), sobrefacturación, uso de materiales de mala calidad, etc.— y que los proyectos se retrasen como resultado de funcionarios públicos que aumentan la tramitación de los mismos para incentivar dichos pagos. Adicionalmente, los gobiernos deben gastar mayores sumas para detectar e inhibir la corrupción.

Finalmente, Mauro (1995) encuentra evidencia de que la corrupción puede llevar a distorsionar la asignación del gasto público porque se observa que países más corruptos tienden a gastar menos en educación pública, es decir, se desincentiva la formación de capital humano. Éste es un canal adicional por el cual la corrupción reduce la tasa de crecimiento de una economía.

8.- CONCLUSIONES:

Una vez realizado el presente análisis hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1.- El cohecho es una actividad ilícita que se realiza en casi todas las instituciones públicas del Estado ecuatoriano, y se ha regulado principalmente desde la perspectiva del derecho penal en su Art. 280, mismo que se define como el soborno o coima que entrega el oferente al retribuyente a fin de obtener un beneficio para si mismo, para un tercero o para que se le adjudique un proceso de adquisición de bienes o servicios, que es ejecutado por el retribuyente de manera directa o indirecta a través de una orden o disposición que busca perjudicar a la administración pública. Sin embargo, en la actualidad no solo se tiene como un delito sancionado con pena privativa de libertad, sino también es infracción de tipo administrativa sancionada con destitución, situación que compromete no solo la eficacia de la administración pública como bien jurídico protegido, sino también las políticas públicas que son las formas de ejecutar los derechos fundamentales mediante planes y políticas de estado.

2.- No existe proporcionalidad en las sanciones establecidas en el Art. 280 del Código Orgánico Integral Penal por el cometimiento del delito de cohecho entre el oferente y retribuyente, ya que para el cometimiento del delito contra la eficiencia de la administración pública el empresario o particular es quien corrompe a la servidora pública o servidor público que actúan en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del estado; debiendo ser sancionado el oferente más drásticamente; puesto que al perpetuarse el ilícito los sujetos del tipo penal de cohecho son responsables del perjuicio al estado; y en la mayoría de los procesos no son acusados en las causas penales y mucho menos sentenciados a cumplir una pena privativa de libertad.

3.- En el delito del cohecho el bien jurídico está protegido y está constituido por la fe pública, es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado o las instituciones públicas en las autoridades o las servidoras públicas o servidores públicos. Lo que se sanciona es la falta de probidad del servidor o encargado del servicio público que actúa en ejercicio de su potestad estatal y abuza del poder en beneficio propio o de un tercero, lo cual se traduce en perjuicio para el Estado que le confió la función. Es por ello que el delito de cohecho ha sido ubicado como un delito contra la eficiencia de la administración pública. El bien jurídico protegido en estos delitos puede inducir a entender que lo que se protege es la propia Administración, esto es, su prestigio y su decoro, y sobre todo la lealtad, integridad, probidad, honestidad, fidelidad de la servidora pública y servidor público.

4.- La proporcionalidad brinda al particular o empresario quien es el oferente; servidora pública o servidor público quien es el retribuyente; el goce de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la Republica; ya que es el mejor medio por el cual el juzgador puede resolver los casos puestos a su conocimiento conforme a la mejor ponderación posible los derechos de los procesados. Lo cual se manifiesta a la hora de dictar sentencia condenatoria por el juez o tribunal de garantías penales, pero es Fiscalía General del Estado quien dirige la investigación preprocesal y procesal penal, procurando el acceso a la justicia con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas que deberá demostrar la culpabilidad o inocencia del oferente o retribuyente con las pruebas aportadas dentro del proceso penal; observándose que la pena, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos.

5.- Podemos concluir que en las sentencias emitidas en los procesos penales tramitados en nuestro país sobre el delito de cohecho; en relación al particular o empresario no son correctas ni adecuadas

ya que no se cumple con la finalidad de la pena que es un instrumento con los que cuenta el Estado para garantizar el cumplimiento de la norma. De lo que deducimos la pena no puede ser interpretada como un mero criterio de justicia, propio del ámbito de la moralidad ni tampoco como mera retribución; ya que evidenciamos que aquella que es de imposible cumplimiento como en el caso del oferente, lo único que provoca es que cada día las servidoras públicas y servidores públicos sean corrompidos por privados a fin de obtener un beneficio que perjudica a la administración pública.

9.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS:

- Alfonso Zambrano Pasquel, Delincuencia Organizada Trasnacional, 2011.
- Armijo, G., Almeida, O., Gamboa, J. y Zambrano, M. (2019). La Incidencia del Cohecho en la Administración Pública. Comparación entre España y Ecuador. Revista Publicando, 6 (20), 47-56.
- Código Orgánico Integral Penal 2021.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Claus Roxin, Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: 1997, Civitas) 137.
- Diana Lilibeth Castillo, Trabajo de Titulación, Análisis jurídico sobre el caso sobornos 2012-2016 en Ecuador. Rafael C.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.
- Diario el Comercio caso sobornos 2012-2016.
- Ecuador TV el día 06 de julio del 2020 emite la noticia sobre la presentación de denuncia por cohecho en contra de agente de tránsito.
- Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Octava Edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).
- Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental 2001.
- Ghirardotti, Claudio Lamela, Sergio Nobile, Juan María Rodríguez, Gabriela Ruibal, María José Tamango, Florencia Vidal Fallone, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 2019.
- Gustavo Eduardo Aboso, Responsabilidad Penal de la Empresa y Corrupción Publica, 2018.
- Inés Olaizola Nogales, El Delito del Cohecho 1999.
- Jimena Alguacil Cesari, Concepción Campos Emilio Cornejo Costas, Ailen Data, Martin
- Leff, 1964, Huntington 1968.
- Jimena Alguacil Cesari, Concepción Campos Emilio Cornejo Costas, Ailen Data, Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas, Pag. 77, 78..
- Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP 2019.
- La Defensoría del Pueblo, ante la noticia difundida sobre la detención y prisión preventiva durante noventa días del Juez Aurelio Quito de la Unidad Penal del cantón Pastaza por el presunto delito de cohecho, el 06 de septiembre del 2019 a través del Dr. Freddy Carrión Intriago Defensor del Pueblo en ese entonces.
- La procuraduría General del Estado con fecha 17 de agosto del 2021 comunica que dentro del Caso Sobornos 2012-2016.
- Marcelo A. Riquert, Corrupción Pública y Compliance Penal 1ra Edición 2020.
- Miguel Carbonell. Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (México: Editorial Porrúa, 2012), 158.
- Muñoz Conde y García, Derecho Penal, 78, 79.
- Osterfeld 1992.
- Raimundo Soto, La corrupción desde una perspectiva económica, pág. 35-40.
- Ramiro J. García Falconí, Código Orgánico Integral Penal comentado Tomo I Arts. 1 al 78.

- Ramiro Ávila Santamaría. “Principio de Proporcionalidad”. Revista Judicial. La Hora (Loja), 05 de septiembre de 2017, C1.
- Perú: Ara Editores, 2014, pag. 47.
- Revista Publicando 2019 / 6 (20) 47-56.
- Shleifer y Vishny 1993.
- Verónica Monserrath Salgado, T. El Juicio Penal en Ausencia del Procesado y la Imprescriptibilidad de la Acción y de la Pena, como medidas efectivas para reducir la impunidad en delitos en contra de la Administración Pública, Pag. 30.