

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

**Desproporcionalidad de la pena en el tipo penal de cohecho,
conforme la antijuridicidad material**

***Disproportionality of the penalty in the criminal type of bribery, in
accordance with material ant jurisdiction***

**Tixi Torres, Diego Fabricio ^I; Machado Maliza, Mesías Elías ^{II}; Tello Chiriboga, Israel
Alexander ^{III}; Silva Arellano, Jessica Reveca ^{IV}**

^I. ur.diegotixi@uniandes.edu.ec, Docente de la carrera de Derecho. Uniandes, Riobamba, Ecuador

^{II}. ur.mesiasmachado@uniandes.edu.ec, Docente de la carrera de Derecho. Uniandes, Riobamba, Ecuador

^{III}. dr.israelatc19@uniandes.edu.ec. Estudiante, Uniandes, Riobamba, Ecuador

^{IV}. dr.jessicarsa24@uniandes.edu.ec., Estudiante, Uniandes, Riobamba, Ecuador

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 02/10/2020

RESUMEN

El cohecho es un tipo penal que ha sido tipificado a lo largo de la historia de nuestros códigos penales, y ahora se encuentra tipificada en el COIP. Este tipo penal ha sido legislado con una errónea técnica legislativa penal ya que no diferencia la antijuridicidad material, es decir cuando la cuantía o beneficio económico que obtiene el sujeto activo es bajo. Así el objetivo de este trabajo es sacar a luz esta problemática jurídica para que se impulse procesos de reforma en donde se incluya una condición objetiva de punibilidad en este tipo penal de cohecho. Esta es una investigación cualitativa porque nos ayuda a entender el tema del cohecho, y analizarlo desde un punto de vista de la antijuridicidad material, llevando a cabo un recorrido bibliográfico y los métodos utilizados son el inductivo y deductivo. Por ello se encontró que por la mala técnica legislativa penal aplicada, se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, así como también el principio de mínima intervención penal ya que el Derecho Penal debe ser utilizado de última ratio, y se tiene que dejar a que el Derecho Administrativo sancionador se encargue en supuestos de hecho en donde la cuantía es ínfima y se tiene que establecer en el tipo penal de cohecho un monto de dinero que de ser superado actúe el derecho penal y de no ser superado el Derecho Administrativo, tal y como se establece para tipos penales tributarios y aduaneros.

PALABRAS CLAVES: Cohecho; Proporcionalidad; Antijuridicidad Material; Intervención Penal Mínima.

ABSTRACT

Bribery is a criminal type that has been criminalized throughout the history of our criminal codes, and is now criminalized in the COIP. This type of criminal offense has been legislated with an erroneous criminal legislative technique since it does not differentiate material illegality, that is, when the amount or economic benefit obtained by the active subject is low. Thus, the objective of this work is to bring to light this legal problem so that reform processes are promoted where an objective condition of punishability is included in this type of bribery. This is a qualitative investigation because it helps us understand the subject of bribery, and analyze it from a point of view of material illegality, carrying out a bibliographic survey and the methods used are inductive and deductive. For this reason, it was found that due to the bad penal legislative technique applied, the principle of proportionality of penalties is violated, as well as the principle of minimum criminal intervention since Criminal Law must be used as the last ratio, and must be left to That the Sanctioning Administrator Law be in charge in factual cases where the amount is negligible and it must establish in the criminal type of bribery an amount of money that if exceeded acts the criminal law and if the Administrative Law is not exceeded, such and how to establish for criminal tax and customs rates.

KEYWORDS: Bryberi; Proportionality; Material Antijurisdiction; Minimun Criminal Intervention.

INTRODUCCIÓN

Nuestro estado ecuatoriano a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifico varios tipos penales, si bien es cierto algunos de estos tipos penales ya existían en el Código Penal derogado (CP) pero su estructura en la parte de la tipicidad objetiva fue cambiadas, dotándoles de nuevos elementos o a su vez cambiando elementos objetivos del tipo penal. Cuestión que sucedió en el cohecho dando paso a nuevos tipos penales autónomos o a su vez incluyendo dentro de tipos penales establecidos más supuestos de hechos con relevancia penal acompañados de una pena, sea esta privativa o no privativa de libertad.

Como nosotros conocemos la palabra delito encierra cuatro categorías dogmáticas que son conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad este trabajo se centra en la tercera categoría dogmática esto es la antijuridicidad, ya que esta categoría es analizada desde los dos puntos que la conforman, esto es la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, teniendo un

alcance de afectación a la tipicidad por la errónea técnica legislativa penal aplicada por los asambleístas de nuestro estado ecuatoriano.

Dentro del CP existía el tipo penal de cohecho el mismo que establecía varios supuestos de hechos con una sanción o pena, pero tampoco existía una diferenciación en estos tipos penales en relación con la afectación de la antijuridicidad material, cuestión que se vuelve a repetir cuando se tipifica el cohecho en el COIP y que hasta la actualidad persiste, llevando consigo a una violación al principio de proporcionalidad de las penas garantizado a nivel constitucional.

Este principio de proporcionalidad de las penas establece que “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” (Constitución de la República del Ecuador, 2020), a ello se hace énfasis que el tipo penal de cohecho al no contener una condición objetiva de punibilidad hace que se viole este principio cuando la afectación a la antijuridicidad material es mínima es decir son afectaciones económicas bajas.

Si bien es cierto estos tipos penales también son analizados por parte de doctrina como tipos penales de infracción de un deber es decir que no importa la cantidad o el monto de lo cohechado sino la infracción a ese deber de funcionario público que al momento de ejercerlo tiene que proteger toda la administración pública y cumplir de manera cabal su función de servidor público. Pero aquí entra en discordia la utilización del Derecho Penal cuando la antijuridicidad material es baja ya que se lo debe utilizar cuando ya no exista ningún otro tipo de mecanismo, es decir es de última ratio.

El Derecho Administrativo es una rama del derecho positivo que también contiene un supuesto sancionador es decir cuando un funcionario público infringe una reglamentación administrativa es aquel quien soluciona el incumplimiento de la norma, y mediante un debido proceso que se encuentra enmarcado en la normativa interna de nuestro estado terminara sancionando al servidor público que cometió dicha falta administrativa.

He aquí la importancia de utilizar bien la técnica legislativa penal para el tipo penal de cohecho ya que, si la cuantía es mínima o baja, es innecesario utilizar el Derecho Penal, sino que se tendría que dejar que en esos casos concretos quien solucione ese conflicto sea el Derecho Administrativo Sancionador. Para ello se tendrá que establecer una condición objetiva de punibilidad en este tipo penal, es decir establecer que si la cuantía supera una cierta cantidad de dinero sea procesado por el Derecho Penal pero sino llegare a superar esa cantidad de dinero quien se encargue es el Derecho Administrativo sancionador.

El COIP como normativa penal que se encuentra vigente en nuestro país ha tipificado como un tipo penal al cohecho, este tipo penal ya existía en el CP derogado. Entre estas dos normativas en relación al cohecho existieron cambios en la estructura de la tipicidad objetiva

ya que la tipicidad subjetiva es la misma. Pero se ha venido manteniendo la errónea técnica legislativa penal para casos concretos en donde la antijuridicidad material es mínima ya que la pena privativa de libertad a recibir el sujeto que cometió dicho injusto-culpable es la misma siempre.

El cohecho ha sido definido como “venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada” (Carrara, 1993, p. 94). Así también se ha establecido que es “el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio” (Etcheberry, 1998, p. 252). Pero una definición más completa es la establecida por Alvarez Valeije el cual indica que es:

Un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o de facto que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública. (1995, pág. 47)

Si bien es cierto este tipo penal ha sido definido por parte de la doctrina, hay que recalcar que siempre se lo ha hecho apegado a su realidad histórica y jurídica, con ello no alcanza para definir de manera general para nuestro estado ecuatoriano ya que para nuestros asambleas los supuestos de hechos que configuran el cohecho son iguales y también en algunos diferentes, por eso es esencial partir de la tipificación hecha en el COIP, para tener una definición clara, completa y utilizable para nuestra realidad jurídica.

El órgano legislativo estableció al cohecho en varios supuestos de hecho, los cuales fueron considerados como conductas penalmente relevantes y con ello lo ingresaron en el catálogo de tipos penales, así de esta manera se estableció que:

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, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. (COIP, 2019)

En este primer supuesto de hecho se puede verificar que la estructura de la tipicidad objetiva está dada de la siguiente forma, sujeto activo: funcionario público, o personas con potestad estatal; sujeto pasivo: el estado; verbo rector: recibir, aceptar; elementos normativos:

instituciones del estado, Constitución de la República; elementos descriptivos: beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero y elementos descriptivos que se tornan elementos de forma de comisión del tipo penal son para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.

Como se puede verificar en este primer supuesto de hecho el legislador no establece el monto o cuantía del beneficio económico, le es irrelevante. A manera de ejemplo sería que si un policía pide cincuenta dólares (\$ 50,00) para no multar a una persona por una contravención de tránsito tendrá que ser sancionado por este supuesto de hecho con la misma pena privativa de libertad de si un policía de alto mando pide CIENTO MIL DÓLARES (\$100,000) por dar un pase (Cambio de sitio de trabajo), entonces la antijuridicidad formal es la misma en estos dos casos pero la antijuridicidad material es diferente. 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. (COIP, 2019)

En el segundo supuesto de hecho del cohecho, el legislador hace énfasis para agravar la pena en la consumación o no del acto, pero aquí encontramos otro error porque este supuesto de hecho ya está inmerso en el primer supuesto y se agrava la pena privativa de libertad sin una razón teleológica. Tampoco se encuentra nada sobre la antijuridicidad material para este tipo penal.

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. (COIP, 2019)

El tercer supuesto de hecho establece una agravación de la pena privativa de libertad cuando se cometa el cohecho con la finalidad de cometer otro tipo penal, en este caso se tendrá que hacer un concurso real de infracción con el tipo penal que se cometió para así no dejar en la impunidad conductas penalmente relevantes, notándose de igual forma que no hay diferenciación de la antijuridicidad material.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos. (COIP, 2019)

En este supuesto de hecho se establece diferencias con el primer supuesto de hecho en lo que tiene que ver con el sujeto activo, ya que en el primero es un funcionario público o una persona que actúe con una potestad estatal, en este caso habla de un cohecho por parte de cualquier persona, el denominado cohecho impropio, así también los verbos rectores son ofrecer, dar, prometer. Aquí también no hay diferencia en la cuantía o cantidad de lo ofrecido y nos presenta el mismo problema con la antijuridicidad material del primer supuesto de hecho.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (COIP, 2019)

En el último supuesto de hecho, se establece penas no privativas de libertad si dentro del caso en concreto se ve involucrada una persona jurídica, hay que recalcar que solo rige para personas jurídicas de derecho privado ya que las públicas no pueden ser sometidas a este tipo de penas. Y nuevamente se hace notar que no existe una diferencia entre la antijuridicidad material en este último caso.

Dentro de la teoría del delito la antijuridicidad es la tercera categoría dogmática, la cual se encuentra precedida de la categoría de la acción y de la tipicidad. Hay que recalcar que siempre cuando se hace un análisis de un hecho en concreto se tiene que comenzar analizando sistemáticamente estas categorías, es decir para llegar a la antijuridicidad tendrá que haber un hecho en donde exista una conducta penalmente relevante y que este tipificada como delito en nuestro COIP, para de ahí recién analizar la antijuridicidad de dicho acto típico. La doctrina a dicho que, al analizar el tema de la antijuridicidad emerge la problemática relativa a cómo distinguir los comportamientos antijurídicos contrarios al dictado de las normas, lo cual nos obliga a meditar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en el derecho penal, pues en ellas el legislador recoge normas que se integran al contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de obediencia o de sumisión emanado de las mismas. (Villanueva et ál., 1998).

Lo anterior provoca que constantemente se admita a lo antijurídico como lo contrario al derecho, sin embargo, es conveniente recordar que el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel ley o al derecho en su conjunto, lo cual nos arroja una respuesta vinculada con el papel de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisibles pretender homologarlas y darles el tratamiento de sinónimos.

Si bien es cierto la antijuridicidad ha tenido varias discusiones sobre su contenido, y entre una de ellas es concebir cuando una persona se va en contra de la norma y con ello viola la norma o que viola. Para ello han existido teorías filosóficas, jurídicas diversas, en este trabajo no se explicarán estas teorías porque no está en discusión sino se lo hará en otro trabajo.

Lo que aquí se va a explicar es el problema que enfrenta la antijuridicidad y por lo cual recurrimos a la teoría de las normas de Binding a partir de la cual el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, si no que concreta lo que la ley penal precisa. Empero, es usual la expresión en el sentido de “transgresión” o “violación” de la ley penal, las cuales tiene sus ventajas pues nos permita deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento.

A dichas proposiciones jurídicas, Biding las denomina “normas”, siendo estas las que el delincuente transgrede, pues “la ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma de su condena”, lo cual resulta lógico por una cuestión de sistemática, dado que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surgen a partir de leyes penales, y solo ante la concreción de los tipos penales puede darse la posibilidad de una antijuridicidad y luego de una culpabilidad.

Para entender este tema es importante estudiar a la antijuridicidad conforme lo trata la doctrina, es decir cómo está dividida. Por lo mismo se tiene una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material estas dos antijuridicidades siempre tienen que estar presentes para tener por confirmada la tercera categoría dogmática del delito.

La antijuridicidad formal parte de la concepción de su contenido semántico y la define como lo contrario al derecho, o bien, lo contrario a la juridicidad. El contenido semántico del concepto de antijuridicidad se refiere a la contradicción del orden jurídico a través de una acción, lo cual solo es admisible desde una perspectiva semántica o gramatical, pues técnicamente la antijuridicidad contiene aspectos tanto de carácter formal, material, como valorativos.

La discusión de si la antijuridicidad tiene aspectos valorativos, se debe a la fuerte discusión filosófica del derecho y como el autor conciba a dicha fuente filosófica. A manera de ejemplos de esta antijuridicidad formal diremos que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe apropiarse de cosa mueble ajena (Hurto), pese a ello Pepito se apodera de una computadora portátil valorada en dos mil dólares (\$2000), entonces pepito cometió un acto, típico y antijurídico formalmente, esto porque se fue en contra del COIP en este caso el tipo penal hurto.

El mismo Pepito se apodera de una billetera que no le pertenece en donde estaban mil dólares (\$1000), entonces pepito comete un acto, típico y antijurídico formalmente igual a cuando se apodero de la computadora portátil. Es decir, Pepito con su accionar infringió la norma de prohibición y con ello el ordenamiento jurídico interno en este caso el COIP, ya que este se encarga de proteger el derecho a la propiedad y previene al ciudadano a no cometer este tipo de acciones penalmente relevante.

Según Villanueva et ál. (1998) expresa que con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí se afirma como contenido de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro, con ausencia de causas de justificación.

Para Conde et ál. (1990) la antijuridicidad material exige además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoración de conductas o la lesión

de algún género de intereses considerados por la sociedad, con lo que reconocen el carácter valorativo al concepto de antijuridicidad, así como su aspecto formal y material.

De las definiciones dadas anteriormente se precisa que la antijuridicidad material está dada cuando un sujeto lleva a cabo una antijuridicidad formal (violación de una norma) y por esta viola o lesiona bienes jurídicos protegidos, y de ahí que la antijuridicidad material es el grado de lesión (mayor o menor intensidad) o puesta en peligro de un bien jurídico protegido. De los mismos ejemplos dados anteriormente podemos precisar la presencia de la antijuridicidad material esto cuando Pepito se lleva el computador portátil valorado en dos mil dólares (\$2000) y cuando se lleva la billetera con mil dólares (\$1000), en estos casos la afectación del derecho a la propiedad fue diferente en su intensidad de afectación esto por el valor monetario.

Ahora bien en relación al tipo penal de cohecho se precisa que el tipo dado por el legislador ecuatoriano no tiene una diferencia entre estas dos antijuridicidades ya que sin un policía cohecha cinco dólares (\$5000) es lo mismo que cohechar diez mil dólares (\$100000), ya que la pena es la misma sea cual sea la cantidad de dinero o beneficio económico, y con ello vulnera el principio proporcionalidad de las penas.

Comenzaremos este apartado definiendo el bien jurídico protegido y para ello Cianciardo et ál, (2019) expresa que es aquel constructo jurídico creado por el hombre, con la finalidad de dar más certeza de protección a un derecho. Es decir que nuestros legisladores se han apegado a la teoría de la existencia de un bien jurídico protegido, el cual las normas jurídicas penales se encargan de proteger. Ya que están conformadas de una norma primaria que se encargan de expresar al ciudadano no cometer acciones prohibidas (acciones) o a su vez permitir acciones (omisión), que vayan en contra de bienes jurídicos protegidos o salven bienes jurídicos.

Cierta parte de la doctrina se ha pronunciado en contra de la existencia de bienes jurídicos, como por ejemplo Bemente et ál. (2019) en donde hace referencia que la norma no protege bienes jurídicos sino protege intereses sociales que sirven para que la sociedad pueda desarrollarse ya que no es necesario que estén dados o establecidos en una ley sino son de protección instantánea, y con ello se apega a la teoría que maneja el profesor Raul Zaffaroni al hablar de la protección de intereses sociales.

Así también Pecoy et ál. (2005) menciona que el primer dilema a solucionar consiste en determinar si el bien jurídico existe porque hay una ley que prevé una conducta como delictiva (y hace nacer el bien jurídico juntamente con la ley que lo establece), o bien los bienes son preexistentes al legislador, el cual, al tipificar una conducta como delictiva, lo que hace es recoger de la sociedad un bien jurídico digno de protección y darle la tutela penal correspondiente, ley que reconoce y valora un bien, pero que no lo crea ex novo.

El sistema democrático republicano parece exigir la existencia de un bien jurídico sustantivo o material que merezca ser objeto de protección, cuya conculcación constituye la esencia misma del delito, mientras que no sería admisible, de regla, instituir delitos que consistan en meras desobediencias a los mandatos del legislador, independientemente de la conculcación o del riesgo de destrucción de un bien jurídico verdadero y real.

El ancla, el límite, estará dado por la estructura constitucional, por el estado de derecho, que, por un lado, indica al legislador que debe tipificar como delito solo conductas que dañen o pongan en peligro un bien jurídico digno de consideración, y, por otro, asegura el control de constitucionalidad, a cargo de un órgano judicial independiente (la Corte Constitucional) que juzgue si la falta de bien jurídico hace devenir a la ley en inconstitucional, por ilegitimidad manifiesta.

El concebir la existencia de bienes jurídicos protegidos lleva consigo a establecer que los bienes jurídicos cumplen funciones de garantía, sistematicidad, interpretación, valorativa y con ello el quantum de la pena y es ahí donde hare hincapié para el desarrollo de este trabajo. Si nosotros analizamos la función de garantía justamente se habla de necesidad de dar una garantía de protección a un derecho humano que es necesario para un desarrollo normal de la sociedad.

Si hablamos de la sistematización podemos ver que nos ayuda a proteger derechos humanos de manera organizada y por grupos de tipos penales que sin duda alguna ayudan para la interpretación de los tipos penales desde el punto de vista teleológico o fin de la norma penal y si hablamos de una cuestión valorativa estamos dando a notar que sin duda lo axiológico de proteger derechos humanos es esencial y no destruirlos es la premisa esencial. Finalmente, el bien jurídico tiene también una función de medición de la pena, ya que la cantidad de daño producido al bien jurídico influirá directamente en el quantum de la pena aplicable, esto conforme la intensidad de la lesión al bien jurídico que se hubiere producido.

Aquí nace el conocido principio de lesividad en donde tiene su anclaje la antijuridicidad material, y con ello la observancia de esta antijuridicidad para completar la tercera categoría dogmática del delito. Como lo dice Cornejo et ál. (2017) el principio de lesividad se lo entiende como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación grave de un bien jurídico protegido.

Es decir en nuestro trabajo se ha hecho énfasis en que el tipo penal de cohecho establecido por el legislador ecuatoriano al no establecer una condición objetiva de punibilidad está inobservando el principio de proporcionalidad, ya que la antijuridicidad material en supuestos de hechos que tengan una cuantía baja o un beneficio económico mínimo son tratados tal cual los supuestos de hecho en donde la cuantía es alta o el beneficio económico es elevado. Con

ello el legislador inobserva también el principio de mínima intervención penal ya que sería esencial que para los casos de cohecho con antijuridicidad material baja lo solucionara el derecho administrativo sancionador.

Hay que acotar que sin duda alguna la doctrina jurídico penal alemana en estos tiempos es muy utilizada por los estudiosos del derecho en toda Latinoamérica y no se diga en nuestro país, un punto a favor también sería utilizar el denominado principio de insignificancia e donde se presupone que no es necesario la intervención del derecho penal cuando la antijuridicidad material es baja y se tendría que utilizar otro tipo de derecho en este caso el Administrativo sancionador, este criterio es compartido por lo dicho por Castillo et ál. (1971) en donde se dice que para resolver ciertos casos con relevancia insignificante es necesario aplicar una interpretación teleológica esto tomando al principio de insignificancia como un corrector normativo en casos específicos.

El principio de proporcionalidad es aquel que se “deriva de la propia concepción del Estado de constitucional de Derecho, y se vincula directamente al de retribución y al de culpabilidad.” (Pecoy, 2005). Así también se puede decir que “la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense” (Roxin, 1997, p. 6). Sin duda alguna de estas definiciones se puede decir que debe existir la debida proporcionalidad entre la acción penalmente relevante y su daño o puesta en peligro al bien jurídico protegido para establecer el quantum de la pena.

Nuestra Constitución del Ecuador, establece que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (2020). Por ello nuestros legisladores acogieron la denominada pena en pendulo en donde se establecen los tipos penales con un supuesto de hecho y una pena privativa de libertad entre un mínimo y un máximo y cuando un juzgador la debe aplicar podría moverse entre este piso y ese techo de pena.

Así también, la fundamentación para establecer los máximos y mínimos de pena están dados por el bien jurídico que protege dicha norma jurídico penal, es decir si el tipo penal protege la vida las penas, como máximos y mínimos son muy elevados podríamos decir el asesinato tiene una pena privativa de libertad de 22 a 26 años. Pero si vemos por ejemplo el abigeato que protege el derecho a la propiedad tiene una pena de 1 a 3 años en el supuesto de hecho más general, como podemos apreciar en este último caso este tipo penal tienen penas bajas y eso se da por el bien jurídico que protegen.

Es muy importante aquí tratar sobre la mínima intervención penal, ya que sin duda alguna este trabajo establece que cuando la antijuridicidad material es baja en un delito de cohecho no tiene por qué intervenir el derecho penal, por eso como lo dice Pecoy et ál. (2005) se ha postulado la necesidad de un Derecho Penal de ultima ratio, visto que el empleo de este

violento instrumento que es la ley penal, debe usarse solo en la medida en que sea necesario para preservar las condiciones básicas de convivencia, y en la medida en que no existen otros proveimientos jurídicos más eficaces y menos agresivos, para lograr los mismo objetivos.

Cuando tratamos que el Derecho Penal es de ultima ratio se puede precisar que el estado al momento de utilizar su derecho a castigar o también denominado IUS PUNIENDI tiene que primero persuadir al ciudadano con la intervención de otro tipo de derecho en donde le sea más factible una sanción, pero sin que se vea afectada la libertad personal. Por eso se dice que el Derecho Penal es el último escudo defensivo del Estado, estatuido para proteger bienes jurídicos y salvaguardar el sistema constitucional que lo fundamenta todo.

Como lo dice el profesor Silva et ál. (2019) y compartiendo criterio el derecho penal tiene que ser utilizado para los casos que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos de elevada importancia como por ejemplo la vida, derechos humanos, integridad sexual, la administración pública, etcétera, pero siempre y cuando el derecho administrativo sancionador no lo pueda solucionar. Con eso se evitaría el uso excesivo del Derecho Penal y su expansión de manera inapropiada y la regla que resulta de este principio de mínima intervención es esta: el Derecho Penal solo debe actuar para contener conductas gravísimas que afecten o pongan en riesgo bienes jurídicos trascendentes, y solo cuando la incolumidad del orden jurídico no pueda obtenerse por medios menos traumáticos y violentos, que la aplicación de las penas que autoriza el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Ahora ya conceptualizado el principio de mínima intervención penal entendemos que en el Ecuador se rige este principio para garantizar los derechos de los ciudadanos y poder establecer conductas que sean realmente graves para sancionarlas con el aparataje penal del Estado. Debemos tener claro que la mínima intervención penal se liga mucho con el principio de relevancia del hecho, que establece del tal manera lo siguiente; “De minimus non curat praetor” que se lo traslada a definir de la siguiente manera: el Derecho Penal no debe tratar como delitos a los ilícitos de bagatela; de las conductas insignificantes, frívolas, de poco valor o intrascendentes, no se debe ocupar el derecho penal.

No hay que olvidarnos que sin duda alguna en nuestra normativa penal se establece que “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” (COIP, 2019) y es ahí donde toma vida nuestro tema ya que al tener una cuantía baja en el cohecho como beneficio económico es innecesario la utilización del Derecho Penal.

MÉTODOS

Los tipos de investigación que se utiliza en esta es la Cualitativa: porque nos ayuda a entender el tema del cohecho, y analizarlo desde un punto de vista de la antijuridicidad material. Se hará un recorrido bibliográfico en donde la doctrina dota de puntos de vista esenciales para este trabajo, enlazando a la normativa convencional, constitucional y legal. Los métodos empleados son el Inductivo: Porque analizaremos otros factores como por ejemplo la revisión casuística. Deductivo: Porque detallaremos toda la estructura determinada en la Constitución haciendo referencia a los derechos y garantías para la proporcionalidad de las penas y la mínima intervención penal. Método Deductivo - Inductivo: Este método científico permitió que partamos desde la historia misma del origen del cohecho recorriendo su antecedente legal y se obtengan conclusiones generales. Método Analítico-Sintético: Estudió los hechos, partiendo de la descomposición del objeto de estudio de cada una de sus partes con el fin de estudiarlas en forma individual y luego de forma holística e integral para observar las causas, la naturaleza y los efectos. Lo cual permitió realizar una valoración del objeto de transformación para lo que se realizó un análisis general de los elementos constitutivos del tipo penal de cohecho en la legislación interna del Ecuador.

RESULTADOS

Como resultados de la investigación se encontraron que durante toda la historia del tipo penal de cohecho el legislador ecuatoriano siempre estableció una técnica legislativa penal errada, ya que no supo diferenciar la antijuridicidad material para este tipo penal, dejando consigo que cuando se presenta casos en concreto en donde la antijuridicidad material es baja se sanciona de igual manera que cuando la antijuridicidad material es alta, y de esta manera se viola el principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal.

También se encontró como resultado que el legislador al no diferenciar la antijuridicidad material en el tipo penal de cohecho, aplicó una errónea técnica legislativa ya que debía utilizar una condición objetiva de punibilidad en el momento de crear este tipo penal y con ello hubiera dejado a casos en donde la antijuridicidad material es baja a que sea el Derecho Administrativo sancionador quien solucionara ese conflicto y más no hubiera habilitado al Derecho Penal en ese tipo de casos y con ello el IUS PUNIENDI hubiera quedado limitado.

También se encontró resultados en donde la justicia penal sanciona a policías cuando la antijuridicidad fue baja, y con ello afectó no solo su libertad personal sino también el bienestar de su familia, ya que fueron destituidos de las filas policiales como también fueron privados de su libertad sin importar la intensidad o lesión al bien jurídico protegido del cohecho en este caso la administración pública. Recalcando que nuestra normativa penal prevalece la

protección al bien jurídico protegido, más que al cumplimiento de los deberes de un funcionario público.

DISCUSIÓN

Se ha planteado que el legislador ecuatoriano ha cometido un error en su técnica legislativa penal al tipificar el cohecho, ya que no se estableció una condición objetiva de punibilidad para cuando la cuantía o beneficio económico es ínfima. Pero también se ha dejado claro que entra en colisión dos aspectos fundamentales en estos tipos penales como son el bien jurídico que protegen y el cumplimiento del deber de un funcionario público.

Si bien es cierto se tiene como política criminal frenar todo tipo de corrupción dentro del sistema público, y con ello no se permitiría ningún tipo de mala actuación por parte de un funcionario público, que cuando ingresa a ejercer sus funciones siempre tiene cuidar de la administración pública y cumplir sus deberes como tal. Pero es también cierto que en el caso del cohecho existen funcionarios públicos que llevan a cabo este tipo penal pero su cuantía o beneficio económico es bajo y con ello el uso del Derecho Penal es inapropiado, teniendo otras vías para solucionar ese actuar como el Derecho Administrativo sancionador.

Ya se pudo observar de las últimas reformas al Código Orgánico Integral Penal que dentro del tipo penal de contrabando de combustible se llevó a cabo una reforma en donde se elaboró una tabla de cantidades de combustibles que si se contrabandea más de ciertas cantidades ahí si ingresa el Derecho Penal, sino lo que sucede es que el Derecho administrativo sancionador se encargara de los responsables cuando las cantidades contrabandeadas son menores a las cantidades señaladas en la tabla. De este fenómeno es que nació justamente este artículo ya que sucede lo mismo en el tipo penal de cohecho.

Además se ha podido tener acceso al derecho penal comparado en donde los legisladores y las altas cortes jurisdiccionales se han pronunciado que dentro del análisis de un tipo penal lo que se prioriza es el grado de lesión al bien jurídico protegido, es decir prima el principio de lesividad, y en el fenómeno aquí analizado justamente se discute que si la cuantía es ínfima se estaría en un mínimo de lesión del bien jurídico protegido y con ello no es esencial que el Derecho Penal ingrese a sancionar dichas conductas.

CONCLUSIONES

El tipo penal de cohecho ha existido a lo largo de los códigos penales ecuatorianos y ahora se encuentra tipificado en el COIP, este tipo penal ha ido evolucionando durante la historia. Así el legislador ha establecido cambios en su estructura típica objetiva, pero siempre se ha

mantenido la problemática de una errónea técnica legislativa penal, ya que se ha inobservado la antijuridicidad material para ciertos casos en concretos.

Este tipo penal sin duda alguna protege un bien jurídico, siendo este la administración pública y es por ello que la doctrina se ha decantado en hablar que el sujeto activo de este tipo penal viola los deberes de funcionario público cuando cohecha, y por eso hay que sancionarlo, sin detenerse a pensar que existe una antijuridicidad material que en algunos y nos atreveríamos a decir en su mayoría de casos las cuantías o beneficios económicos son bajos, volviendo desproporcional las penas establecidas para este tipo penal.

Además se tendría que corregir la técnica legislativa penal aplicada este tipo penal, en donde se tendría que incluir una condición objetiva de punibilidad, entendiendo a esta como un monto de dinero que tendría que sobrepasar para que sea tratado y proceso dicho sujeto con el Derecho Penal y si no superare ese monto de dinero se tendría que utilizar netamente el Derecho Administrativo sancionador, tal y como se ha establecido para el tipo penal de hurto en donde se delimita entre delito y contravención si supera cierta cantidad de dinero o como se establecen en los tipos penales en materia tributaria o aduanera.

REFERENCIAS

- Álvarez, V. (1995). *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid: Edersa.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2020). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Lexisfinder. Obtenido de <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/Default.aspx>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Lexisfinder. Obtenido de <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/Default.aspx>
- Bemente, M. (2019). Derecho penal humano, de Eugenio Raúl Zaffaroni. Los límites del poder y los límites del humanismo. *Ius et Praxis*. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000200549>
- Carrara, F. (1993). *Programa de Derecho criminal, Parte especial*. (4ª edición revisada ed.). Bogota, Colombia: Temis .
- Castillo, F. (1971). *Derecho Penal Parte General*. San Pedro de Montes: Facultad de derecho de la universidad de Costa Rica.
- Cianciardo, J. y. (2019). *La entelibilidad del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Conde, P. (1990). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Colex.
- Cornejo, S. (8 de Junio de 2017). *Derecho Ecuador . com*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/analisis-del-principio-de-insignificancia>

- Etcheberry. (1998). *Derecho Penal, Parte Especial* (3ª edición ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Pecoy, M. L.-J. (2005). *Derecho Penal Teoría de la Ley Penal*. Buenos Aires: IB de f.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Lima: Alemana.
- Silva Sanchez, J. M. (2019). *La expansión del Derecho Penal*. Barcelona: B de F.
- Villanueva, R. P. (1998). *Teoría del Delito*. Mexico D.F: UNAM.