

Cohecho

Indice

1. Introducción
2. El Cohecho
3. Cohecho Pasivo
4. Cohecho Activo
5. Aceptación De Dádivas
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

A lo largo de los últimos tiempos, se ha venido hablando con mucha frecuencia en el mundo y sobre todo en el Ecuador, de la denominada corrupción y sus términos derivados: corruptos, corruptores, corrompidos, corruptela, actos de corrupción, comisiones contra la corrupción, lucha anticorrupción, etc.

Esto se debe a que la tan famosa corrupción se ha convertido en el fenómeno generalizado, contagioso e invencible de nuestra época, un problema en el que ha caído la sociedad actual, generalmente por la falta de valores, dada la precaria formación ética que ofrece el sistema educacional, por el afán de dinero fácil, por la ley del menor esfuerzo, etc., es decir, por razones o causas que toman al dinero como la medida de todas las cosas, y que a la vez dan como resultado una inmoralidad administrativa, puesto que están vinculadas, esto es, la una es consecuencia de la otra.

A pesar de los intentos que se ha hecho por eliminar la corrupción o al menos disminuirla, sus resultados han sido desalentadores, ya que mas bien sigue creciendo descontroladamente y se va convirtiendo en una forma de vida, a la cual todos se están acostumbrando, por no decir que están ya acostumbrados.

El diccionario de la Real Academia Española, define a la corrupción como la "acción y efecto de corromper o corromperse. Alteración, soborno o vicio en las cosas materiales ". De éste concepto, sobre todo respecto a la primera parte- ha surgido la frase sumamente común de "tan corrupto es el que da como el que recibe" y que incluso haciéndose eco de ello la ley sanciona con dureza a ambas partes.

Jurídicamente, podemos decir que la corrupción puede presentarse sin distinción, en todas las ramas de derecho; sin embargo éstos actos recaen en el ámbito penal, puesto que los tratadistas del derecho la han asimilado con los delitos contra la administración pública, dentro de los cuales se encuentra el cohecho, delito que se está estrechamente ligado a la corrupción, ya que viene a ser una de sus representaciones, y del cual nos encargaremos en el desarrollo de ésta Monografía.

Incluso el mismo diccionario de la Real Academia Española, establece como una de las definiciones del término "corromper", el hecho de sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera.

Por otra parte, la corrupción como fenómeno existente en la sociedad, siempre ha sido objeto de preocupación, puesto que mas que afectar a bienes jurídicos individuales, ataca a intereses colectivos y el sujeto pasivo es el Estado.

Además, la corrupción es una forma de actuar que aparece con el hombre, en todas las sociedades y en todos los tiempos, así tenemos a la Biblia que relata actos de adulterio, homicidios, etc; o al Derecho Romano que castigaba el tráfico de la justicia (barateria o barattaria), que era también sancionado en legislaciones anglosajona, europea, asiática, etc.

En lo que respecta a nuestro país, muchos han afirmado que desde la fundación misma de la República, se han presentados actos de corrupción, y que uno de ellos es el nombramiento de Primer Presidente del Ecuador a un extranjero, y que así ha continuado hasta nuestros días donde éste fenómeno se ha convertido en una especie de virus que rodea sobre todo al gobierno y a los políticos en general, transformándose de ésta manera en una especie de cultura que causa una descomposición global por la ausencia de normas éticas y de valores en sí, que traen consecuentemente la confusión de lo

bueno y lo malo y de lo lícito e ilícito.

Para tratar de combatir a la corrupción, se han organizado incluso comisiones, entidades, convenios, planes, talleres, etc a nivel nacional e internacional, así tenemos que en mayo de 1993 se fundó una entidad internacional sin fines de lucro, denominada Transparencia Internacional con sede en Berlín, cuya finalidad era combatir la corrupción en el ámbito público; de la misma forma a nivel local se constituyó por una parte en 1997 la Comisión Anticorrupción en Quito, para receptor toda denuncia e investigar ésta clase de actos y por otra parte, se elaboró el Plan Nacional Anticorrupción en 1999 donde el Ministerio Público tiene un rol importantísimo que es el de dirigir la lucha anticorrupción, en coordinación con Organismos de Control como son la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General, Superintendencia de Bancos, de Compañías, Policía Judicial, etc.

Pero lamentablemente, todo lo organizado y realizado, no ha podido cumplir sus propósitos ya que en el caso del Ecuador, en lugar de frenar a la corrupción, ésta ha aumentado considerablemente hasta el punto de que el organismo de Transparencia Internacional nos haya otorgado uno de los primeros puestos de los países más corruptos de Latinoamérica.

Por la gravedad que implica este fenómeno de la corrupción, y como ya lo manifestamos, al ser el cohecho una de sus representaciones y que se practica frecuentemente en todos los ámbitos de la administración pública, comenzando desde la Policía y terminando en Ministerios, Cortes de Justicia e incluso Presidencia, hemos considerado necesario realizar un análisis del mismo, enfocando sobre todo aspectos como clases de cohecho, características, sujetos, bien jurídico, etc que nos ayudará a establecer una idea clara de ésta clase de corrupción.

2. El Cohecho

Nociones Generales:

La sociedad actual desde hace algún tiempo está viviendo un delito conocido como cohecho, que con el pasar de los años se ha logrado convertir en casi una costumbre, representada en el hecho de "rendir honores" bajo cualquier medio denominado dádiva, a ciertos funcionarios del sector público, para conseguir de ellos un determinado "favor".

La palabra cohecho, para unos, viene de la voz latina "coemptio" que significa compra en común o en una mala parte; para otros 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.

El cohecho es un delito derivado históricamente de la institución romana "crimen repetundae", donde su concepto se restringía al acto de aceptar el soborno, pretendiéndose combatir a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, imperante y frecuente en épocas de inmoralidad generalizada en los puestos administrativos del imperio romano. Esta institución, mandaba en nombre del interés general, la repetición o restitución de lo que ilegalmente se hubieran hecho pagar o de lo que hubieran percibido los funcionarios romanos cuando desempeñaban cargos denominados honoríficos, para la realización o ejercicio de un acto relacionado con sus funciones.

La base para el nacimiento de ésta institución romana, fueron los abusos de ciertos funcionarios, sobre todo de aquellos que gobernaban en lugares alejados, además del hecho de que conseguir una prueba de un acto concreto de corrupción era cada vez más difícil. Por éstas razones, se determinó que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento ilícito, se pida al funcionario la devolución de lo que había obtenido por lo que vendría a ser la venta de un acto de la administración pública.

Las figuras delictivas que se pretendían combatir en ese entonces se las identificaba como corrupción y exacción, siendo la una la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido y la otra una especie de extorsión; ahora conocidas como cohecho y concusión respectivamente.

Concepto

El cohecho es un delito contra la administración pública que constituye un acto bilateral que ataca a la rectitud y buen proceder propios del funcionario o servidor público en el cumplimiento de sus funciones, corrompiéndole a base de dinero, dádiva o promesa, para obtener el cohechador un beneficio justo o injusto a través de la acción u omisión de dicho funcionario.

Se lo considera bilateral, (aunque se tipifica por separado el cohecho activo en el Art. 290 del Código Penal) porque supone la concurrencia de dos voluntades en un mismo actuar: la del cohechador o cohechante y la del cohechado. El primero, es quien ofrece dinero, dádivas o promesas para que el cohechado haga o deje de hacer algo relacionado con sus funciones. El segundo, es el funcionario público que por recibir cualquier dádiva va a hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. Pero sobre el tema de los sujetos, hablaremos más adelante.

Este delito se perfecciona por el mero acuerdo o pacto, basta que el agente acepte la promesa o reciba el don o presente, es decir, no se exige que el contenido del acuerdo se ejecute, esto es, que se haga o no alguna cosa en la administración pública.

En éste delito, como la manifiesta el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, las partes obran sobreseguras, saben que actualmente la letra de la ley es generalmente muerta en éstos asuntos y que no hay quien los delate.

Además, según la norma sustantiva penal del Capítulo VII perteneciente al cohecho, del Título III de los Delitos contra la Administración Pública, podemos observar que éste delito comprende dos hechos distintos: el del servidor que se deja corromper y el del corruptor, dándose la misma sanción para las dos partes.

Bien Jurídico

El bien jurídico amparado o tutelado por el derecho es en éste caso el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública, a través de la rectitud, honestidad y probidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes.

Forma de actuar que se encuentra peligrando gravemente por el hecho de la existencia de los actos de corrupción.

Adicionalmente, se considera que también es afectada la lealtad y el respeto a la administración pública por parte del otro partícipe necesario de la infracción que es el cohechante.

Por otra parte, se reprime la venalidad (actitud inmoral de la que comercia con procederes ilícitos) del servidor público, porque su sola existencia constituye una amenaza para el funcionamiento normal de la Administración, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que no interesa tanto la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa de cualquier tipo, incluso honorífica (ej. condecoración), que se convierte en el móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella.

Sujetos

El delito objeto de nuestro estudio, tiene como sujeto activo al cohechador y al cohechado, aunque exista la división en doctrina de cohecho activo y pasivo –que los analizaremos en capítulos siguientes, dependiendo si se trata de quien corrompe al funcionario público o de quien ostenta tal carácter o dignidad.

Mientras que sujeto pasivo de ésta infracción será siempre el Estado, aunque en algunos casos indirectamente se ofenda también a determinados particulares.

El cohechador, como ya lo mencionamos anteriormente y lo recalcamos ahora, es quien ofrece dinero, dádivas, presentes o promesas a cambio de que el cohechado haga o deje de hacer algo solicitado por su persona (cohechante) y relacionado con

sus funciones públicas, es decir, actos de su empleo u oficio, conocidos también como actos oficiales en el ejercicio de su cargo y que de una u otra forma van a beneficiar al cohechador.

El cohechado, es el funcionario público que por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva (dones o presentes) o aceptar una oferta o promesa, se compromete a hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones o en cuanto a un juez para dictar, demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asuntos de su competencia.

3. Cohecho Pasivo

Características

Como lo hemos mencionado en líneas anteriores, este cohecho es un delito de participación necesaria, es decir exige una pareja, que vienen a ser oferente y retribuyente, cohechante y aceptante, inductor e inducido, que dan lugar a los cohechos activo y pasivo.

La codelincuencia necesaria, como lo afirma Creus, demuestra que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo, es decir sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas por la ley.

El cohecho pasivo, por tanto consiste en que el sujeto activo del delito que es el funcionario público, acepte o reciba una dádiva, obviamente como un acto posterior a la oferta o promesa realizada por el cohechante, para ejecutar actos de su empleo u oficio, solicitados por el cohechador y que además estén dentro de la competencia territorial y material del funcionario, ya que caso contrario no será sujeto de cohecho.

Los actos a realizarse por parte del sujeto activo son: actos justos pero no sujetos a retribución; actos injustos; abstenciones de actos de su obligación o del orden de sus deberes; o hasta la comisión de un delito, que configura al cohecho agravado.

Consecuentemente la acción que perfecciona este cohecho es la aceptación de la promesa o la recepción de la dádiva antes del acto solicitado y esperado, por lo cual se excluye de ésta figura, toda cuestión referente al pago posterior. Siendo irrelevante que el funcionario cumpla o no lo pactado, puesto que una vez más recalcamos, que el delito se consuma con la sola aceptación de la promesa.

Sujetos Activos

Primeramente, cabe recordar que para ser sujeto activo de cohecho, es necesario que el "acto comprado" esté sometido a la competencia del funcionario o servidor público que lo va a llevar a cabo, caso contrario podrá ubicarse en cualquier otra figura delictiva como por ejm estafa, pero nunca en cohecho.

El Art. 285 del Código Penal, nos da a conocer que por una parte tenemos como sujetos activos del cohecho a "todo funcionario público y a toda persona encargada de un servicio público...". Frente a ello, es necesario primero determinar qué debemos entender por funcionario público y se ha dicho que es todo agente del Estado, que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, Encontramos además, que sujetos activos de la infracción pueden serlo: jueces, que también es un servidor público, pero que para el caso del cohecho, su participación reviste una mayor gravedad que la de cualquier otro servidor público, por lo cual en varias legislaciones incluida la nuestra, constituye un cohecho agravado. Adquiere tal calidad de agravado, mas que por ser juez, por la naturaleza jurisdiccional del acto realizado u omitido, que vendría a abarcar resoluciones o fallos que afectan a las partes por la emisión, demora o abstención.

Tenemos también que la calidad de sujeto activo de cohecho pasivo, con la calificación de agravado, la tienen los árbitros y componedores (mediadores), que aunque realmente no sean servidores públicos, se los incluyen en este aspecto porque administran justicia, al ser una especie de jueces privados que cada vez se van haciendo más comunes. Este vendría a ser un cohecho por extensión.

Dentro de los sujetos activos objeto de éste análisis, la ley nos presenta también al jurado que actualmente en nuestra legislación ecuatoriana, no existe y que en los países que se mantiene, es un Tribunal constituido por ciudadanos que pueden o no ser letrados y que son llamados por la ley para juzgar de acuerdo a su conciencia, sin considerar aspectos jurídicos sobre la inocencia o culpabilidad de un individuo. Representa la intervención popular en la administración de justicia.

Conducta o Verbo Rector

El cohecho se encuentra dentro de los tipos dolosos porque existe el conocimiento y la voluntad necesarios para el pacto ilícito. Así tenemos que el elemento subjetivo que motiva al funcionario es la oferta o promesa, en tanto que al corruptor le motiva la obtención de un beneficio representado por la realización de un acto o por la abstención de otro.

La conducta o verbo rector para éste caso es el recibir y aceptar, recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa. Se entiende que recibe, quien entra en tenencia material del objeto ofrecido, a través del traslado físico; pero respecto a éste punto surge una interrogante en cuanto a los bienes que requieren de ciertas formalidades para que se de la tradición, y este es el caso sobre todo de inmuebles o de vehículos que requieren el traspaso. Algunos doctrinarios han opinado en el sentido de que mientras no se cumpla con esas formalidades, no se puede hablar de recepción y por tanto tampoco de cohecho; pero a nuestro criterio, esto es muy riesgoso, ya que puede llevar a la impunidad de éste delito porque cualquier sujeto que haya sido cohechado puede estar en posesión del bien desde la realización del pacto (incluso sería lo más lógico) y no esperar a que primero se hagan los debidos trámites para el traspaso, pues creemos, que tan solo con esa posesión se está dando la recepción del bien y consecuentemente el cohecho, ya que si se alega que tal sujeto si bien poseía el objeto, pero que no existe cohecho porque aún no se han cumplido las respectivas formalidades, sería un absurdo, ya que incluso la intención del funcionario sería evidente, puesto que si no le interesaba el bien ¿por qué lo estaba poseyendo?.

La aceptación se da cuando el requerido admite o da su consentimiento para en un futuro recibir lo que se le promete por parte del requirente.

En caso de que el funcionario no se haya limitado a recibir o a aceptar lo ofrecido, sino que por el contrario ha tomado una

actitud de imposición, la infracción saldría de la figura del cohecho para entrar en la de la concusión. Sin embargo, lo que si es posible dentro del cohecho, es que la total iniciativa no provenga del cohechante sino que medie una ligera insinuación, una mera sugerencia o en fin actos del cohechado tendientes a facilitar el ofrecimiento o la promesa. Si sucede alguna de éstas últimas opciones, el agente receptor o aceptante de la dádiva o promesa, seguirá siendo autor de cohecho.

Modalidades

El cohecho como una figura de corrupción, tiene dos grandes modalidades:

1. Antecedente
2. Consecuente

El cohecho pasivo siempre es antecedente cuando hay simplemente el acuerdo, se acepta la oferta o promesa o se recibe los dones o presentes y se convierte en consecuente cuando se ejecuta por parte del funcionario público lo pactado, es decir, cuando realiza o se abstiene de hacer un acto.

El cohecho activo es antecedente cuando se ha compelido o ejercido alguna fuerza física o moral en la persona del funcionario, sean violencias o amenazas; actuar con el que se elimina la responsabilidad del funcionario y solamente se le juzga al cohechante por la infracción, aunque en la realidad se dice que al no haber otra parte, no sería cohecho. De la misma forma, es cohecho activo antecedente cuando corrompe el cohechante por promesas, ofertas, dones o presentes. Se convertiría en consecuente, en ambos casos cuando el funcionario haya realizado el acto o se hubiera abstenido de hacerlo por el apremio ejercido sobre su persona o por la promesa o dádiva.

Si no se llega a ejecutar el cohecho antecedente, queda en cohecho de mera actividad, un delito de ésta clase es aquel que requiere únicamente del comportamiento sin más, con el simple accionar se consume el delito.

Clases

Cohecho Propio

Cohecho propio, llamado también grave es aquel que comprende la realización de un acto injusto por parte del funcionario público. Tomando en cuenta, que por "injusto" debe entenderse lo que no está de acuerdo a la ley, cuando es contrario a derecho, y si no se trata de algo relacionado a la aplicación de la ley, injusto hace referencia a lo incorrecto, a lo alejado del sentido común.

Además, recordando las modalidades analizadas, el cohecho propio es antecedente y consecuente o subsiguiente.

Cohecho Propio Antecedente.

Está expresado en el Art. 285 incs. 2° del Código Penal y consiste en aceptar ofertas o promesas, o recibir dones o presentes para ejecutar en el ejercicio del empleo u oficio un acto manifiestamente injusto o para abstenerse de un acto obligatorio. En éste caso, varía la calidad de la conducta a realizarse, pues el acto injusto nunca será del empleo, es decir, no puede constituir algo que se le ha encomendado realizar al funcionario, pero sí puede darse porque está al alcance de dicho funcionario dado al ejercicio de su cargo.

Un ejemplo claro y común del caso sería, la coima a un policía por no tener los documentos en orden o por haber cometido una infracción de tránsito, pues el oficial de policía está encargado de controlar el orden y extender boletas de multa por el cometimiento de alguna de éstas infracciones; pero nunca estará dentro de los actos propios de su empleo, el recibir coimas a cambio de no cumplir con su obligación, que para el ejemplo sería el no extender la boleta de multa, aunque sea bajo del justificativo criollo de "dar cancelando la multa".

Lo que necesariamente debe existir en el presente caso es antijuridicidad en el acto y en la retribución (móvil para violar la ley), esto es, que tanto el uno como la otra sean opuestos al derecho. Y las penas para quien incurra en éste cohecho, son de prisión de uno a cinco años, multa de cuarenta a doscientos sucres y más la restitución del triple de lo recibido.

Cohecho Propio Subsiguiente.

A diferencia del inmediato anterior, aquí hay conducta, ejecución en el ejercicio del cargo de un acto injusto. Nuestro Código Penal, se refiere a éste en su Art. 286, en los términos de que se da esta clase de cohecho cuando el funcionario público o el encargado del servicio público, ejecuta en el ejercicio de su cargo un acto injusto o se abstiene de un acto obligatorio, por haber aceptado ofertas o promesas o por haber recibido dones o presentes.

Pues vemos, que para la existencia del cohecho propio subsiguiente o consecuente, no es suficiente el simple acuerdo sino la realización misma del acto injusto o la abstención del acto comprendido en el orden de sus deberes, es decir del acto obligatorio. Además, la oferta o promesa, los dones o presentes, siguen siendo el elemento subjetivo del tipo que da origen al actuar del funcionario en el sentido determinado.

Las penas señaladas por el Código para éste caso, son de reclusión menor de tres a seis años, multa de cien a quinientos sucres y restitución del triple de lo percibido.

Cohecho Impropio

Es aquel que pretende la realización de un acto que no es ilegal, es decir, de un acto justo pero que correspondería realizarlo correctamente y no por dádiva.

El Código Penal Ecuatoriano, se refiere a éste cohecho en el Art. 285, inc. 1°, al manifestar que es aquel donde todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público acepta una oferta o promesa o recibe dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, que sea justo y no remunerado.

En éste caso, podemos observar que basta la aceptación de la promesa u oferta, o la recepción de la dádiva (que constituye la retribución y por tanto viene a ser el elemento subjetivo motivacional), unida al propósito de la ejecución del acto, para que se configure el cohecho impropio antecedente; adquiriendo tal calidad porque aún no se realiza el "acto vendido", hecho con el cual se convierte en cohecho impropio subsiguiente.

En éste cohecho lo único antijurídico será la retribución, puesto que el acto del empleo u oficio siempre va a ser justo. Así tenemos un ejemplo que nos ayuda a ilustrar el caso, es el de una coima para que determinado funcionario acelere la entrega de un certificado, el hecho de entregar un certificado es un acto totalmente justo, considerando que para el ejemplo ese acto esté dentro de los que le compete realizar, pero sin darle derecho a recibir nada a cambio; por tanto la entrega del certificado solicitado es un acto justo, pero el cobro de la dádiva es antijurídico.

Las penas establecidas son prisión de seis meses a tres años, multa de cincuenta a cien sures y la restitución del doble de lo recibido.

Cohecho Agravado

El cohecho adquiere el carácter de agravado primeramente por la naturaleza del acto sobre el cual va a recaer el acuerdo venal, esto es, porque el funcionario ha aceptado las promesas o recibido las dádivas para cometer en el ejercicio de su

cargo un delito; y posteriormente porque el sujeto cohechado ostenta la calidad de juez, árbitro, componedor o jurado. Cualquiera de éstas dos alternativas le otorga al cohecho la calificación de agravado.

Nuestro Código Penal vigente, hace referencia al punto, en los Art. 287, 288 y 289, donde igual que en casos anteriores, las acciones son el aceptar ofertas o promesas o recibir dones o presentes, pero aquí existe la posibilidad de que sea para cometer un delito en el ejercicio de su cargo o para favorecer a una parte y consecuentemente perjudicar a otra en la administración de justicia, que es lo que generalmente constituirá el acuerdo venal cuando los sujetos activos sean quienes administran justicia.

Cuando se trate de un delito cometido por cohecho, este último será agravante genérico así tenemos que el Art. 30 del Código Penal, manifiesta que son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción... 1° "Ejecutar la infracción... por precio, recompensa o promesa...".

La pena determinada para éste caso es de reclusión mayor de cuatro a ocho años y una multa de cien a mil sures.

Pero en caso de que los sujetos cohechados fueren un juez, un árbitro, un componedor o un jurado, no importa la clase de cohecho que se trate, es decir, si es propio, impropio, antecedente o consecuente, sino que se le otorga la calificación de agravado por la condición del funcionario, por la investidura que le caracteriza y además por la naturaleza jurisdiccional del acto realizado u omitido, (como ya lo hicimos mención en líneas anteriores). Además, éstos actos abarcan resoluciones que van a ser decisivas en una causa, perjudicando o favoreciendo a una de las partes involucradas, ya que generalmente el acuerdo venal tiene el objeto de que el juez dicte, demore u omita pronunciar una resolución o fallo en un asunto sometido a su competencia.

El cohecho del árbitro y del componedor (mediador), reiteramos una vez más, que es cohecho por extensión porque no son empleados públicos, pero actualmente poseen importantes facultades equiparables a las de un juez, por lo que el hecho de ser cohechados constituye un acto grave porque corren peligro los intereses de los individuos que han depositado su confianza en ellos como una forma alternativa de resolver sus controversias.

A éste último caso de jueces, árbitro, componedores o jurados, le corresponde las penas de reclusión mayor de cuatro a ocho años, privación del ejercicio de la abogacía y una multa del triple de la recompensa, sin que ésta última pueda ser menor a cincuenta sures.

4. Cohecho Activo

Características

Según el Art. 290 de nuestro Código Penal vigente, encontramos que a diferencia del cohecho pasivo, el activo alude o se refiere a quien hubiese compelido u obligado mediante violencias o amenazas o diere u ofreciere dádivas a un funcionario público, a un jurado, árbitro o componedor o a una persona encargada de un servicio público en general, para que haga u omita un acto relativo a sus funciones y deberes.

Además, el cohecho activo no requiere de la codelincuencia necesaria que como lo analizamos en su momento, era exigida por el cohecho pasivo, puesto que en éste caso –cohecho activo- el delito se consuma sin la contribución de otra persona distinta al agente, ya que lo que aquí se requiere para dicha consumación es la entrega de la dádiva o la formulación de la oferta al funcionario, guiadas por la intención de obtener un determinado acto del funcionario o su abstención, e independientemente de que se logre o no un acuerdo, es decir no es necesario que la dádiva u oferta sea aceptada para que exista este delito.

Dicho de otra forma, "... si bien el cohecho pasivo presupone un hecho de cohecho activo, éste no presupone un cohecho pasivo, o sea, puede darse un cohecho activo aunque no concurra un cohecho pasivo."

Adicionalmente, así como no importa para la consumación del delito, la actitud del funcionario ante la entrega de la dádiva o ante la formulación de la oferta, tampoco interesa si el acto que constituye móvil del cohecho, fue ya realizado con anterioridad por el funcionario; puesto que basta con que el carácter futuro de la acción u omisión concreta se encuentre en la mente del cohechante.

Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad (no requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta).

Sujeto Activo

Sujeto activo de este tipo de cohecho puede ser cualquier persona, ya que para nuestra legislación es irrelevante la calidad que tenga dicho agente, puesto que el Art. 290 del Código Penal hace simplemente una mención general "Los que hubieren...", sin darle un tratamiento especial a ciertos individuos, como sí lo hacen otras legislaciones, así tenemos por ejemplo en Argentina donde el cohecho se agrava cuando el sujeto activo es otro funcionario público, y la pena comprende también la inhabilitación especial de dicho sujeto, sin importar la función que desempeñe.

Nuestra ley penal el momento de sancionar al cohechante, le da un tratamiento igual que al culpado de haberse dejado cohechar, esto es, penas privativas de la libertad y multas; y si se tratare de juez, árbitro, componedor o jurado adicionalmente se le priva del ejercicio de la abogacía, en su caso. Ello, además de la pena accesoria que viene a ser el comiso de las cosas entregadas por el cohechante, para que el Presidente de la República las destine a establecimientos de asistencia pública que

considere necesarios, según lo que se encuentra señalado en el Art. 291 de la ley sustantiva penal.

A nuestro criterio y basados en el principio ya mencionado anteriormente de que "tan corrupto es el que da como el que recibe", está bien colocarles al mismo nivel y gravedad a cohechante y cohechado, sancionándolos en la misma magnitud; pero lo que si consideramos conveniente y oportuno es que además de lo establecido en nuestra ley penal, tomásemos de otras legislaciones como la mencionada argentina, aspectos importantes y relevantes como el determinar categorías de sujeto activo de éste cohecho; puesto que si bien es grave que un particular corrompa u obligue a un funcionario público a la realización o abstención de un acto, más grave va a ser que otro funcionario público sea quien ejerza dicha acción y no sea

meritoriamente destituido e inhabilitado en el ejercicio de su cargo, ya que si no se lo castiga de esta manera adicional, la semilla de la corrupción seguirá manteniéndose dentro de la Administración Pública, ya que hasta que se de el juzgamiento penal que lleva su tiempo, dicho funcionario tendrá la oportunidad de seguir "trabajando" de esa forma e incluso de incentivar y acostumbrar a sus demás compañeros a hacerlo como una manera de agilitar y obtener lo que se necesite.

Conducta o Verbo Rector

En el cohecho activo la conducta o verbo rector es de dos clases:

Compelir por violencias o amenazas, lo cual implica obligarle al funcionario a actuar de determinada forma impulsado por el apremio físico o moral. Por tanto, dentro de esta primera conducta tenemos la "vis absoluta" que es la fuerza física y la "vis compulsiva insuperable" que es la fuerza moral; las mismas que eliminan cualquier responsabilidad de quien las sufre, respondiendo de esta forma por el respectivo delito, exclusivamente el cohechante, esto es, quien opera dichas fuerzas. En este sentido, muchos tratadistas han opinado que cuando se ejerza un apremio de esta clase y con esos propósitos determinados (realización de un acto de su empleo u oficio o la omisión de un acto relacionado con sus deberes), no se puede hablar de cohecho porque no hay otra parte; pero a nuestro criterio, sí constituye cohecho activo puesto que en primer lugar, hemos visto ya que para esta clase de cohecho no se requiere la codelinuencia necesaria que era fundamental en el cohecho pasivo, basta que el agente entregue la dádiva o formule la propuesta al funcionario para que la figura delictiva adquiera su forma, y en segundo lugar, la misma ley sustantiva penal expresamente manifiesta como conducta del cohecho activo el "compelir por violencias o amenazas", lo que sucedería a nuestro modo de ver es que constituiría un caso donde existiría únicamente cohecho activo y no pasivo.

Corromper por promesas, ofertas, dones o presentes, igualmente dirigidos a obtener un acto del empleo u oficio aunque fuere justo, pero no remunerado o para conseguir la omisión de un acto del orden de los deberes del funcionario. Esta segunda conducta vendría a ser en la primera parte un cohecho impropio antecedente, puesto que la entrega de la dádiva o la formulación de la propuesta es para la realización de un acto justo no sujeto a retribución; mientras que la segunda parte configura al cohecho propio antecedente porque es dirigido a abstenerse de ejecutar un acto de su obligación.

5. Aceptación De Dádivas

Se conoce como dádiva al "don o alhaja que se da graciosamente a otro, a un juez u otro funcionario público para tenerle favorable en la decisión de algún negocio."

En el delito de cohecho, el término de dádiva implica una cosa que puede darse, entregarse o transferirse, a un funcionario público con un determinado fin (venal), en consideración a su oficio y mientras él conserve tal calidad, existiendo generalmente como contrapartida la acción del funcionario de recibirla o admitirla para realizar lo acordado.

En la legislación penal ecuatoriana como hemos analizado en líneas anteriores, la conducta rectora del cohecho gira alrededor de "las promesas o las dádivas", sea que se trate de aceptar o recibir (cohecho pasivo) o de corromper (cohecho activo). Pues, respecto a dichas promesas o dádivas, se ha generalizado el criterio de que no necesariamente deben tener un contenido económico, ya que pueden consistir en una satisfacción cualquiera, es decir honorífica, intelectual, sexual, recreativa, etc; además pueden ser en provecho del cohechado o de terceras personas, tomando en cuenta que si es en provecho de la Administración, no habría cohecho, lo que puede haber es prevaricato (ejm que un juez de consejo al cohechante para que gane un juicio, en perjuicio de la otra parte) o cualquier otro acto contra la Administración Pública.

Las promesas o las dádivas deben ser aceptadas por el cohechado como retribución al acto que él va a realizar o a abstenerse de ejecutarlo, quedando por tanto, fuera del mencionado delito, los actos de mera gratitud o benevolencia, al igual que los homenajes (ejemplo por el día del maestro –cuando coincida que un funcionario público es también maestro; o plaquetas u objetos significativos que se presentan a los jefes de Estado, en visitas, inauguraciones, etc.), canastas navideñas u otros actos que son de uso social impuestos por la costumbre, frecuentes y sin ánimo de corromper y que como tales no entran al campo de lo ilícito.

Sin embargo, respecto a este último punto vale mencionar que cada caso siempre hay que valorarlo, puesto que sobre todo como lo dice Carrara, los llamados "agradecimientos anticipados" siempre van a ser sospechosos de cohecho, ya que por ejemplo no es lo mismo una canasta navideña común y corriente de alimentos, y una de regalos de cuantioso valor que toma la apariencia de canasta navideña.

Todo ello confirma que para la existencia del delito de cohecho, debe existir en el acto un contenido venal con el elemento subjetivo del dolo y que se representa en el hecho de que las partes conocen el carácter de la entrega de la dádiva o de la formulación de la propuesta y bajo ese conocimiento lo aceptan. Dicho en otras palabras, se requiere una vinculación subjetiva, psicológica entre el querer y el hacer, que el uno sea consecuencia del otro y que para el caso del cohecho es el entregar una dádiva o formular una propuesta (hacer) con el fin de conseguir una actuación determinada del funcionario público en general (querer).

Adicionalmente y con respecto al tema de esta Monografía, cabe mencionar que la Constitución Política de la República vigente, al hablar de la Función Pública por una parte manifiesta que todo dignatario, autoridad, funcionario o servidor público es responsable por sus actos realizados en el ejercicio de su función o por sus omisiones, y por otra que la acción para perseguirlos por alguno de los delitos contra la Administración Pública, así como las correspondientes penas, son

imprescriptibles y los juicios se iniciarán y continuarán aunque el o los acusados no se encuentren presentes; haciéndose éstas normas aplicables incluso para quienes hayan participado en esta clase de delitos aunque no ostenten las calidades señaladas.

Dichas normas constitucionales son una innovación hasta cierto punto reciente, que pretenden que estos delitos que tienen como sujeto pasivo al Estado y a través de él a la sociedad porque la corrupción la va consumiendo a pasos agigantados, no queden en la impunidad y peor aún en el olvido, sepultados por el transcurso del tiempo bajo la denominación de prescripción de la acción o de la pena.

Frente a tales disposiciones de imprescriptibilidad, expresamos nuestro acuerdo, puesto que han sido ya muchos los casos en que funcionarios culpables han quedado libres de sanción, gracias a saber utilizar de acuerdo a sus conveniencias la

citada prescripción, que generalmente lo hacen ocultándose por un tiempo para luego de transcurrido tal, aparecer ante la sociedad y hacer como que aquí no ha pasado nada.

A mi criterio, esta forma de actuar evadiendo fácilmente la ley, ha sido hasta hace poco tiempo un incentivo para los demás corruptos, ya que cada caso donde la ley se vea burlada, es una confirmación más de que el ejercicio de la corrupción es un modo de vida y algo normal; realidad que creemos puede cambiar con las disposiciones de la Constitución vigente, puesto que al menos ahora se podrán juzgar estos casos de corrupción en cualquier tiempo y sin necesidad de que el acusado esté presente en el juicio, es decir el transcurso del tiempo que antes era un arma de los corruptos, actualmente se vuelve contra ellos y deja de ser un obstáculo en este sentido para la correcta administración de la justicia.

6. Conclusiones

Concluyendo el presente trabajo monográfico podemos manifestar que el delito de cohecho es una de las representaciones de la corrupción imperante en nuestro medio, que ataca al Estado y directamente a su Administración porque impide el funcionamiento normal y correcto de ella, a través de una actitud contraria a la rectitud, honestidad y probidad que debe caracterizar a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes.

La existencia de este delito no se remonta a tiempos contemporáneos sino mas bien antiguos, pero es ahora cuando más se encuentra en auge, puesto que poco a poco se ha ido introduciendo y enraizando en la sociedad hasta convertirse en una forma natural de obrar y vivir, que es como actual y lamentablemente lo conciben muchas personas, quienes bajo el convencimiento de que los empleados del Estado están mal pagados, coadyuvan a eliminar sus escrúpulos creyendo que todos los demás tienen un precio y que esa es la forma como se debe "arreglar" a cualquiera.

Hemos encontrado también a lo largo de este análisis que en la comisión de este delito hay dos sujetos que son el cohechante y el cohechado; que el delito del funcionario consiste en aceptar la propuesta o recibir la dádiva, es decir un acto positivo y personal, quedando consumado el delito con el simple acuerdo; mientras que el delito del particular consiste en compelir por violencias o amenaza, presentar la propuesta u ofrecer la dádiva, consumándose el ilícito con la realización de tales actos.

Entre estos dos sujetos aunque no siempre se requiera una codeinfluencia necesaria para la existencia de esta figura delictiva, tenemos el caso de que no puede existir cohecho pasivo sin cohecho activo, pero sí puede darse cohecho activo sin cohecho pasivo.

Para que exista cohecho, hemos afirmado también que es necesario que medie una relación de carácter interno, psicológico, en el sentido de que la entrega de la dádiva o la formulación de la promesa han de ser en consideración a una conducta futura del funcionario cohechado, aunque tal carácter de futuro se encuentre únicamente en la mente de cohechante, puesto que se trata de un delito doloso.

Concluyendo este trabajo, podemos aseverar que esta forma de corrupción es un fenómeno que va creciendo cada vez más en sus diversas clases y modalidades, y si bien no está en nuestras manos solucionar de manera absoluta el problema, es un deber nuestro el denunciar los casos que lleguen a nuestro conocimiento y fundamentalmente no caer en este sistema, ya que colocarnos en el plan de que el cohecho existe por necesidad o porque nadie puede terminar con él, es una forma de convalidarlo y el callar o cubrir con un silencio culpable, es un error que coadyuva al fracaso en la búsqueda de la justicia.

7. Bibliografía

- Cordero Acosta José

Apuntes sobre los Delitos contra la Administración Pública. Cuenca.

- Creus Carlos

Delitos contra la Administración Pública.- Ed. ASTREA.- Buenos Aires.

- Escriche Joaquín

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 2. Ed. Fondo de Cultura Ecuatoriana.

- German Ramirez Jorge

Estudios Sueltos de Derecho Penal, Procesal y Sociología Judicial.- Quito.

- Goldstein Raúl

Diccionario de Derecho Penal y Criminología.- Ed. ASTREA.- Buenos Aires

- Guzmán Lara Anibal

Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano.- Tomo 1.- Ed.Epoca.- Quito – Ecuador.

- Jaramillo Ordóñez Herman

Manual de Derecho Administrativo.- Ed. Facultad de Jurisprudencia Universidad de Loja.- Loja – Ecuador.

- Labatut Glenda Gustavo

Derecho Penal.- Tomo 2.- Ed. Jurídica de Chile.- Santiago de Chile.

- Ossorio Manuel

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.- Ed. Heliasta S.R.L.-

Buenos Aires – Argentina.

- Soler Sebastian

Derecho Penal Argentino.-Ed.Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires.

Leyes:

Constitución Política del Ecuador.1998

Código Penal Ecuatoriano.- 1995.

Trabajo enviado por:

Dra. Ma. Victoria Ordóñez V.

Matr. 1933 C.A.A.

tordonez@cue.satnet.net