

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE DERECHO

CARRERA: DERECHO

SEDE QUITO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

TEMA:

**EL EXTRAÑO EN LOS DELITOS DE SUJETO ESPECIAL EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

AUTORA:

MELIBETH ALEXANDRA ZABALETA LÓPEZ

TUTORA:

MARILY RAFAELA FUENTES AGUILA

QUITO - 2025

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Yo, Marily Rafaela Fuentes Águila, en calidad de asesor del trabajo de investigación designado por la comisión de titulación en la carrera de Derecho, sede Quito de Universidad Metropolitana "UMET", certifico que la estudiante Melibeth Alexandra Zabaleta López, ha culminado el trabajo de investigación con el tema "El extraño en los delitos de sujeto especial en el Código Orgánico Integral Penal" quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos, por lo que se aprueba el trabajo de investigación.

Es todo en cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Dra. Marily Rafaela Fuentes Águila PhD.

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Melibeth Alexandra Zabaleta López**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera de derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente ensayo versa sobre el tema “El extraño en los delitos de sujeto especial en el Código Orgánico Integral Penal” y las expresiones vertidas en la misma, son autoría de la compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, revistas, artículos, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente:

Melibeth Alexandra Zabaleta López

C.I. 1714807045

Autor

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **Melibeth Alexandra Zabaleta López**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación: “El extraño en los delitos de sujeto especial en el Código Orgánico Integral Penal”, modalidad de ensayo, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Melibeth Alexandra Zabaleta López

C.I. 1714807045

Autor

DEDICATORIA

A Dios y mi familia, por haberme dado la oportunidad de llegar hasta este momento en que aspiro convertirme en abogada.

AGRADECIMIENTO

A mi familia y a todos mis compañeros de estudio y docentes de la Universidad Metropolitana.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR.....	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
ÍNDICE.....	VII
RESUMEN.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	1
DESARROLLO.....	4
Sujetos de la infracción penal.....	4
La relación entre la autoría y la participación.....	7
Autoría y sus formas de previsión legal.....	8
Autoría mediata y sus formas de previsión legal.....	10
Coautoría.....	13
Complicidad.....	14
Participación en el delito y el sujeto especial o cualificado.....	15
Postura de la Corte Constitucional de Colombia.....	20
Posición del Tribunal Supremo de España.....	21
CONCLUSIONES.....	24
BIBLIOGRAFÍA.....	26

RESUMEN

El presente ensayo versa acerca de la participación en los delitos de sujeto especial, a partir de las controversias y debates que se suceden en la práctica y en la doctrina acerca de cómo considerar a la persona que no posee la cualidad de servidor, funcionario público u otras funciones determinadas por el cargo y, ejecuta o participa conjuntamente con el sujeto cualificado en la ejecución de los ilícitos penales. Generalmente este sujeto conocido como “extraño”, que no reúne las cualidades para ser sujeto activo del delito es considerado como cómplice de la infracción penal, pero en otros casos, la jurisprudencia, incluida la ecuatoriana lo ha calificado como coautor sobre la base de que esta persona ha tenido una contribución y aportación principal para lograr el resultado delictivo, que casi siempre radica en el apoderamiento de dineros públicos o bienes. En estos típicos actos de corrupción, por razones de política criminal, las cortes y juzgados han decidido sancionar a los “extraños” como coautores, criterio con el cual se coincide, sin embargo, en esta investigación predomina el razonamiento de que la regla debe ser, estimarlos cómplices, que es la interpretación más razonable que se puede realizar, a partir de la descripción normativa que realiza el Código Orgánico Integral Penal. Para alcanzar los resultados se utilizó una metodología de investigación jurídica, basada en los métodos teóricos que toman como referentes libros, artículos de revistas y la jurisprudencia ecuatoriana.

Palabras clave: extraño, participación en el delito, sujeto especial, teoría del delito.

ABSTRACT

This essay is about participation in special subject crimes, based on the controversies and debates that occur in practice and in doctrine about how to consider the person who does not possess the quality of servant, public official or other functions determined by the position and, executes or participates jointly with the qualified subject in the execution of criminal offenses. Generally, this subject known as a “stranger”, who does not meet the qualities to be an active subject of the crime, is considered an accomplice of the criminal offense, but in other cases jurisprudence, including the Ecuadorian one, has qualified him as a co-author on the basis that this person has had a contribution and main contribution to achieving the criminal result, which almost always lies in the seizure of public money or property. In these typical acts of corruption, for reasons of criminal policy, the courts and tribunals have decided to sanction “strangers” as co-authors, a criterion with which they agree; however, in this research the criterion that the rule must be predominates, consider them accomplices, which is the most reasonable interpretation that can be made, based on the normative description made by the Comprehensive Organic Penal Code. To achieve the results, a legal research methodology was used, based on theoretical methods that take books, magazine articles and Ecuadorian jurisprudence as references.

Keywords: stranger, participation in the crime, special subject, theory of crime.

INTRODUCCIÓN

La participación en el delito ha sido una de las más polémicas temáticas que se han suscitado en el mundo contemporáneo, sobre todo cuando en un hecho participan o coparticipan varios sujetos, cuestión que se complejiza aún más si esta participación conjunta se produce en delitos que han sido considerados como de sujeto especial, pues estas tipicidades delictivas requieren que para ser autor del delito se necesita contar con una condición o cualidad especial como es la de ser servidor o funcionario público, juez, perito o educador, miembro de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional, entre otros, con lo cual limita las personas que pueden ser considerados autores.

La problemática se suscita porque en la realidad o en la práctica sucede que con el sujeto activo del delito cualificado como es el caso del Peculado, muchas veces participan conjuntamente otros sujetos que no poseen esa condición de servidor público. Este es el conocido como “el extraño”, entonces surge la interrogante acerca de cómo calificar la participación de esta persona ¿cómo autor o como cómplice? Pero ¿Quién es el extraño o el *extraneus*? ¿A quién se refiere la doctrina en estos casos? De momento solo cabe mencionar lo que la Real Academia ha expresado en torno a esta persona y, luego, se realiza un análisis jurídico penal de esta figura en el Derecho Penal.

La Real Academia Española al definir lo que es “la participación del extraño en delitos de sujeto especial” expresa:

Es la posibilidad de imputar un delito especial al extraño —*extraneus*— que participa en esta clase de delito como inductor o cooperador necesario, con posible imposición de la pena inferior en grado. Este es el sistema seguido por el Código Penal español en el artículo 65.3, el cual no contempla la misma atenuación para el *extraneus* que participa en el delito especial como cómplice. Con anterioridad a esta reforma legal, un sector doctrinal postulaba la «ruptura del título de imputación» en el delito especial impropio, de modo que el partícipe *extraneus* habría de responder, no por el delito especial, sino como partícipe del paralelo delito común (Real Academia Española, 2023).

Por supuesto que esta definición es solo el enunciado de una serie de cuestiones que requieren de profundo estudio técnico jurídico, pues en ella se

encuentran conceptos que ha ido desarrollando la teoría del delito para poder dar respuesta a las complejidades que se suscitan al momento de definir o calificar las infracciones penales y el concepto de participación, sobre todo en delitos funcionariales o de sujeto especial. Sirva esta definición como punto de partida para conocer las razones por las cuales en el título del presente ensayo se hace referencia al extraño y las problemáticas que se suscitan alrededor de esta institución jurídico penal.

Al respecto de la participación de este sujeto no cualificado o extraño en los delitos que exigen una característica o cualidad determinada para que sean responsables del delito, existen, al menos, dos posiciones; o se califica como autores a todos los intervinientes en el hecho o se distingue y sanciona al “extraño sujeto no cualificado según el grado de injerencia que tuvo en el hecho” y en tal caso se decide si es cómplice o autor o coautor. Pudiera mencionarse una tercera posición, y es que se sancione al partícipe “extraño” por un delito distinto, por ejemplo, se sanciona al funcionario por peculado y al extraño por hurto.

Las posiciones de la jurisprudencia, en cuanto al modo de calificar o de exigir responsabilidad penal “al extraño” no han sido uniformes en ese sentido. Aunque en algún momento histórico, incluso se consideró que, si el delito era funcional el extraño no respondía penalmente, esta posibilidad quedó atrás hace mucho tiempo. En la actualidad la cuestión controvertida es otra, pues ya la doctrina y la jurisprudencia son contestes en que es punible para “el extraño” también, aunque él no tenga la cualidad de sujeto activo en los delitos en que se exige. En realidad, si participó en la ejecución de la infracción debe responder penalmente, sin embargo, sigue latente la interrogante que puede ser considerada como problema objeto de estudio, que es la siguiente:

¿Cuál debe ser la calificación correcta del concepto en que participa el “extraño” o sujeto no cualificado en los delitos de sujeto especial?

Por supuesto que, para este análisis, se requiere introducirse en categorías del Derecho Penal como son las de autoría, complicidad, coautoría, delitos de sujeto especial, o delitos de sujeto general, delitos unisubjetivos o plurisubjetivos, entre otros. Para ello se han planteado varios objetivos con los cuales se pretende dilucidar la problemática y preocupación que da lugar a este estudio, indagando en

las teorías, en las normas jurídicas y en la jurisprudencia nacional y la internacional los razonamientos ofrecidos por los juristas que han estudiado la temática y por los jueces que han dictado sentencias en casos sometidos a su conocimiento.

Los objetivos planteados son los siguientes:

Objetivo general:

- Analizar los fundamentos para la calificación correcta del concepto en que participa el “extraño” o sujeto no cualificado en los delitos de sujeto especial.

Objetivos específicos

1. Evaluar el tratamiento teórico y jurídico ofrecido a la participación en el delito, con énfasis en el contexto ecuatoriano.
2. Determinar los criterios que han sostenido en la práctica los jueces en cuanto a la calificación de la participación del extraño en delitos de sujeto especial.
3. Proponer una conclusión razonable en cuanto a la forma en que debe calificarse la participación del extraño en los delitos de sujeto especial.

Tratándose de un estudio de derecho sustantivo, respecto al cual existen precedentes en libros, revistas, sentencias y en la legislación, este ensayo se centra en el campo casi exclusivo del Derecho Penal, por lo que se ha establecido una metodología de investigación jurídica basada fundamentalmente en la aplicación de métodos teóricos, como el análisis y la síntesis, el razonamiento lógico, el método exegético, el de Derecho Comparado y el estudio de la jurisprudencia.

Han sido significativos los métodos de Derecho Comparado y el estudio jurisprudencial que, en realidad no se pueden evaluar como absolutamente separados sino de manera conjunta, pues las sentencias son las que más relevancia tienen en esta comparación. En países como España y en Colombia, esta también ha sido una situación que en la práctica ha traído controversias entre los penalistas, sobre todo a partir de los recursos de apelación y casación e inconformidades de los abogados al defender a sus clientes que no califican como sujetos especiales y han sido sancionados por delitos funcionariales. Todo ello demuestra la necesidad de explorar, indagar, reflexionar y tomar postura en cuanto a la calificación de la participación del extraño en los delitos de sujeto especial.

DESARROLLO

Sujetos de la infracción penal

Dentro de los múltiples conceptos que se manejan en la teoría del delito en cuanto a los sujetos en el ámbito del Derecho Penal sustantivo, se encuentran los de sujetos activos y pasivos o los relacionados con autores, cómplices o coautores. Aunque todos guardan relación, lo cierto es que la doctrina ha establecido una diferencia entre lo que son sujetos y lo que son autores, cómplices o coautores. Cuando en este estudio se hace referencia a los sujetos no se está aludiendo al ámbito procesal sino al campo penal sustantivo, es decir, a aquellas personas que concurren en la comisión del delito, sea en forma activa o pasiva. El sujeto activo es quien ejecuta la acción u omite hacer algo que debía hacer y el sujeto pasivo es sobre quien recae la acción o la omisión o el bien jurídico protegido (Albán Gómez, 2018).

En consideración de (Díaz Aranda, 2014):

El sujeto activo es aquel que realiza la conducta que normativamente se considera como prohibida, sea de acción o de omisión, mientras que el sujeto pasivo es aquella persona o ente cuyo bien jurídico protegido fundamental ha sido lesionado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto activo (p.46).

Ahora bien, este concepto es distinto al de autor del delito pues este tiene que ver con lo que en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) en el caso del Ecuador o en cualquier Código Penal, se le denomina participación en el delito, caso en el que regularmente las legislaciones penales califican como autor, cómplice o coautor. La autoría, complicidad o coautoría hacen referencia al grado y participación en el delito. Aunque los conceptos de sujeto activo y autor se vinculan, lo cierto es que primero hay que determinar si la persona intervino en los hechos como sujeto activo y luego se califica el grado de participación como autor, cómplice o coautor.

En Derecho Penal sustantivo es muy importante lo relativo a los sujetos del delito o de las infracciones. La doctrina también ha desarrollado clasificaciones de delitos unisubjetivos o plurisubjetivos, según sea el número de sujetos que intervienen en la comisión de los hechos, pueden haber sido varios o uno solo. También está una clasificación que es la que se relaciona con el presente estudio y

es la de delito de sujeto general o indeterminado y de delito de sujeto especial o cualificado o determinado. A estos delitos se les ha denominado en la teoría también como delitos especiales o cualificados, en los que se exige que el sujeto activo sea calificado, como, por ejemplo, cuando se expresa: “El servidor público que”.

Al respecto de los sujetos activos especiales o cualificados (Polaino Navarrete, 2013) expresa que son “sujetos revestidos de una especial cualidad fundante que les identifica y distingue de los demás” (p.31). Las figuras delictivas que describen esta cualidad tienen la característica de que en estos supuestos no puede cualquier persona ser sujeto activo del delito. Los delitos que tienen como sujeto una persona determinada se les califica como delitos especiales. En tal sentido, (de Quiroga López, 1996, pág. 169) expresa que los delitos especiales son aquellos en que “no toda persona puede ser autor” sino que dicha autoría se encuentra limitada a determinados sujetos.

A diferencia de los delitos comunes o de sujeto general que pueden ser cometidos por cualquier persona, en estos casos de delitos especiales el sujeto es una persona que reúne determinadas características o condiciones o está sujeta a un deber. Entre estos delitos especiales figuran el “Prevaricato de las o los jueces o árbitros”, previsto en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal, cuyos sujetos activos son, “Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros” o puede ser también delito especial el “Prevaricato de las o los abogados”, previsto en el artículo 269, en que el sujeto activo solo puede ser: “La o el abogado, defensor o procurador” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

También son delitos de sujeto especial el Peculado, la Omisión de denuncia del artículo 277; el delito de Cohecho del artículo 280 en la figura básica donde expresa “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado”; el delito de concusión previsto en el artículo 281 que describe exactamente lo mismo en su primer párrafo respecto a quienes pueden ser sujetos activos del delito (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

El delito de espionaje, del artículo 354, contiene la descripción de un delito de sujeto especial cuando señala: “La o el servidor militar, policial o de servicios de

inteligencia”. Así, tal como se muestra en estos preceptos, existen otros tipos penales que contemplan como previsión legal que el sujeto activo sea una persona con cualidades específicas, sea un profesional de la salud, un director, educador u otros (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). También pueden ser los médicos o los académicos o docentes o tutores o empleadores, es decir, existen un número elevado de tipicidades que pueden ser delitos especiales o de sujeto especial.

Una buena parte de los delitos especiales tienen previsto como sujeto activo al servidor público o funcionarios públicos, estos son los delitos conocidos en la doctrina como delitos funcionariales o de corrupción. En estos tipos penales el funcionario o servidor público que es autor, se le considera como *intraneus* y cuando esta persona con un cargo público o una función especial participa con otro que no tiene esa cualidad, a este otro se le denomina en la doctrina como *extraneus* o extraño. Esta persona que nada tiene que ver con el cargo que se exige, es el extraño, el que, en verdad, no tiene una función pública o no posee la cualidad que exige el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En un estudio realizado por Andrade Aguirre, Gabriela Maritza, Cornejo Aguiar, José Sebastián y Comas, Rodríguez Raúl en la Universidad Regional Autónoma de los Andes en el año 2022, sobre la participación del sujeto activo no calificado en el delito de peculado, definen al extraño o *extraneus* como:

Un individuo que tiene participación en la comisión de un delito de peculado, pero que carece de determinada condición que exige la ley – ser funcionario público-, de ahí la dificultad que ha conllevado la tipificación de este delito en cuanto al procesamiento y sanción de este sujeto (Andrade Aguirre y otros, 2022, pág. 1).

Los citados autores ecuatorianos, luego de entrevistar a varias personas con suficiente experiencia en el ámbito académico y práctico en el Ecuador realizan una valoración respecto a la participación del extraño en delitos de Peculado, concluyendo en cuanto al delito de Peculado, que este es de tipo especial pues es cometido por funcionario público, “a quien injustamente se le ha encargado la administración de esos bienes, y que aprovechándose de esa condición realiza acciones para lograr su beneficio propio” (Andrade Aguirre y otros, 2022, pág. 15) .

Aclaran los autores que existen casos en que el cometimiento de esta acción es realizado por personas que no son funcionarios públicos, pero que logran a

través de actos y maniobras apropiarse de bienes del Estado. En tal sentido, se señala por la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana también esto como una problemática que encierra la tipificación del delito de peculado y, de ahí, es que deviene la imperiosa necesidad de que la legislación penal considere variantes y posibilidades prácticas que pueden acontecer en la consumación de este tipo de delitos (Andrade Aguirre y otros, 2022). Finalmente, en las conclusiones, se propone lo siguiente:

En el caso de la legislación penal ecuatoriana la responsabilidad penal, así como la aplicación de la pena y la reparación integral, deben considerar la participación y el grado de responsabilidad de individuos que sin ser funcionarios públicos, en el caso del peculado, logran el cometimiento de este delito por intermediarios y beneficiarios, que siendo funcionarios públicos, la ley les considera como autores principales del delito, que no en todos los casos puede ser lo apropiado y justo (Andrade Aguirre y otros, 2022).

Lo cierto es que el extraño puede ser una persona que participa, ejecuta, induce, planifica y se beneficia también con el delito. Entonces, por supuesto, que, generalmente, los estudiosos del Derecho sostienen en sus tesis que debe ser sancionado, pero es plausible el razonamiento de que no hay por qué reprocharle al extraño con la misma intensidad que al *intraneus* o servidor público, porque él no tiene el cargo, ni tiene un deber de probidad como el funcionario o servidor público o el juez, a tal punto que el legislador creó la figura delictiva para exigir responsabilidad al servidor público. Claro que esta postura no es absoluta, pues hay quienes piensan que el “extraño” merece pagar al igual que el *intraneus*.

Para la mejor adopción de una postura en cuanto a esta temática, se procede a analizar las teorías y las regulaciones que hasta la fecha se regulan en Ecuador en cuanto a la participación en el delito. Las formas en que se tratan jurídicamente estos temas en la parte general del Código Orgánico Integral Penal son la base para poder fundamentar luego las posiciones teóricas que se adoptan (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Posteriormente, se analiza la jurisprudencia, que también puede ayudar a sustentar la propuesta que se concentra en las conclusiones de este estudio.

La relación entre la autoría y la participación

El delito puede ser cometido por un sujeto o por varios. No obstante, las figuras de delito previstas en la Parte Especial del Código Orgánico Integral Penal, o sea, donde se describen las conductas delictivas, están definidas en su gran mayoría sobre la base de un solo sujeto. Precisamente por esta razón resulta necesario establecer reglas de participación cuando existe una conducta cometida por varias personas en un hecho delictivo; estas reglas están descritas en los artículos 41 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Cuando el delito es producto de la actividad conjunta de varias personas, se suscitan dos cuestiones principales:

- a) primera, la relativa a la naturaleza de la aportación al delito de cada uno de los concurrentes; y
- b) segunda, la referida a la responsabilidad penal que corresponda a los diversos concurrentes, según la índole de su intervención en el hecho punible.

La distinción entre autor y partícipe es independiente de que la ley decida sancionarles del mismo modo o, por el contrario, establezca una penalidad diferenciada para unos y otros. La cuestión del grado de la responsabilidad penal contraída por los diferentes intervinientes ha sido objeto de diverso tratamiento teórico y legislativo, pero siguiendo, en general, dos corrientes principales: la que incluye todas las clases de intervinientes dentro del concepto general de autor (concepto unitario de autor); y la que distingue varias formas de intervención con arreglo a la importancia material de las contribuciones al hecho (teorías que distinguen entre autor y partícipe). Esta es la corriente que sigue la legislación ecuatoriana y la mayoría de las legislaciones del sistema continental de Derecho.

En el Ecuador (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) se distinguen solamente tres formas de participación:

- a) Autoría
- b) Coautoría
- c) Complicidad

Autoría y sus formas de previsión legal

Seguidamente, se analizan cada una de las formas de participación que ha previsto la norma penal ecuatoriana, ya sean autores, coautores o cómplices de un hecho de carácter delictivo, cada uno con sus correspondientes reglas de punibilidad (sanción). El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) ofrece quizás una definición algo limitada, pero que en definitiva hay que tener en cuenta. Así, el artículo 42, establece lo siguiente:

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

1. Autoría directa:

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

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En este primer artículo del Código Orgánico Integral Penal referido a la participación en la conducta delictiva se hace referencia, en primer lugar, a la autoría de manera directa, o sea, a la persona que ejecuta los hechos por sí mismo de una manera irrefutable y, en segundo lugar, a aquella persona que, teniendo la obligación social de impedir la conducta o al menos intentarlo, no lo hace, omitiendo una obligación normativa dispuesta en ley. En ambos casos se consideran autores de la infracción penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En el inciso a) del Código Orgánico Integral Penal referido a quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata; estas personas son las que de manera indiscutible incurren en la conducta, o sea realizan todos los actos descritos en el tipo penal por sí mismos, sin la intervención de otras personas. En esos casos la regla de punibilidad, es decir, el requisito para sancionarlo, no ofrece complicaciones pues se dispone la pena dentro del marco penal previsto para cada delito en particular (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Sin embargo, a este precepto del Código Orgánico Integral Penal se hacía referencia cuando se afirmaba anteriormente que la definición era limitada, pues no se expresa que el autor directo “ejecuta” el hecho por sí mismo (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). En este punto, Eugenio Raúl Zaffaroni, reconocido penalista y criminólogo, al referirse a esta forma de autoría expresaba que este es el caso del

“ejecutor” y de quien tiene el “dominio de la acción”, es decir, quien ejecuta y domina la acción, es autor (Zaffaroni, 2002)

En torno al dominio del hecho o de la acción en la teoría de la participación Claus Roxin ha expresado que autor “es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito” (Roxin, 2014, pág. 69) . Esto significa que el autor del hecho es aquella persona que domina la totalidad del acto y lo ejecuta por sí mismo. El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), sin embargo, no hace mención a ninguno de estos elementos expresamente y, no es que tenga que describir todos estos aspectos, pero se deberían tener en cuenta al aplicar estos artículos a los casos concretos.

En cuanto al caso del inciso b) del Código Orgánico Integral Penal, referido a quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo es un supuesto de autoría previsto específicamente para personas que están obligadas a actuar en determinados casos por poseer una condición especial en relación con la sociedad, por ejemplo, los Policías Nacionales, Agentes del Orden Público-Metropolitanos, Oficiales de Tránsito, Militares; entre otros (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Este supuesto de autoría está estrechamente vinculado a lo previsto en el artículo 23 cuando señala “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” asociándolo con una acción positiva de dejar de hacer algo a lo que se está obligado jurídicamente. A esto es a lo que en la doctrina se le denomina comisión por omisión (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Ejemplo de este supuesto es el del Policía Nacional que tenía una obligación social de intervenir y dejó de cumplir con su deber jurídico, por tanto, se considera autor directo del delito y será sancionado con la misma pena prevista en el tipo penal que el sujeto que realizó los actos de ejecución por sí mismo.

Autoría mediata y sus formas de previsión legal

En este caso la ley ha previsto una serie de formas de participación que resultan un poco más complejas. Los autores mediatos son aquellos que ejecutan el hecho por medio de otro que no es autor o es un sujeto inimputable (que no se le puede exigir responsabilidad penal), o no responde penalmente del delito por haber actuado bajo la violencia o coacción, o en virtud de error al que fue inducido. Este

autor mediato es aquel que ha causado el comportamiento previsto en la figura delictiva, sirviéndose para la ejecución del hecho de otra persona como instrumento (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

La autoría mediata requiere, por lo menos, la intervención de dos sujetos: el llamado “instrumento” y el “autor mediato” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). El apartado 2 del Artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal recoge la penalidad de lo que se da a llamar autoría mediata, en sus cuatro modalidades.

En tal sentido el artículo 42, inciso 2 establece que la autoría mediata se refiere a: “Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). En este caso la ley se está refiriendo a un sujeto que consigue, por medio de la manipulación psicológica, determinar o convencer a otra persona para que cometa un delito. Inducir o instigar significa causar, de manera intencional, mediante el influjo psíquico sobre otra persona penalmente responsable, la decisión de cometer el hecho configurado en la ley como delito. No se trata de un simple consejo de un momento sino una incitación constante que hace tomar la decisión final.

Por su parte el inciso b del propio artículo menciona que: “b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). En este caso se refiere a un sujeto que utiliza a otro como medio, pero se dan dos situaciones diferentes:

1. El sujeto instrumento pudiera ser imputable, o sea, una persona que goza de sus capacidades mentales para tomar la decisión por sí mismo de manera consciente y responsable.

2. El sujeto instrumento pudiera ser inimputable, o sea, una persona que no tiene: o la madurez suficiente para tomar tal decisión, o simplemente carece de las facultades mentales para autodeterminarse por sí mismo.

Ahora, la determinación se da como consecuencia de varias razones, tales como: el precio (una suma de dinero determinada); dádiva (que se refiere a cualquier otro tipo de beneficio evaluable en dinero); una promesa (que se refiere a

algo específico que pudiera, o no, ocurrir y el infractor desea); el ofrecimiento (de naturaleza similar a la promesa); orden (en este caso se supone que existe una situación de poder entre el sujeto instrumento y el que realiza el mandato; pudiera ser un hijo, un pupilo, un sobrino, etc. alguien con quien el autor mediato tiene una especial relación de influencia); y cuando plantea “o cualquier otro medio fraudulento” se refiere a que el sujeto puede ser engañado a fin de que cometa el delito, de modo que pudiera producirse un caso de error de tipo o error de prohibición en el autor directo o inmediato del hecho delictivo, pero no así en el autor mediato (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En este caso, por ejemplo, quien realiza la acción delictiva siendo inimputable, o sea, un menor que no ha alcanzado la edad penal (18 años); pero ha realizado la conducta delictiva por mandato de su progenitor, quien sí responde como autor mediato de la acción delictiva, según el artículo 42. literal 2, inciso b) del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

El inciso c establece que también entran en esta categoría: “Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Este tipo de autoría está previsto para el sujeto que, de manera general, tiene una relación de poder manifiesta, o tiene un mecanismo dominador contra el sujeto instrumento y lo utiliza para obligarlo a cometer el delito bajo una amenaza. En este caso se pueden suscitar muchísimos ejemplos, pero hay que identificar en cada uno de ellos esa coacción, esa relación de poder que obliga al otro a cometer la conducta ilícita.

En el supuesto descrito en el párrafo anterior, se está en presencia de una relación de poder, pero, además, se puede dar una situación de temor de que se pudiera llevar a efectos tal acto, con lo cual una persona se ve conminada a llevar a efecto tal conducta. En este caso ambas personas son responsables penalmente: una como autora directa de la infracción por no haber denunciado la intimidación y haber cometido la infracción; y la otra, como autor mediato por haberla obligado a sustraer el objeto de ajena pertenencia.

Por último el d hace referencia a: “Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Este particular caso ha

sido, generalmente previsto en las leyes penales para aquellos sujetos que tienen un poder dentro de las organizaciones delictivas, de carácter internacional, como pueden ser el tráfico de estupefacientes, lavado de activos, tráfico de armas, etc.

En este tipo de organización los sujetos que tienen el verdadero poder, en pocas ocasiones se ensucian las manos ejecutando los delitos ellos mismos y por ese motivo, utilizan a otros para que los lleven a efecto, sobre todo para que los otros ejecuten robos, secuestros, tráfico, asesinatos, cohecho, entre otros sinnúmero de conductas que son clásicas de las organizaciones delictivas.

Lo cierto es que el sujeto instrumento en estos casos son personas que no pueden abstenerse de realizar la orden, porque saben que si lo hicieran estarían en la mira del jefe de la organización o simplemente muertos de manera inmediata; por lo tanto, ni siquiera discuten y hacen lo que se les ordena, pero tampoco se atreven a hablar y a expresar quien les mandó, quedando en muchos casos impune el autor mediato por falta de pruebas en su contra. El ejemplo más claro es la historia de Pablo Escobar, narcotraficante colombiano que era líder de una organización delictiva y que, habiendo cometido un sinnúmero de crímenes utilizando sicarios llegó a ser una figura pública e incluso miembro del gobierno, pues hasta ese momento nadie había podido probar, de manera eficiente, que fuera él el autor intelectual de los hechos que se le imputaban.

Coautoría

La coautoría es otra forma de participación de la conducta delictiva descrita en el literal número 3 del artículo 42 precitado. Expresa el Código Orgánico Integral Penal, en ese sentido, lo siguiente: “3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En este caso no se está en presencia del sujeto denominado autor directo (sujeto que realiza todos los actos previstos en el tipo penal para que se configure el delito); pero tampoco es el autor mediato; (sujeto que utiliza a otro como instrumento para que ejecute por sí mismo los actos ilícitos). Expresa Zaffaroni que existen dos elementos en la coautoría, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo es “la decisión común del hecho” y el objetivo es “la ejecución de esta decisión mediante la división

del trabajo” (Zaffaroni, 2002, pág. 785). Esto quiere decir que en la coautoría existe una división de tareas en la fase de ejecución del delito; a diferencia de la autoría directa, aquí en este tipo de participación existe una sumatoria de actos parciales de todos los que intervienen en el hecho (Zaffaroni, 2002).

En este caso de coautoría la ley se refiere a una persona que efectivamente participa en el delito con una cooperación imprescindible, lo que quiere decir que sin ella jamás el delito se habría podido cometer. En el caso de que su participación no fuera imprescindible, entonces el participante sería cómplice y no autor. Se es un coautor del delito, cuando se ha participado en el hecho directamente contribuyendo de tal manera que sin su ayuda el delito no se hubiera podido cometer. En todos los casos de autoría y coautoría se va a utilizar como marco sancionador el previsto en cada tipo penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Complicidad

La complicidad consiste en la cooperación dolosa prestada a otra persona (al autor material) en el delito intencionalmente cometido por este, mediante la realización de actos anteriores o simultáneos al hecho, que facilitan o ayudan a su perpetración pero que no forman parte de los actos ejecutivos del delito. La ley penal en Ecuador lo ha previsto de la siguiente manera:

Art. 43.- Cómplices. - Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

No cabe complicidad en las infracciones culposas.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Según la doctrina penal la complicidad puede ser física, que consiste en proporcionar o facilitar medios para la mejor ejecución del hecho o cooperar a la ejecución de este. También puede ser intelectual, que consiste en proporcionar información a otro para cometer el delito, proporcionar o facilitar informes o dar

consejos para la mejor ejecución del hecho punible, ocultar el resultado de la acción delictiva, etc. La ley prohíbe la comisión del delito no sólo a los que ejecutan el hecho como autores, sino también a los que simplemente ayudan o colaboran en la realización del hecho. Para que la ley sancione ese hecho secundario o accesorio de cooperación o auxilio es necesario que tal acto parcial y secundario se encuentre vinculado con el hecho total en la forma señalada al examinar la participación en general: identidad de hecho y convergencia intencional.

Ahora bien, la ley es clara también en el hecho de que solo se podrá dar en delitos de carácter doloso, y tiene la participación un carácter accesorio (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Como se planteó antes, si la participación se valora como principal entonces se está ante un coautor no ante un cómplice. Los hechos han de ser simultáneos al acoto delictivo, o sea, en el mismo momento en que se está cometiendo o anteriores al hecho, que se refiere a la ayuda que se presta al sujeto antes de cometer el delito para una mejor ejecución.

El Código Orgánico Integral Penal también plantea algo interesante cuando describe lo relativo a la participación penal. En tal sentido, establece:

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En este precepto legal del Código Orgánico Integral Penal se dispone legalmente que el cómplice solo será responsable de aquello con lo cual colaboró y no de lo que no sabía que ocurriría al momento de ejecutarse el hecho (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). En realidad, se considera de justicia esta regulación pues no sería justo que, si el autor sobrepasa con su conducta, los actos con que dolosamente quiso ayudar el cómplice, tengan este último que responder por un acto más grave que con aquel que quiso colaborar. Finalmente se dispone la regla de adecuación de la sanción para el cómplice en la cual se establece que deberá disminuirse de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

Participación en el delito y el sujeto especial o cualificado

Existen infracciones penales, como lo es el delito de Peculado que requiere o exige para su integración de un sujeto especial, en quien debe concurrir una de las

calidades que exige, en este caso el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal para que se configure. Así puede observarse en la sección tercera, sobre delitos contra la eficiencia de la administración pública que señala como sujeto activo del delito una persona con determinadas condiciones: “Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014, pág. 97).

Citados textualmente los dos primeros párrafos del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, se verifica que se describe como posible autor, no cualquier persona sino a “servidores públicos”, “personas que actúen en virtud de una potestad estatal”, “proveedores del Estado”, “funcionarios”, “administradores”, “ejecutivos” o “empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional”, “miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades”. Finalmente se describe que los bienes que se hayan apropiado “estén en su poder en virtud o razón de su cargo” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Sección Tercera

Delitos contra la eficiencia de la administración pública

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

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado **las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional** que realicen actividades de intermediación financiera, así como los **miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades;** que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos **que estén en su poder en virtud o razón de su cargo** (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014, pág. 97).

En este supuesto, queda claro que cuando la persona que ejecuta el hecho posee cualquiera de las cualidades o cargos para ser sujeto activo del delito porque se apodera, abusa, se apropia, distrae o dispone de bienes, dineros públicos, títulos, piezas o documentos, entonces es autor, pero ese no es el problema. La interrogante surge cuando una persona que no tiene esas cualidades participa conjunta y activamente con el sujeto cualificado o especial en la ejecución de los actos delictivos. Sobre esta temática se ha realizado un estudio en la Universidad de San Francisco de Quito, donde el autor a partir de presentar la problemática que se produce en el Peculado en Ecuador, refiere:

Esto permitirá entender que, a pesar de que se exige cierta calidad al sujeto activo para ser considerado autor del delito de peculado, no se puede dejar sin castigo o con una pena menor a la persona que, sin la calificación exigida por el tipo, interviene con actos principales para su consumación (Ceballos Vallejo & Espín Duque, 2021).

En el Ecuador, resulta interesante la previsión legal del texto constitucional en el artículo 233 (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) que establece:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables 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 de 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 (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

La citada norma de la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), en su última línea ha sido utilizada como sustento para condenar a personas que no son sujetos cualificados por el delito de Peculado. El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en la Causa No. 17294-2018-00704, de fecha 19 de noviembre del 2019, citada por (Ceballos Vallejo & Espín Duque, 2021) refiere al momento de motivar su decisión que este precepto de la

Constitución permite extender la responsabilidad a particulares que han sido identificados como *extraneus*, a pesar de que el sujeto activo de este delito debe ser el funcionario público. En su interpretación, el Tribunal de Garantías Penales ha considerado al extraño como autor del delito de Peculado, argumentando además que los infractores han actuado con actos principales y decisivos para la consumación de la infracción.

En el caso del proceso No. 17721-2017-00204, citado por (Ceballos Vallejo & Espín Duque, 2021) la Corte Nacional de Justicia del Ecuador consideró que John Pólit Estévez quien no tenía la cualidad de funcionario público al cooperar simultáneamente en el delito cometido por quien, si tenía la condición de sujeto activo, era responsable en concepto de cómplice. Así, sucesivamente el estudio jurisprudencial en Ecuador, se asienta en que las personas que, siendo privados o no cualificados, cuando participan conjuntamente con el sujeto especial en un delito funcional pueden también ser considerados coautores.

Si bien, pueden aceptarse en los casos analizados los razonamientos ofrecidos concretamente para considerar autores a los sujetos no cualificados, la cuestión desde la técnica jurídica no es tan simple pues, de una parte, los tipos penales se encuentran así concebidos para castigar con mayor severidad a quien en razón del cargo que desempeña merece mayor sanción. Pudiera expresarse que esta es la regla, que conduciría a calificar como cómplice y no como autor a quienes participan con el servidor o funcionario público en el delito, sin embargo, se estima que en determinados casos relevantes donde la contribución del extraño haya sido fundamental, es razonable que se sancione como coautor del delito.

Sobre todo, por razones de política criminal, pudiera considerarse que los intervinientes en delitos especiales, sean sancionados como si fueran autores directos de los hechos. La temática quedaría en los marcos de la necesidad de hacer justicia en el caso concreto, lo cual es determinante y racional desde todo punto de vista. No obstante, es necesario hacer mención a distintas teorías que han ofrecido los teóricos o que han esgrimido los abogados en estos casos.

Existen variantes respecto a las cuales hay que reflexionar, entre ellas se ha planteado la teoría de que si el extraño, no posee la cualidad del sujeto activo y participa, por ejemplo, en un delito de Peculado, es posible que pueda ser

sancionado como autor de un delito de Hurto mientras al servidor público o *intraneus* se le exigirá por el delito de Peculado porque el sí tiene la cualidad que exige el tipo penal. Contra este criterio se puede esgrimir que al sancionársele al sujeto no cualificado por delito de Hurto se rompe con el título de la imputación y no es razonable que una persona sea sancionada por un delito y a otra por otro distinto, cuando los hechos son los mismos.

Una segunda teoría que ha sido objeto de debate penal es la que radica en que al extraño se le sancione como cómplice porque, aunque él participa de forma dolosa en el delito funcional o de sujeto especial, no merece que se le reproche a él, al igual que al servidor público, funcionario, juez u otro, que era el que menos debía incurrir en corrupción. Esta ha sido una posición bastante aceptada en el tiempo, pero en los momentos actuales ya no está alcanzando tanta aprobación, pues, los altos grados de corrupción en el mundo han llevado a que la política criminal busque reprimir con mayor severidad no solamente a los funcionarios sino a todos los que participan en actos de corrupción.

Otra cuestión que se puede colocar en medio del debate es que, en ocasiones, cuando se hace referencia a la participación, se conoce que una persona es la que tiene mayor poder sobre otra, y manipula o llega a instrumentalizar a esa otra persona. Entonces cabe analizar, quién utilizó como instrumento a quién, o puede darse el caso de que incluso, la idea, la planificación, la ejecución recayó más en quien no tenía la cualidad de sujeto activo, es decir, en el “extraño” y, de alguna manera, el extraño convirtió al servidor público en su instrumento. En estos casos es que, se comparte la idea de que sería justo sancionar al “extraño” con igual o semejante pena, es decir, en los marcos de la autoría del delito funcional y no como cómplice ni por otro ilícito menos grave.

Ahora bien, cuando el sujeto especial o cualificado, es decir, el “*intraneus*” se vale de un particular o privado, es decir, un sujeto “*extraneus*” o extraño para perpetrar el hecho punible, en este supuesto lo más lógico es que se trate de cómplice, porque si el extraño no indujo al sujeto especial, ni protagonizó el ilícito, ni contribuyó con actos imprescindibles sino que simplemente participó conjuntamente con el otro y no hay nada que lo haga merecer mayor reproche, pues lo correcto sería imputarle el mismo delito pero a título de cómplice y no de autor.

Todas estas doctrinas tienen precedentes teóricos que pueden permitir una mayor argumentación, no obstante, en sentido general, lo que puede apreciarse a partir de ellas es que cada caso concreto merecería una evaluación judicial. Lo que debe evaluarse desde el punto de vista doctrinal es que existen criterios, de que pueden manejarse en la práctica elementos asociados a la intensidad de la participación del extraño para determinar si debe ser autor o no y que la regla es que no debe ser autor, pero en ciertos casos podría ser considerado como tal, en dependencia de su contribución al resultado y de dominio del hecho.

Postura de la Corte Constitucional de Colombia

En el Derecho Comparado, se ha sostenido, en ocasiones, posturas radicales, aunque muy bien argumentadas. Así, se observa el caso de la Sentencia C-1122/08 de la Corte Constitucional de Colombia. En demanda de constitucionalidad en Colombia se ha dado un tratamiento de cómplice al “extraño” que participa con el sujeto especial bajo el fundamento de que no puede exigírsele al que no tiene la cualidad de servidor público lo mismo que a aquellos que sí tienen esa condición (Colombia, Corte Constitucional, 2000).

La diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal. Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente extraneus responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo (Colombia, Corte Constitucional, 2000, pág. 1).

No deja de tener razón la Corte Constitucional de Colombia, pues no puede exigírsele un comportamiento al extraño, a la altura que se le exige a quien no tiene esa condición. El deber de probidad, transparencia, pulcritud en su conducta, que tiene que tener un servidor público, o un juez o un perito, o un notario o un médico en el ejercicio de sus funciones no es equiparable en determinados casos con un sujeto que no tiene esas características. Esas profesiones, funciones o cargos implican un deber para con la sociedad que no tiene el sujeto general o común, entonces la reprochabilidad de la conducta no puede ser la misma.

El anterior razonamiento no busca caer en contradicciones en cuanto a los criterios ofrecidos antes, pues en todo momento se ha insistido que la postura que se asume en este estudio es que si el extraño participa en el delito del funcionario, servidor público, juez o perito o médico, entonces él, por regla, no es autor del delito especial sino cómplice, sin embargo, el Derecho no es una ciencia exacta sino que está rodeada de un conjunto de circunstancias que pueden rodear un hecho, y en tal sentido, sería necesario calificar la participación, según sea la situación de hechos que se presenta en el caso concreto.

Posición del Tribunal Supremo de España

En España en fecha 11 de abril del año 2023 la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia nro. 249 de 2023 al resolver un recurso de casación complejo con más de diez motivos de inconformidad, después de analizar la descripción de hechos en que existían sujetos no cualificados que participaron con sujetos cualificados en un delito especial, reitera su posición en cuanto a la posibilidad de admitir la autoría y la admisibilidad de que exista este tipo de responsabilidad para el extraño en delitos especiales. En cuanto a esta temática señala lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que en los delitos especiales puedan incriminarse la intervención de personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere. Desde la Sentencia de 18 de enero de 1994, caso de la construcción de Burgos, y la Sentencia de 24 de junio de 1994, la jurisprudencia del Tribunal Supremo modificó su anterior doctrina, afirmando la posibilidad de participación de extraños en delitos con elementos especiales de autoría, por la vía de la inducción o por la vía de la participación necesaria en delitos especiales, como el delito de prevaricación, superando la anterior concepción por la

que se consideraba que la participación de extraños en delitos especiales era impune (España, Consejo General del Poder Judicial, 2023, pág. 34).

Lo primero que queda establecido en esta sentencia que ha dictado el Tribunal Supremo de España al resolver un caso de un delito funcional en que participa un extraño es que el delito no puede quedar impune. La otra cuestión que se puede verificar es que desde hace más de treinta años no se discute si esta persona es responsable penalmente, pues queda bien definido que es culpable de los hechos, si estos fueron, por supuesto, comprobados. Lo que se quiere decir es que, el hecho de que el extraño no tenga la cualidad de sujeto activo no lo va a exculpar. Él va a responder penalmente.

Ahora bien, en otra parte de la sentencia hace referencia a una cuestión muy interesante y es la relativa a que, si no se tiene la cualidad y se realiza un acto como sujeto especial sin serlo, no sería este tipo penal el que habría que calificar sino otro. Esto significa que, si no se es juez y se dicta una resolución judicial como si lo fuera, quizás haya otros delitos, pero no prevaricato. La sentencia del Tribunal Supremo de España acota lo siguiente en ese sentido:

En la Sentencia del 18 de enero de 1994 se argumenta, que es evidente que por el número 1 del artículo 358, -en la actualidad artículo 404, - y es generalizable a todos los delitos especiales-, no puede imputarse un delito de prevaricación a quien no sea funcionario público, como no habrá delito de prevaricación judicial, si quien dicta la resolución no es un juez. Ello es claro y no necesita de mayores precisiones. Habría usurpación de funciones, o el delito que correspondiera, pero, desde luego, no prevaricación (España, Consejo General del Poder Judicial, 2023, pág. 34).

Finalmente, la Sentencia objeto de análisis plantea que “la cuestión es distinta en los supuestos de inducción o cooperación necesaria, también participaciones no necesarias, de un extraño con un autor en que sí concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal” (España, Consejo General del Poder Judicial, 2023, pág. 34). Pudiera interpretarse en este caso que si el sujeto extraño lo que hace es “cooperar” no más en el acto ajeno, en estos casos, no necesariamente calificaría como autoría porque si esa cooperación no era determinante en la realización del delito de otro pues no sería suficiente para ser autor, pero si la cooperación es indispensable o la inducción es determinante, todo puede cambiar.

De lo que se puede interpretar de la Sentencia Nro. 249 de 2023, es notable el criterio de que, por ejemplo, si el extraño “a sabiendas” o conociendo que el funcionario o sujeto activo del delito posee tales facultades o funciones y que tiene la potestad de decidir o de apropiarse de bienes o que tiene cualquier otra posibilidad de beneficiarlo o beneficiarse y, aprovechándose de ello, le inclina de manera decisiva a cometer un delito en beneficio de los dos pues debería responder como autor. Igual si el extraño presta “indispensable colaboración” para la realización del delito también debe estimarse como autor (España, Consejo General del Poder Judicial, 2023, pág. 34).

Finalmente, al resolver el recurso de casación, los jueces motivan la decisión expresando que “La jurisprudencia de esta Sala en supuestos similares al que es objeto de esta casación se decanta por la autoría” y luego sostiene que la conducta cumple las exigencias del artículo 28 del Código Penal respecto al delito de malversación de caudales públicos, que considera autor, tanto al autor material, al mediato, al inductor y al partícipe necesario (España, Consejo General del Poder Judicial, 2023). De este modo los tipos o formas de participación en el delito predominan sobre la calificación del delito en que se exige como sujeto activo una cualidad específica. Lo que quiere decir que ha sido más importante para la Sala de casación el aporte que ha realizado el extraño que la cualidad de sujeto especial que describe el tipo penal.

CONCLUSIONES

En la comisión de delitos de sujeto especial, como es el caso de Peculado en el Ecuador, intervienen sujetos que no tienen la condición exigida en el Código Orgánico Integral Penal para ser autores, sin embargo, en determinados asuntos, atendiendo a la contribución que han realizado en el hecho delictivo, el juzgador ecuatoriano los ha calificado como autores, pues los actos ejecutados por ellos son principales y decisivos en la apropiación de bienes, dineros públicos, entre otros actos, que, si bien son propios de sujetos especiales, en ocasiones interviene un sujeto no cualificado. Esta figura es la que se ha conocido como el “extraño” en la doctrina penal.

Cuando participan en el delito personas que, aun interviniendo en los actos de ejecución, carezcan de las condiciones que lo definan como sujeto especial del delito, la doctrina acoge mayoritariamente que debe responder como cómplice por faltar ese requisito. Sin embargo, el debate no ha sido fácil cuando de los hechos se verifica que antes de la materialización del delito los intervinientes conjuntamente conocieron, estudiaron, evaluaron y organizaron la mejor manera de llevar a vías de hechos lo planeado, en lo cual cada uno de ellos asumió el rol que les correspondía realizar con el único fin criminal de apropiarse de los bienes o dineros públicos, del que se beneficiaron de manera equitativa.

De este modo se verifica que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado criterios diferentes en cuanto a si los intervinientes “extraños” deben responder del delito especial en concepto de coautores o autores o si solo debe calificarse la complicidad en tales supuestos. También, en menor medida, se acepta la variante de que sean considerados autores de otro delito no cualificado, sin embargo, esta última posibilidad casi se ha descartado.

Las posturas que pueden adoptarse en cuanto a la participación en delitos de sujeto especial, deben obedecer a los hechos y circunstancias concretas que concurren en el caso y a la finalidad de hacer justicia. De lo que se ha verificado en este estudio, el extraño debe ser, como regla, considerado como cómplice y debe ser calificado como autor solo en los casos en los que se determine que la colaboración o cooperación del sujeto extraño fue indispensable para la ejecución

del delito o que la actuación del extraño inclinó y determinó que el sujeto especial haya cometido la infracción penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán Gómez, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General* . Quito: Ediciones Legales.
- Andrade Aguirre, G. M., Cornejo Aguiar, J. S., & Comas Rodríguez, R. (07 de 2022). *La participación del sujeto activo no calificado en el delito de peculado como extraneus*. Recuperado el 4 de 11 de 2024, de Universidad Regional Autónoma de los Andes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/16398/1/UI-MMP-EAC-001-2023.pdf>
- Ceballos Vallejo, J. N., & Espín Duque, K. J. (2021). La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores? *USFQ Law Review*, 1(1), 237-258. Recuperado el 1 de 11 de 2024, de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2192>
- Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1122/08. Demanda de Inconstitucionalidad*. Recuperado el 2 de 11 de 2024, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1122-08.htm>
- de Quiroga López, J. B. (1996). *Autoría y Participación*. Torrejon de Ardoz: Akal.
- Díaz Aranda, E. (2014). *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México*. México: Unam. Recuperado el 20 de 12 de 2024, de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5018227>
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial No. 180 , 10 de Febrero 2014.
- España, Consejo General del Poder Judicial. (11 de 04 de 2023). *Sentencia nro. 249 de 2023*. Recuperado el 1 de 11 de 2024, de Tribunal Supremo. Sala de lo Penal: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c73493ed1a35ab41a0a8778d75e36f0d/20230421>

Polaino Navarrete, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo II*. Madrid: Tecnos.

Real Academia Española. (2023). *Participación de extraños en un delito especial*. Recuperado el 1 de 11 de 2024, de Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/participaci%C3%B3n-de-extra%C3%B1os-en-un-delito-especial>

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Madrid: Civitas .

Zaffaroni, E. R. (2002). *Manual de Derecho. Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.