

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO

**TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER EN EL DELITO DE  
PECULADO: CASO DHRUV**

Mishel Macarena Troya Moya

Director: Dr. Christian Javier Gallo Molina

Quito, D.M., 2023

## Resumen

La teoría de la infracción del deber nace como resultado de la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para determinar responsabilidad penal, esta teoría es aplicable únicamente a delitos especiales. Para esta teoría es importante el factor del incumplimiento de la norma extrapenal.

Sobre el caso práctico que va a ser analizado una vez realizada la explicación dogmática: en el año 2008 se realizó el proceso de adquisición de siete helicópteros para el Estado ecuatoriano, seis de estos fueron destinados a las Fuerzas Aéreas y uno al uso presidencial. Meses después de usar los helicópteros, cuatro de estos se siniestraron quedando totalmente fuera de funciones. El 23 de diciembre de 2009 inició la investigación en contra de 18 servidores públicos por el presunto cometimiento del delito de peculado en la adquisición de estos siete helicópteros a la compañía Hindustan Aeronautics Limited (HAL, sin embargo esta fue archivada en el año 2016 ya que no se encontraron los elementos de convicción suficientes para presumir la existencia del delito y, sobre todo, porque no existía el Informe con Indicios de Responsabilidad Penal emitido por la Contraloría General del Estado, requisito de procedibilidad para el delito que se estaba investigando.

En 2020, posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad al artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se establecía al Informe con Indicios de Responsabilidad Penal como requisito de procedibilidad para el delito de peculado se dio la reapertura del caso, mismo que ha sido manejado bajo la teoría de infracción del deber y el cual, sigue abierto hasta la fecha de publicación de este trabajo.

**Palabras clave:** Participación, servidor público, peculado, teoría de la infracción del deber, principio de legalidad.

## Abstract

The theory of breach of duty arises as a result of the insufficiency of the theory of the domain of the fact to determine criminal responsibility, this theory is applicable only to special crimes. For this theory, the factor of non-compliance with the extra-penal norm is important and in this theory.

On the Dhruv case, in 2008 the process of acquiring seven helicopters for the Ecuadorian State was carried out, six of these were destined to the Air Force and one to presidential use. Months after using the helicopters, four of them crashed and were completely out of service. On December 23, 2009, the investigation began against 18 public servants for the alleged commission of the crime of embezzlement in the acquisition of these seven helicopters from the company Hindustan Aeronautics Limited (HAL, however this was archived in 2016 since sufficient elements of conviction were not found to presume the existence of the crime and, above all, because there was no Report with Indications of Criminal Responsibility issued by the Comptroller General of the State, a procedural requirement for the crime that was being investigated.

In 2020, after the declaration of unconstitutionality of article 581 of the Organic Integral Criminal Code, which established the Report with Indications of Criminal Responsibility as a procedural requirement for the crime of embezzlement, the case was reopened, which has been handled under the theory of breach of duty and which, It remains open until the date of publication of this work.

**Key words:** Participation, public servant, embezzlement, theory of breach of duty, principle of legality.

## **Dedicatoria**

*A mi familia.*

*A mis madres Alexandra y Blanca, quienes han sido mis pilares y mis motores, por enseñarme cómo transitar en este camino y por ser la inspiración de mi ser, todo lo que soy, es por y para ustedes.*

*A mi padre Carlos, quien fue la inspiración de esta carrera. Por ser un ejemplo de superación y esfuerzo, esas son las bases con las que edificó mi vida.*

*A mi hermana Daniela, quien no solo ha sido mi aliada, si no también mi soporte y principal alegría, el impulso de mis anhelos y la tranquilidad de mis tristezas. Eres tú la protagonista de mis sueños e ilusiones.*

*Y, finalmente, a mi abuelo Tito, toda una vida.*

## **Agradecimientos**

*A Carlos Pico, quien me ha acompañado en este proceso y me ha alentado a mejorar día a día. Aunque lejos, siempre estarás presente.*

*A Christian Gallo y Leonel Córdova, profesores, mentores, y finalmente amigos, nada de esto sería posible sin ustedes.*

## Índice

<b>1. Teoría de la infracción del deber</b>	
1.1. Delitos comunes .....	7
1.2. Delitos especiales .....	7
1.2.1. Delitos especiales para Víctor Gómez.....	8
1.3. Teoría de la Infracción del deber .....	10
1.3.1. Contexto histórico .....	10
1.3.1.1. Teoría de la infracción del deber para Claus Roxin.....	11
1.3.1.2. Teoría de la infracción del deber para Gunter Jakobs.....	11
1.3.2. Toma de postura y otros criterios actualizados de la teoría de la infracción del deber.....	12
1.3.3. Planteamientos conceptuales.....	17
1.3.3.1. Los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.....	17
1.3.3.2. El delito de peculado .....	18
1.3.3.3. Otros conceptos.....	19
<b>2. Teoría de la infracción del deber en la legislación penal Ecuatoriana</b>	
2.1. Criterios de autoría y participación COIP.....	21
2.2. Principio de legalidad.....	22
2.2.1. Principio de legalidad COIP.....	23
2.3. Imposibilidad de aplicación de la teoría de la infracción del deber en el Ecuador..	24
2.4. Caso Dhruv.....	25
2.5. Errores de Fiscalía General del Estado en el planteamiento dogmático del Caso Dhruv.....	27
<b>3. Conclusiones.....</b>	<b>30</b>
<b>4. Bibliografía.....</b>	<b>31</b>

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Teoría de la Infracción del deber**

#### **De los tipos penales**

Dentro de la clasificación de los tipos penales, se puede hacer una distinción, diferenciándolos así de la siguiente manera: 1. Según las modalidades de acción, 2. Según los sujetos; y, 3. Según la relación con el bien jurídico. Para efectos de este estudio, se analizará la clasificación según los sujetos.

Según los sujetos:

Dentro de esta clasificación, se concentra el estudio en los sujetos activos del delito, es decir, quienes lo cometen, quienes ejecutan la acción típica. Según las características de los sujetos activos encontramos otra clasificación: 1. Delitos comunes; y, 2. Delitos especiales.

#### **1.1. Delitos comunes**

Víctor Gómez (2006) dogmático y catedrático español ha definido los delitos comunes de la siguiente forma “son delitos comunes aquellos delitos de los que cualquier sujeto puede ser actor” (p. 1).

Es decir, la persona que comete el ilícito no requiere de ninguna característica especial, como sucede en los delitos especiales.

#### **1.2. Delitos especiales**

Los delitos especiales, son aquellos delitos que pueden ser cometidos únicamente por ciudadanos con determinadas características, esto es lo que los distingue de los delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona.

En el avance de la dogmática, esta definición resulta insuficiente, de ahí que, a fin de profundizar de manera completa en el concepto de delito especial, se lo estudiará a profundidad.

##### **1.2.1. Delitos especiales para Víctor Gómez**

Para Víctor Gómez, el concepto de delito especial es un concepto propio de la Teoría General del Delito, este autor analiza las formas de aparición del delito, afirmando que este puede presentarse en múltiples modalidades, dependiendo de si su comportamiento es comisivo

u omisivo (acción-omisión), de su consumación (tentativa consumación) o si quien comete el delito lo hace como autor o como partícipe (autoría-participación), pero también, afirma que gran parte del sector moderno doctrinal del derecho Penal , considera, como una nueva modalidad la derivada del tipo de delito (delito especial-delito común).

Así, afirma que los delitos especiales, al ser conceptualizados deben tener, obligatoriamente, el enunciado descriptivo de las cualidades y características del objeto, caso contrario este carecería de su elemento vital de definición. A partir de esta premisa define a los delitos especiales como: “delitos que tan solo pueden ser cometidos a título de autor por aquellos sujetos en quienes concurren las condiciones o cualidades exigidas por el tipo” (Gómez, 2006, p 32).

Al conceptualizar a los delitos especiales como aquellos que pueden ser cometidos por personas con determinadas características, se genera una limitación al círculo de autores.

Esta afirmación podría provocar un errónea interpretación, como por ejemplo, se podría pensar que el delito de defraudación tributaria es un delito especial, pues este solo es cometido por personas obligadas a llevar contabilidad y que por esto posee una limitación del círculo de autores, sin embargo, la verdad es que no, ya que si bien se podría admitir que algunos tipos penales, que no son especiales, poseen un círculo de posibles autores que queda restringido por su elemento fáctico, esta única característica no les daría la clasificación de tipos penales especiales.

Víctor Gómez asegura así, que, de ninguna manera la existencia de un tipo penal de elementos factico-descriptivos limitadores del círculo de posibles autores puede bastar para reconocerle a este la calificación de delito especial, pues, todos los delitos se encontrarían fácticamente calificados, porque en todo delito las circunstancias fácticas inherentes a su ejecución vendrían a determinar la inidoneidad de ciertos sujetos como autores, sin embargo, eso no los califica como tipos penales especiales, el análisis para su determinación debe ser más profunda.

Para el propósito que persigue esta investigación, resulta primordial explicar la importante clasificación que ha realizado el autor dentro de los delitos especiales. Así este menciona que los delitos especiales se dividen en: a) delitos especiales propios; y, b) delitos especiales impropios.

a) Delitos especiales propios:

Gómez (2006) ha definido a los delitos especiales propios como “aquellos delitos especiales respecto de los que no existe ningún delito común paralelo” (p. 433).

Es decir, este tipo de delitos describen una conducta que es punible, a título de autor, únicamente a ciertos sujetos con características dadas por el tipo penal, las demás personas que intervengan y no posean las características, no podrán ser autores de este delito ni de ningún otro, pues no existe un delito común, correlacionado o plenamente emparejarle con el delito especial, que castigue su conducta. Un ejemplo de esto es el delito de prevaricato de las o los jueces o árbitros establecido en el artículo 268 del Código Orgánico Integral Penal.

**Art (...) Prevaricato de las o los jueces o árbitros.**-Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.” (2014, art. 268)

Como se desprende de la lectura misma del tipo penal, este es un delito especial propio, pues, el sujeto activo debe ser un miembro de la carrera judicial jurisdiccional o árbitro en derecho, si este delito es cometido por cualquier ciudadano, que no ostente esta calidad, no podrá ser imputado bajo el grado de autor, pues no existe un delito común aplicable a las personas que carezcan de las características del delito especial.

El fundamento de esto es que la carencia de características restrictivas provoca que el delito mismo no se cometa, que no exista ningún tipo de afectación al bien jurídico protegido y que no exista un cambio real de las cosas o las personas de su estado original. Aplicándolo en el ejemplo en cuestión, si cualquier ciudadano deja de hacer lo que la ley determina en la sustentación de una causa, este no podrá afectar el ejercicio de la justicia, pues no tiene ningún tipo de competencia y su conducta no afectaría a ninguna de las partes ni al litigio mismo.

b) Delitos especiales impropios

Gómez (2006) ha definido a los delitos especiales impropios como “aquellos delitos especiales respecto de los que existen delitos comunes paralelos” (p. 433).

Es decir, son aquellos delitos, que de ser cometidos por personas que carecen de los elementos restrictivos del círculo de autores, se encuentra en correspondencia con un delito

común, bajo el que sí pueden ser imputados como autores. Por ejemplo, en el caso del peculado establecido en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

**Art (...) 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. (2024, art. 278)

Como se desprende de la lectura del tipo penal, este es un delito especial, por ende, cuando este delito no es cometido por servidores públicos, es decir, un ciudadano cualquiera sustrae dinero del ministerio del interior, que encontró a la vista sobre el escritorio de un funcionario público, este no podrá ser juzgado por el delito de peculado, pero sí será juzgado por el delito de hurto como establece el artículo 196 del Código Orgánico Integral Penal.

**Art. (...) Hurto.** - La persona que sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (2024, art. 196)

### **1.3. Teoría de la infracción del deber**

#### **1.3.1. Contexto histórico**

La atribución de responsabilidad en los delitos ha vivido una importante evolución histórica, muchas que variaron según el sistema jurídico penal de cada país.

En el contexto histórico, la teoría de la infracción del deber ha sido analizada, de manera primordial por dos importantes autores, Claus Roxin y Gunter Jakobs.

##### **1.3.1.1. La teoría de la infracción del deber para Claus Roxin**

Claus Roxin, afirma que la teoría de la infracción del deber nace por la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho. Explica que los delitos especiales, a diferencia de los tipos que describen acciones prohibidas como lesiones, castigan la infracción de determinado deber extrapenal, es por esto y al ser evidentemente diferenciados estos delitos, que derivan diferencias entre autoría y participación.

Los delitos de infracción del deber, no se fundamentan en la dominación externa de la acción, si no, en el incumplimiento de un deber, constituyendo el factor primordial en la determinación de autoría, pues pese a que no exista dominio del curso del hecho, si hay infracción de un deber, cabe la autoría. Por otro lado, si no existe infracción de un deber, aunque haya dominio del hecho, esto solo puede dar lugar a participación.

Roxin afirma que el núcleo de los delitos de infracción del deber es el deber especial de autor, es decir, los deberes extrapenales constituidos como realidades previas al tipo, cuya existencia constituye la plena posibilidad de realización del delito, Roxin menciona que son deberes que se encuentran antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que se originan en otros ámbitos del Derecho Penal.

El autor no realizó un desarrollo posterior a la teoría de la infracción del deber, 4 décadas después, Gunter Jakobs orientó sus estudios a un desarrollo de la teoría de la infracción del deber.

### **1.3.1.2. La teoría de la infracción del deber para Gunther Jakobs**

En la determinación de responsabilidad, Jakobs hace una importante clasificación: a) responsabilidad penal por lesión de deberes generales; y, b) responsabilidad penal por inobservancia de deberes especiales.

**A) Responsabilidad penal por lesión de deberes generales:** El primer fundamento de responsabilidad planteado por Jakobs, podría ser entendido como lo que para Roxin es la teoría del dominio del hecho. Jakobs explica que los individuos que coexisten de manera organizada están sujetos a una serie de deberes generales de actuación que rigen su comportamiento y determina su papel dentro de la sociedad. Estos deberes incumben a todos los individuos en igualdad de condiciones. Constituye el primer deber el “NEMINEM LAEDE” (no lesionar a los demás en sus bienes).

Esta atribución de deberes constituye la calidad de: persona en Derecho. Esta imposición de deberes es implantada para precautelar el desarrollo de las libertades posibilitando, dentro de un marco limitador, la convivencia pacífica en sociedad. Los llamados límites a la libertad que establece Jakobs derivan de la posición jurídica que cada persona ocupa en la sociedad, es decir, las libertades de un taxista y las de un arquitecto no serán las mismas, pues cada uno según su posición adquirirá ciertos derechos y obligaciones correspondientes a su conducta en la sociedad.

Cuando estas libertades son excedidas el resultado es la vulneración de los deberes. Esto puede generar una alteración en el curso natural de las cosas en una sociedad organizada, por ende, son reprochadas por el Derecho, por ende, son causa de atribución de responsabilidad penal.

**B) Responsabilidad penal por inobservancia de deberes especiales:** El segundo fundamento de responsabilidad planteado por Jakobs, se apega a la teoría de la infracción del deber. Jakobs explica que a diferencia de en el primer fundamento de responsabilidad, estos deberes no están ligados a la violación de las libertades, si no, a la inobservancia de deberes especiales que han sido otorgados en virtud de la competencia institucional, estos deberes convierten a la persona en un obligado especial. La cualidad de los autores importa únicamente en la relación institucional entre el obligado especial y el objeto del bien jurídico. La imputación de responsabilidad penal radica, para este autor, en la lesión del deber.

### **1.3.2. Toma de postura y otros criterios actualizados sobre la teoría de la infracción del deber**

Miguel Polaino- Orts (2009), ha señalado “Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. En función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad” (p. 63).

Es así, que se considera importante el reconocimiento de este rol social en cada uno de los ciudadanos, pues de la determinación de este se establecerá la esfera de competencia e incluso en base a este, se estará ante supuestos de derechos especiales, que no son aplicables a todos los ciudadanos, si no solo a aquellos cuyo rol social es más relevante dentro del desarrollo del colectivo.

La consecuencia del correcto manejo del rol social es denominada “expectativas sociales”, es decir, lo que se espera del ciudadano en el correcto desempeño de sus funciones, las máximas del rendimiento, esto le da el calificativo de persona en Derecho.

Miguel Polaino- Orts, hace una importante clasificación dentro de los roles, dividiéndolos en roles comunes y roles especiales:

- A) El rol común es aquel que afecta a todo sujeto en la Sociedad: así, puede citarse el rol de pagar a hacienda, o el rol de socorrer a quien se halla desamparado y en

situación de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de un rol de solidaridad mínima, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo.

- B) Por el contrario, los roles especiales son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentren en una posición especial, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público, el rol de padre, etc. Por ello, no son deberes de solidaridad mínima, sino deberes de garante, porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad del rol especial. (Polaino – Orts, 2009, 69)

Dentro del desempeño de la norma, es evidente que esta otorga a los ciudadanos la facultad de cumplirla o infringirla, es una regla básica en el ejercicio de las libertades básicas de los individuos, es así como quien ostenta determinado rol, dentro de su actuar, se encontraría ante dos posibles supuestos:

#### 1. Cumplir con su rol

“Adecuando su comportamiento personal al haz de derechos y de deberes inherentes al mismo, de manera que gestione su ámbito de organización conforme a lo que se esperaba de él como ciudadano cumplidor de su rol, fiel al Derecho y respetuoso de los demás (esto es, se comporta como persona en Derecho). (Polaino – Orts, 2009, 72)

#### 2. Quebrantar su rol

Lo que significa que no sólo ha gestionado su ámbito de organización de manera incorrecta, apartándose de su rol, sino que ha quebrantado las expectativas sociales que, conforme al parámetro de relaciones interpersonales, estaban depositadas en él. (Polaino – Orts, 2009, 72)

El quebrantamiento de determinado rol es la interrogante planteada para el desarrollo de este trabajo de investigación, ¿Qué sucede cuando se incumple un rol especial?

Dentro de la dogmática, se han encontrado muchas respuestas a esta interrogante, sin embargo, la analizada a propósito de los objetivos planteados en este trabajo es la teoría de la infracción del deber.

Para poder explicar, posterior a la revisión del criterio de los autores mencionados en el acápite anterior, es importante establecer dentro de qué perspectiva normativa es aplicable esta teoría, es decir, si es aplicable en cualquier modelo social. La dogmática española ha respondido la interrogante, y ha determinado que esta teoría se aplica desde una perspectiva normativa que se fundamenta en la prevención general positiva con un fin social consolidado en la pena como comunicación negativa del delito, reafirmando la vigencia de la norma. La doctrina opina que esta teoría tiene a su favor que no se adscribe a un determinado modelo social, si no, que puede ampliarse en cualquier contexto social.

La teoría de la infracción del deber nace como resultado de la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para determinar responsabilidad penal, al determinarse la clasificación en la autoría mediante delitos de dominio y la autoría mediante delitos de infracción del deber. pero ¿cuál es la teoría del dominio del hecho?

Hegel, en 1915 habló por primera vez de la teoría del dominio del hecho, sin embargo, el concepto que él le dio a esta teoría se encontraba más inclinado hacia la culpabilidad del autor.

Fue Welzel en 1939 quien otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como el criterio más importante en la conceptualización de autor, dejando a un nuevo entender que quien tiene el dominio del hecho es el autor, pues posee el elemento más importante del tipo; sin embargo, esta teoría resultaría insuficiente para ciertos tipos penales causando incluso la impunidad. Welzel (1939) definió al autor bajo la teoría del dominio del hecho como el señor de un hecho y estableció en siguiente concepto: “Señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho” (p. 296).

La teoría del dominio del hecho es la teoría a la que más se apega el Código Orgánico Integral Penal. Esta teoría atribuye responsabilidad según quien tenga el dominio del hecho, diferenciando entre autores y partícipes, conceptualizándolos de la siguiente forma:

1. Autor: quien tiene el dominio del hecho; y,
2. Partícipe: quien interviene y aporta de cierta forma al ilícito, pero no tiene el dominio final sobre el hecho, es decir, si bien el partícipe interviene en la comisión del delito, su contribución no es determinante para la realización del delito,

Según esta teoría, cada quien es responsable de la organización de su comportamiento y del fundamento del resultado que produce. De esta forma se puede derivar la coautoría y la autoría mediata.

En la búsqueda de mecanismos para cubrir las lagunas de impunidad, nace la teoría de la infracción del deber, introducida en el derecho penal por Claus Roxin en 1963, esta teoría es aplicable únicamente a delitos especiales, es decir, aquellos delitos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, si no solo por aquellos en quienes concurren las condiciones o cualidades exigidas por el tipo. Para esta teoría es importante el factor del

incumplimiento de la norma extrapenal y en esta teoría solo cabe la determinación de autoría, pues cada persona es responsable del deber social que le ha sido atribuido por su rol.

Ramiro Salinas Siccha en su obra “La teoría de infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”, sostiene que según esta teoría:

El autor o figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal. Autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial; y partícipe quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. (Salinas, 2016, 96)

Para esta teoría, es irrelevante el dominio del hecho, es decir, quien tiene, de manera final el control sobre el cometimiento del ilícito, pues lo importante es que se haya incumplido el deber especial que, como se ha analizado de manera introductoria en esta sección, se le ha otorgado al ciudadano según el rol social que desempeña.

El deber especial de carácter penal que reviste a los delitos especiales se limita únicamente a los sujetos calificados, es decir, existe una delimitación del círculo de autores, restringiendo el cometimiento de un delito bajo esta teoría a un conjunto disminuido de ciudadano con características previamente determinadas en la normal jurídico penal.

Esta teoría, según lo afirma Salinas, obedece a la sostenibilidad misma del Estado y la administración pública, por tal razón su fundamento está basado en deberes y principios, que integran los pilares fundamentales de creación y formación de cualquier Estado.

Los servidores públicos son el reflejo del estado mismo, estos son los encargados de ponerle un rostro visible a la administración, por ende están limitados en su actuar, pues cualquier tipo de mal comportamiento repercute directamente en la institucionalidad de la administración pública.

Del mismo modo, que, con los delitos especiales, esta teoría se extiende hacia los delitos especialísimos, Salinas los define de la siguiente forma:

Los delitos especialísimos son aquellos en los que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito. (Salinas, 2016, 97)

Este autor manifiesta, que en el caso de los delitos especialísimos, la forma de determinar autoría cambia, pues resulta completamente insuficiente las características del sujeto activo calificado que exige el tipo como criterio de imputación, pues, se debe prestar

especial atención, a la relación funcional específica del delito, es decir, en el caso de peculado (tipo penal que se analizará con un caso práctico en el segundo capítulo de este trabajo), no basta que sea cometido por un servidor público, si no, este debe ser cometido por un servidor público, que por el desempeño de sus facultades, tenga el manejo de caudales públicos en su esfera de competencia. En un ejemplo práctico, sin un servidor público, cuyas funciones se limitan a la limpieza de exteriores, en compañía del ministro de economía, sustraen fondos públicos, solo podrá ser autor del delito de peculado el ministro, pues él es el único que tiene la facultad funcional de administrar. El otro funcionario público, al no tener la relación funcional, responderá únicamente en calidad de cómplice.

Estos deberes que poseen los agentes de este delito, al igual que en otros delitos especialísimos, se fundamentan en el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. Roxin, señala que estos deberes, al ser los preceptos que sustentan el Estado, están situados en otros cuerpos normativos diferentes al penal.

Ramiro Salinas en su análisis a Roxin menciona qué:

Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho vigente, como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones o las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad, que son solamente ejemplos de este tipo de deberes. (Salinas, 2016, 98)

Roxin, también afirma que su sanción se encuentra ligada íntimamente a la satisfacción social que persigue el rol de este tipo de agentes, este establece:

La razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido al interior del Estado. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales. (Roxin, 2016, 310)

### 1.3.3. Planteamientos conceptuales

#### 1.3.3.1. Los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones

Según lo determina el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)

**Art. (...) Servidoras y servidores públicos.** - Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. (2010, art. 4)

De la definición que da la LOSEP, se desprende que sus funciones se encuentran íntimamente ligadas al servicio de la ciudadanía, en representación del Estado. Esta es la razón por la cual, los servidores públicos se encuentran sometidos al cumplimiento de una serie de comportamientos para el desarrollo de sus funciones. En materia penal, estos son llamados “deberes extrapenales”.

¿Qué son los deberes extrapenales?

Roxin afirma que todos los individuos estamos sometidos a deberes que son el fundamento de todo delito y que se extraen de la normativa penal, estos son conocidos como los deberes penales. Por otro lado, explica que también existen los deberes especiales, que les corresponden únicamente a ciertos individuos según su rol en la sociedad, son los llamados DEBERES EXTRAPENALES, el fundamento de estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma y, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas y en cuerpos normativos diferentes al penal, en el caso de los servidores públicos, en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP). Esta es la razón por la que la dogmática española ha excluido el dominio del hecho de este tipo de delitos pues para fundamentar la autoría, lo único que interesa es la infracción del deber que ha sido dado a un funcionario especial y este siempre ostentaría el grado de autor independiente.

Como bien se conoce, existen dos tipos de deberes: a) negativos; y, b) positivos, Jakobs los ha establecido así:

A) Los deberes negativos son aquellos que se sustentan en la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización (no hacer - no dañar a otros a través de la configuración del propio ámbito de organización); y,

- B) Los deberes positivos son propios de quien ocupa un estatus especial. El obligado positivo no solo tiene que garantizar que de su organización no deriven efectos lesivos sino que tiene que preocuparse de la existencia no disminuida e incluso del fomento de un círculo de organización.

Se puede concluir así, que los servidores públicos tienen más obligaciones que otros tipos de trabajadores, pues no solo se les puede atribuir las obligaciones derivadas de su cargo, sino también las relacionadas a su actuar dentro del desempeño de sus funciones, es decir, el cómo las ejercen. La ética, responsabilidad, entre otras, son el conjunto de deberes extrapenales que están obligados a cumplir; esto se justifica, pues, al ser servidores públicos se revisten de facultades exclusivas que les ha otorgado el Estado. Y de una u otra forma tienen el desarrollo y el servicio a la ciudadanía dentro de sus facultades, esta es razón por la que su desempeño se encuentra más vigilado que el del resto de trabajadores. Los servidores públicos son el espejo de la Administración Pública, y su actuar influye directamente en la percepción que la ciudadanía tiene del Estado.

### 1.3.3.2. El delito de peculado.

El delito de peculado es un delito especial, es decir, que puede ser cometido únicamente por un sujeto activo calificado, es decir, una persona que cumpla con una serie de características propias del tipo. Este es un delito contra la administración pública y ha sido motivo de especial interés en los últimos años por los casos de corrupción en los gobiernos del país.

En su artículo 278, el Código Orgánico Integral Penal, ha tipificado este delito de la siguiente manera:

**Art. (...) 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. (2014, art. 278)

De la lectura del tipo penal se desprende que:

- Sujeto activo: La persona que realiza la conducta, en este caso un sujeto activo calificado: Servidor público que posea una relación funcional con los recursos público,

es decir únicamente el funcionario público **que a su cargo tenga el manejo de caudales públicos,**

- Sujeto pasivo: El titular del bien jurídico protegido, en este caso: La administración pública, es decir, de manera indirecta, el mismo Estado.
- Bien Material: Caudales públicos.
- Bien Jurídico Protegido: Eficiencia de la administración pública.
- Núcleos del tipo: Abusar, distraer, disponer.

El peculado, por su naturaleza es un delito doloso, el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 26 ha establecido “**Art. (...). -Dolo.** - Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta” (2014, art. 26).

Este delito, al igual que el cohecho, el enriquecimiento ilícito y el uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad, pertenece al grupo de delitos supra individual, es decir, el efecto que produce su cometimiento no afecta únicamente a un individuo, si no a la colectividad misma.

Este delito pertenece a los delitos que, de manera excepcional, son imprescriptibles, es decir, este delito puede ser investigado de manera indeterminada, sin importar si se han cumplido o no los términos previstos en el Código Orgánico Integral Penal para el debido proceso penal.

Hasta el año 2019, constituía requisito de procedibilidad para este delito, el informe de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de este, por ende, ahora se puede iniciar la investigación de este delito sin el IRP.

### **1.3.3.3. Otros conceptos**

Dentro de las clasificaciones del sujeto activo calificado, es importante hacer especial énfasis en el intraneus y extraneus.

#### **Intraneus**

El catedrático e importante escritor Felipe Rodríguez, en su obra: Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II, ha establecido:

Intraneus es el sujeto activo calificado per se, pero que existe, con dicha denominación, cuando en su comisión delictiva coparticipa un ternero, pero que no es sujeto activo

calificado y que, por lo mismo, no puede quedar exento de responsabilidad, pues fue partícipe necesario o coautor del delito. (Rodríguez, 2019, 224-225)

### **Extraneus**

Tomando la misma fuente biblioteca mencionada en el acápite anterior, Felipe Rodríguez, en su obra: Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II, ha establecido:

“Extraneus es, entonces, el sujeto activo no calificado que participa en grado de coautoría con el sujeto activo calificado y que, por disposición normativa (y únicamente si por disposición normativa), responderá en la misma calidad y gravedad que el sujeto activo calificado. (Rodríguez, 2019, 224-225)

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Teoría de la infracción del deber en la legislación penal ecuatoriana

Si bien, en el primer capítulo de este trabajo de investigación, se ha analizado la teoría de la infracción del deber en el delito de peculado, es menester sentar esos conceptos en la territorialidad normativa propia del Ecuador, ¿Es aplicable esta teoría en el marco jurídico penal del país?

#### 2.1. Criterios de autoría y participación COIP

El Código Orgánico Integral Penal, en su capítulo tercero determina la participación. Establece así que las personas que intervienen en la infracción penal lo hacen a título de autores o cómplices, esto dependerá de las circunstancias que determina la responsabilidad, según su gravedad o su nivel de intervención en el ilícito y de si estos influyen en la vulneración del bien jurídico protegido.

Este cuerpo normativo en su artículo 42 define la autoría, clasificando a estos de la siguiente forma:

**Art. (...). – Autores:** Responderán como autores 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.
2. Autoría mediata:
  - a. Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
  - 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.
  - c. 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.
  - d. Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.
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 (2014, art. 42).

Y, en el artículo subsiguiente, define a los cómplices, estos están establecidos de la siguiente forma:

**“Art. (...). – 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 (2014, art. 43).

## 2.2. Principio de legalidad

Los principios dentro del derecho Penal, como lo ha definido Santiago Mir Puig, han sido creados con el fin de limitar el ius puniendi del Estado, el rigen del principio de legalidad, se da por la teoría ilustrada del contrato social, esta estaba basada en la división de los poderes y se da con el paso del estado civil al contrato social, es decir, con la participación de poderes que son la expresión de la voluntad del pueblo. Beccaria, seguidor de esta teoría mencionó qué

Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. (Beccaria, 1764, 27)

El principio de legalidad es una exigencia de seguridad jurídica y una garantía política, una seguridad al pueblo que el gobierno, a través de jueces, fiscales y demás operadores de justicia, no someta a los ciudadanos a penas que no han sido aprobadas por el pueblo.

El Principio de legalidad se sustenta a través del postulado “NULLUM CRIMEN, NULLA PENA SINE LEGE”, (no hay delito ni hay pena sin ley) y está compuesto por varias garantías: a. garantía criminal, b. garantía penal, c. garantía jurisdiccional o judicial; y. d. garantía de ejecución. Santiago Mir ha distinguido estas características de la siguiente manera:

- A. **Garantía criminal:** El delito debe estar determinado por la ley (nullum crimen sine lege).
- B. **Garantía penal:** La ley debe señalar la pena correspondiente al hecho (nulla poena sine lege).

- C. **Garantía jurisdiccional:** la existencia del delito y la consecuencia jurídica de su cometimiento deben determinarse por medio de una sentencia judicial según un procedimiento legalmente establecido de manera previa.
- D. **Garantía de ejecución:** la ejecución de la pena se debe sujetar a una ley especial. (COIP)

Junto a las garantías del principio de legalidad, también encontramos requisitos, estos son:

a. *lex praevia*, b. *lex scripta*; y, c. *lex stricta*.

- A. **Lex Praevia:** conocida como la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan o agravan las penas, es decir, se deberá indicar al ciudadano los delitos y las penas nuevas de las conductas penalmente relevantes, si una pena anterior es más favorable en cambio, no está prohibido su retroactividad.
- B. **Lex scripta:** Exige que la conducta que está sancionada en la ley se encuentre tipificada en un cuerpo normativo que tenga rango de ley emanada del poder legislativo. Son contrarios a este requisito los decretos y órdenes ministeriales.
- C. **Lex stricta:** Este requisito exige un grado de precisión de la ley penal, excluyendo así la analogía cuando esta perjudica al reo. Es decir, deberá contener un mandato de determinación, se deberá determinar de manera suficientemente diferenciada las conductas penalmente castigadas y las consecuencias de estos actos.

### 2.2.1. Principio de legalidad COIP

Como era de esperarse, al ser tan importante el principio de legalidad, este debía encontrarse en el cuerpo jurídico penal correspondiente. Así, el código Orgánico Integral Penal, en el capítulo segundo –garantías y principios rectores del derecho procesal- del título II - Garantías y principios generales-, ha conceptualizado, en su artículo 5, entre otros, el principio de legalidad de la siguiente manera:

**Art. (...). -Principios procesales.** -El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. (2014, art. 5)

### 2.3. Imposibilidad de aplicación de la teoría de la infracción del deber en el Ecuador

Como ya ha sido analizado a lo largo de este trabajo, la teoría de la infracción del deber es una teoría para imputar responsabilidad a sujetos activos calificados en delitos especiales. La novedad de esta teoría nos haría pensar que puede ser tomada por nuestro Código y por ende la pregunta que de manera evidente nos planteamos es: ¿Es aplicable la teoría de la infracción del deber en la legislación ecuatoriana?, la respuesta es no.

Dentro de las principales críticas a la teoría de la infracción del deber y lo que a mi parecer constituiría la causa central de su imposible aplicación en la legislación ecuatoriana es la falta de tipificación del deber, lo que esboza en la violación al principio de legalidad.

Para la determinación de responsabilidad bajo la teoría de la infracción del deber no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado en el cuerpo normativo penal, es decir, la determinación del delito de infracción del deber no depende de si el deber se encuentra o no positivizado, ya que estos deberes se podrán asumir en la lesión de la institución.

En los supuestos de los delitos contra la administración pública -peculado- cometidos por servidores públicos, los deberes se encuentran positivizados en normas extrapenales, pues la institución tiene existencia propia y su vigencia se da con independencia del tipo penal, es decir, esta subsiste sin la necesidad de que el Derecho Penal la reconozca.

El punto central en el que se puede evidenciar la vulneración al principio corresponde al tercer requisito -lex stricta-. mismo que ha sido conceptualizado en el numeral 2.2 de este trabajo y el cual, para los fines pertinente, se explicará a continuación:

Hemos definido al requisito de lex stricta como:

**Lex stricta:** Este requisito exige un grado de precisión de la ley penal, excluyendo así la analogía cuando esta perjudica al reo. Es decir, deberá contener un mandato de determinación, se deberá determinar de manera suficientemente diferenciada las conductas penalmente castigadas y las consecuencias de estos actos.

Pues bien, tratando así de adecuar la teoría de la infracción del deber al principio de legalidad, existe un choque notable cuando se analiza el requisito de la lex stricta, pues si el fundamento mismo de la teoría de la infracción del deber es el incumplimiento de un deber extrapenal pero este deber no se encuentra detallado en el tipo penal, ni tampoco existe

remisión expresa, llevaría únicamente a que, de ser aplicada, quede a criterio del juzgador y genere así una laguna en los delitos bajos los cuales pretende ser usada. Qué tipo de seguridad jurídica genera que la razón de la imputación de responsabilidad en tipos penales cuya sanción sea privativa de libertad esté sujeta a lo que jueces y fiscales entiendan como deberes extrapenales. Evidentemente, la forma en la que está escrita nuestra normativa penal imposibilita la aplicación de esta teoría, pues ningún requisito al principio de legalidad puede ser inobservado.

Con este presupuesto, se puede evidenciar que la teoría de la infracción del deber no es aplicable a la normativa ecuatoriana, pues su puesta en práctica sería una violación al principio de legalidad, lo que provocaría la nulidad en el proceso penal. La novedad de la academia, en este caso, va en contra de la realidad de nuestra legislación, no se puede asegurar el correcto ejercicio de la justicia si se usan teorías que van en contra de los principios básicos que rigen nuestro ordenamiento

#### **2.4. Caso Dhruv**

En el año 2008 se realizó el proceso de adquisición de 7 helicópteros para el estado ecuatoriano, 6 de estos serían destinados a las Fuerzas Aéreas y 1 sería de uso presidencial. Meses después de usar los helicópteros, cuatro de estos sufrieron accidentes que incluso provocaron la muerte de sus tripulantes.

El 23 de diciembre de 2009 inició la investigación en contra de 18 servidores públicos por el presunto cometimiento del delito de peculado en la adquisición de estos siete helicópteros, mismos que fueron comprados a la compañía Hindustan Aeronautics Limited (HAL). El 14 de abril de 2016, el entonces Fiscal General, Galo Chiriboga, solicitó el archivo de la causa, pues, después de casi 7 años investigando no se encontraron los elementos de convicción suficientes para presumir la existencia del delito y sobre todo porque no existía el Informe con indicios de Responsabilidad Penal emitido por la Contraloría General del Estado, requisito de procedibilidad para el delito que se estaba investigando, así la investigación se archivó en abril de 2016.

La Corte Constitucional, el 2 de julio de 2019, declaró la inconstitucionalidad del artículo 581 del Código Integral Penal, en el cual se establecía al informe con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad para el delito de peculado y por tanto, el 16 de diciembre de 2020 la Fiscal General del Estado, Dra. Diana Salazar, solicitó la reapertura de la investigación previa, adjuntando 3 nuevos elementos de convicción, mismos

que habrían sido obtenidos de la investigación por el presunto cometimiento del delito de ejecución extrajudicial en el asesinato del Gral. Jorge Gabela. Estos elementos fueron:

1. El informe pericial de impacto económico por incumplimiento y retrasos del contrato 2008-d-006 (contrato de adquisición de los helicópteros Dhruv), elaborado por el Ec. Santiago Caviedes. En la parte pertinente el perito señala que solo se pudo operar a los helicópteros adquiridos por el estado ecuatoriano el 52.8% del tiempo planificado, generando así una pérdida económica de al menos USD 34'209.873, por su inoperancia entre otras especificidades relacionadas a la inoperancia de los helicópteros.
2. El informe pericial del Lic. Eduardo Valencia sobre las certificaciones de las naves, en el que concluye que las certificaciones y especificaciones de los helicópteros Dhruv no correspondían a las estipuladas en el contrato.
3. El informe de la Comisión Multipartidista de la Asamblea Nacional del Ecuador para el análisis de la documentación relacionada con la muerte del Gral. Jorge Gabela, mismo que en la parte relacionada con la compra de los helicópteros concluye: “Existió falta de diligencia en los procesos de contratación, falta de claridad en las necesidades operativas institucionales, existencia de procesos contractuales pocos claros, falta de transparencia, entre otras carencias dentro de la FAE”.

Es así como, en 2020 se da la reapertura del caso y al concluir la Investigación Previa se formuló cargos a 18 personas por el delito de peculado, finalmente, el 25 de julio de 2022 se instaló la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, en la que, posterior a declararse la validez de todo lo actuado, la Fiscalía General del Estado emitió su dictamen acusatorio contra 18 procesados imputándoles, bajo la teoría de la infracción del deber, grados de autoría y coautoría alegando que su actuar causó al estado un perjuicio de 66 millones de dólares.

El caso Dhruv, actualmente es público y puede ser revisado en la Corte Provincial. Está signado con el juicio No.17721-2016-0555, a la fecha de la publicación de este trabajo, la audiencia evaluatoria y preparatoria no ha concluido, por tal razón, se desconoce si se llamará a juicio o se dictará sobreseimiento a los procesados.

Este caso ha sido la razón misma por la cual se ha escrito y analizado sobre la teoría de la infracción del deber, es la causa y sobre lo que ha nacido la idea de este trabajo de investigación. La trascendencia del caso Dhruv ha inspirado el análisis doctrinal que engloba este trabajo y

ha impulsado a la crítica de los operadores de justicia, misma que será detallada en el acápite subsiguiente.

## **2.5. Errores de Fiscalía General del Estado en el planteamiento dogmático del caso Dhruv**

De manera introductoria a esta sección, es importante recordar que, la Fiscalía General del Estado, como la Constitución de la República del Ecuador la ha reconocido, es una institución autónoma de la Función judicial y es la titular del ejercicio penal público, es decir, dirige las investigaciones en sus etapas preprocesal y procesal.

Esta institución está integrada, entre otros servidores públicos, por Fiscales, quienes son los encargados de buscar justicia y combatir la impunidad. Estos deben ser formados de manera íntegra en el desarrollo de sus funciones, pero también deben estar capacitados en la ciencia misma del Derecho Penal, para así garantizar una justicia transparente y sostenida dogmáticamente. Como ciudadanos estamos obligados a vigilar y exigir a nuestros Fiscales las máximas académicas, pues la improvisación dentro del juego de los derechos y las libertades no debería ser permitida de ninguna manera.

Como se ha explicado en el acápite anterior referente al caso Dhruv, en la aplicación práctica, la Fiscalía General del Estado, cometió varios errores garrafales en el uso dogmático de la teoría de la infracción del deber para atribuir responsabilidad por el delito de peculado.

### **Primer error: La Fiscalía ha mezclado la teoría del dominio del hecho con la teoría de la infracción del deber.**

Durante toda la intervención de la Fiscal General del Estado en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio del caso Dhruv, ha confundido y mezclado la teoría de la infracción del deber y la teoría del dominio del hecho. Ha señalado dentro de la teoría de infracción del deber características de la autoría ajenas a esta y pertenecientes a la teoría del dominio del hecho.

Como se ha explicado en el primer capítulo de este trabajo, la teoría del dominio del hecho y la teoría de la infracción del deber son incompatibles y su aplicación de manera simultánea resultaría imposible, pues dentro de sus principales diferencias, está la autoría, tema sustancial que Fiscalía ha olvidado.

La teoría de la infracción del deber es aplicable únicamente a delitos especiales, es decir aquellos delitos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, si no solo por aquellos en quienes concurran las condiciones o cualidades exigidas por el tipo. Para esta

teoría el delito es imaginado únicamente mediante la infracción de un deber extra penal, al ser estos deberes atribuidos de manera personal a los sujetos SOLO CABE LA DETERMINACIÓN DE AUTORÍA, pues cada obligado especial es responsable del deber social que se le ha sido atribuido según su rol.

La Fiscalía ha señalado los mismos elementos transversales para todos los procesados, e incluso anunció las mismas pruebas para todos, ¿es acaso posible que todos los procesados hayan tenido el mismo rol dentro del proceso de compra de los helicópteros y por ende se les pueda atribuir a todos el cometimiento del delito? La respuesta es evidente, no.

A fin de sustentar esta respuesta, es importante hablar del principio de confianza. Según el principio de confianza, los roles especiales (roles de garante) generan una incumbencia singular y específica, pero ¿qué quiere decir esto? Cuando varios sujetos que tienen posición de garante realizan un trabajo de manera conjunta, estos serán evaluados según la división de sus funciones, es decir, singularizando la participación de cada interviniente del trabajo final.

Cuando por la división de trabajo, se generan funciones individualizadas y separadas las unas de las otras, serán únicamente estas determinadas funciones las causas de reproche penal al sujeto. Por ejemplo, en la línea cronológica del desarrollo de un trabajo, cuando el sujeto A ha realizado sus funciones de manera completa y le corresponde entregar el trabajo al sujeto B, este actuará confiando en que A y todas las personas que pudieron tener control del trabajo en un momento anterior cumplieron su rol de manera correcta, por ende, no será el deber de B examinar lo realizado por otros, ni será castigado por lo realizado por otros, si no, únicamente le corresponderá realizar lo previamente indicado según su rol en la división del trabajo; y, exclusivamente por esto podrá ser castigado.

Poniendo este análisis dogmático en la práctica del caso Dhruv, el proceso de adquisición de los helicópteros estaba dividido por varios organismos:

- Honorable Junta de Defensa Nacional.
- Comité de Contrataciones.
- Comisión Técnica, Legal y Económica de aprobación de bases.
- Comisión Técnica, Legal y Económica de revisión de ofertas.
- Comisión de Recepción.

Cada uno de estos encargados de realizar diferentes actividades, siendo la Honorable Junta de Defensa Nacional la entidad autónoma de derecho público con personería jurídica y amplia

capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, siendo su fin primordial administrar los fondos del presupuesto reservado para la defensa nacional.

Este concepto -el principio de confianza-, al igual que la teoría bajo la cual imputó responsabilidad, resultó desconocida para la Fiscalía, pues la Fiscal General del Estado señaló, como su principal alegato, que las todas las comisiones, y todos los funcionarios, no revisaron que el trabajo realizado sea el correcto, olvidándose así de detallar en qué momento ocurrió el peculado y cuál era la comisión encargada de vigilar el proceso en el momento que ocurrió el ilícito. Es decir, Fiscalía imputó responsabilidad de manera indeterminar sin distinguir los roles de los funcionarios y haciendo responsables a todos del proceso de contratación en su globalidad. Este sería, el primer error de Fiscalía en el planteamiento dogmático del caso Dhruv.

**Segundo error: La Fiscalía ha omitido detallar cuales fueron los deberes extrapenales inobservados.**

Como se desprende del primer capítulo de este trabajo de investigación, los deberes extrapenales constituyen el fundamento en los delitos especiales bajo la teoría de la infracción del deber. La relación institucional con el bien jurídico protegido genera un marco de deberes que limita el actuar del sujeto y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad.

La carente exposición de la Fiscalía ha obviado mencionar detalladamente cuales son los supuestos deberes extrapenales que se han vulnerado, y a través de los cuales se constituye el cometimiento de un delito que afecte el bien jurídico: eficiencia de la administración por el uso arbitrario de los fondos públicos en beneficio propio o de un tercero en la compra de los helicópteros y solamente se ha limitado a decir que todos los procesados han infringido el deber. ¿Este es el argumento suficiente que se debería aceptar dentro de un juicio? Claramente, la respuesta es no.

### 3. Conclusiones

1. La principal clasificación de los delitos es: delitos comunes y delitos especiales. Los delitos comunes son aquellos delitos que pueden ser cometido, a título de autor, por cualquier persona; mientras que los delitos especiales son aquellos delitos para los cuales el sujeto activo debe cumplir una cantidad de características que da el tipo, es decir, no puede ser cometido a título de autor por cualquier ciudadano.
2. Dentro de los delitos especiales existen dos clasificaciones, delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Son delitos especiales propios aquellos delitos especiales respecto a los que no existe de manera paralela ningún delito común, mientras que por el otro lado, son delitos especiales impropios aquellos delitos especiales sobre los cuales si hay de manera paralela un delito común.
3. La teoría de la infracción del deber es una teoría para imputar responsabilidad penal, el fundamento esencial sobre el que se fundamenta esta teoría es el incumplimiento de un deber extra penal, este es un antepuesto a la norma y por lo general se encuentra en cuerpos normativos diferentes al penal.
4. Bajo la teoría de la infracción del deber la única autoría que se reconoce es la autoría directa, pues dentro de la organización de la sociedad, los roles entregados a cada sujeto son indiscutiblemente personales, es decir, no se puede imputar responsabilidad a una persona por el incumplimiento que no es suyo y que no estaba dentro de su esfera de competencias. La realización de cualquier comportamiento en que vaya en contra de los deberes extrapenales genera autoría directa.
5. La teoría de la infracción del deber viola el principio de legalidad, pues no exige la redacción directa en el cuerpo normativo penal los deberes extrapenales y causaría que su determinación quede en manos de los operadores de justicia, esta es la razón por la cual es incompatible con la ley ecuatoriana, pues esta no permite interpretación en materia penal.
6. La Fiscalía General del Estado ha realizado un trabajo deficiente y cuestionable en el caso Dhruv, ha mezclado conceptos de la teoría de la infracción del deber y la teoría del dominio del hecho, ha obviado mencionar los supuesto deberes extrapenales que han incumplido los servidores públicos, procesados y ha imputado a todos bajo los mismos supuestos de hecho, sin diferenciar el actuar de cada uno y simulando la existencia de un aparente rol general, mismo que es imposible por su naturaleza misma.

#### 4. Bibliografía

- Asamblea Nacional. *Ley Orgánica del Servicio público*. Registro Oficial del Ecuador N. 16 del 12 de mayo de 2005.
- Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial del Ecuador N. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial del Ecuador N. 180 de 14 de febrero de 2014. Bacigalupo, E. (1996).
- Bernate F. (2010). *Los Delitos contra la Fe Pública*: Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Buompadre J. (2001). *Delitos contra la Administración Pública: Doctrina y Jurisprudencia*. Argentina, Buenos Aires: Mave.
- Creus. (1981) *Delitos contra la Administración Pública*: Argentina, Buenos Aires: Astrea.
- Chanjan, R. (2017). *El Correcto Funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de Incriminación de los Delitos vinculados a La Corrupción Publica. Derecho Penal y Criminología*.
- Corte Nacional de Justicia (2019). *Sala especializada de lo penal, penal militar, penal policial y tránsito. Proceso 17721-2016-0555*.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Donoso A. (2014). *Derecho penal: parte especial, delitos contra el patrimonio y contra los recursos de la administración pública*: Ecuador, Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Gómez Martín, V. (2003). *Los delitos especiales*: España, Madrid: Editorial B de F
- Jakobs, G. (2003a). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. Montealegre, E. (coord.), Universidad Externando de Colombia.
- Jakobs, G. (2003b). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción: Cancio Meliá, Manuel, Feijoo Sánchez, Bernardo, España: Civitas.
- Mir S. (2015). *Derecho Penal Parte General. 10<sup>ma</sup> edición*: España, Barcelona: Euros Editores S.R.L.

- Pariona, R. (2011). *La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias*. Gaceta Penal Nº 19, 69-83.
- Parma, C. (2016). *Teoría del delito, límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas, tentativa*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago.
- Reátegui, J. (2014). *Autoría y participación en el delito*. Gaceta Jurídica, Lima.
- Rodríguez F. (2018). *Curso de Derecho Penal: parte General*: Ecuador, Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*: España, Barcelona: Marcial Pons
- Salinas R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*: Perú, Lima: Iustitia.
- Salinas R. (2015-2016). *La Teoría de Infracción de Deber en los Delitos de Corrupción de Funcionarios*: Perú, Lima: Palestra.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Instituto Nacional de la Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal: parte general, traducción de Carlos Fontán Balestra*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.