



La evasión como delito de infracción del deber en el Código Orgánico Integral Penal

Evasion as a crime of breach of duty in the Comprehensive Organic Criminal Code

A sonegação como crime de desobediência no Código Penal Orgânico Compreensivo

Janeth Natividad Cuenca-Masache ^I
janeilusiones@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5795-5180>

Gabriel Yovany Suqui-Romero ^{II}
gsuqui@utmach.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-3704-8193>

Correspondencia: janeilusiones@hotmail.com

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de septiembre de 2022 * **Aceptado:** 31 de octubre de 2022 * **Publicado:** 23 de noviembre de 2022

- I. Maestrante Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.
- II. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador.

Resumen

La evasión normada en el Código Orgánico Integral Penal es un delito que, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la argentina y la peruana, en un solo artículo recoge sus diversas modalidades; es decir, en una misma norma –el Art. 274– regula el favorecimiento para evasión doloso o culposo; el favorecimientos para la evasión por infracción del deber de funcionario público; y, la evasión dolosa propia del presidiario con condena en firme o con medida cautelar. En el panorama advertido, el presente trabajo que versa sobre el análisis del delito de evasión, tiene como objetivo reflexionar, a partir de los postulados doctrinales, la infracción del deber en la categorización del tipo penal de evasión normado en el COIP. Luego de emplear una metodología de corte documental, cualitativa, descriptiva y explicativa, apoyada en métodos sistemáticos, dogmáticos, analíticos, comparativos, se llegó a la conclusión que el comportamiento en el autor del delito de favorecimiento de la evasión por infracción del deber, no es otro que la vulneración o incumplimiento de los deberes de vigilancia que tiene –el guía penitenciario– funcionario público respecto de los privados de libertad.

Palabras claves: Evasión; Infracción del Deber; Funcionario Público; Privado de Libertad.

Abstract

The evasion regulated in the Comprehensive Organic Criminal Code is a crime that, unlike what happens in legislations such as Argentina and Peru, in a single article it includes its various modalities; that is to say, in the same norm –Art. 274– regulates the favoring for fraudulent or culpable evasion; favors for evasion due to infringement of the duty of a public official; and, the fraudulent evasion of the prisoner with a firm conviction or with precautionary measure. In the warned panorama, the present work that deals with the analysis of the crime of evasion, has as objective to reflect, from the doctrinal postulates, the infraction of duty in the categorization of the criminal type of evasion regulated in the COIP. After using a documentary, qualitative, descriptive and explanatory methodology, supported by systematic, dogmatic, analytical, comparative methods, it was concluded that the behavior of the perpetrator of the crime of favoring evasion due to breach of duty, did not It is another than the violation or breach of the

duties of surveillance that the prison guide-public official has with respect to those deprived of liberty.

Keywords: Evasion; Breach of Duty; Civil servant; Deprived of freedom.

Resumo

A sonegação regulamentada no Código Penal Orgânico Integral é um crime que, ao contrário do que ocorre em legislações como a Argentina e a Peruana, em um único artigo abrange suas diversas modalidades; ou seja, na mesma norma – Art. 274 – regula o favorecimento por evasão fraudulenta ou culposa; favores por sonegação por violação de dever de funcionário público; e, a evasão fraudulenta do preso com firme convicção ou com medida cautelar. No panorama advertido, o presente trabalho que trata da análise do crime de sonegação, tem como objetivo refletir, a partir dos postulados doutrinários, a infração de dever na tipificação do tipo penal de sonegação regulamentado no COIP. Após recurso a uma metodologia documental, qualitativa, descritiva e explicativa, suportada em métodos sistemáticos, dogmáticos, analíticos, comparativos, concluiu-se que o comportamento do autor do crime de sonegação por violação de dever, não é outra coisa senão a violação ou descumprimento dos deveres de vigilância que o guia-funcionário penitenciário tem em relação às pessoas privadas de liberdade.

Palavras-chave: Evasão; Violação de Dever; Funcionário público; Privado de liberdade.

Introducción

La preocupación por castigar la evasión se proyecta desde el Derecho Romano desde donde ya se la consideraba delito que procedía exclusivamente a cierto tipo de penas, y se la castigaba con un incremento riguroso los casos de desobediencia del reo respecto de penas de relegación o confinamiento. Si la persona quebrantó su relegación temporal, el castigo se incrementaba a relegación perpetua; el confinamiento se convertía en deportación, y la deportación a castigo de muerte (Caffarena, 1991).

No obstante, desde el plano natural de conducta del ser humano, se desarrollaron fuentes doctrinarias que no reprochaban esta conducta ya que es de naturaleza del ser humano alcanzar su libertad y escapar de un lugar que sienta que su vida peligra; siendo de peculiar análisis el pensamiento de Francisco Suarez. En época medieval surge esta parte de la doctrina que concebía la evasión no como un delito, sino como un derecho natural de los reos.

En la antigüedad se refería comúnmente al delito de evasión como quebrantamiento de condena. Hoy en día, el término utilizado mayoritariamente es evasión; empero, algunos países como Argentina y España siguen utilizando el término antiguamente referido, o como el caso de Colombia, que adopta el término “fuga de presos”. El alcance jurídico que se ha evidenciado en la actualidad, ha permitido visualizar el desarrollo de este delito, pues ya no es aplicable solamente a ciertas penas, sino a todas aquellas personas que evadan prisión por la pena impuesta en cualquier clase de delito, e inclusive en algunos países no se excluye la aplicación en medidas cautelares. Además, cabe mencionar que existe también sanción no solamente para el privado de libertad sino para aquellos individuos que ayuden o faciliten la evasión, y siendo el caso de funcionarios o servidores públicos, la sanción es mucho más grave.

La evasión y más concretamente la evasión carcelaria, es una conducta que a lo largo de la humanidad ha sido debatida en sede doctrinal y jurisprudencial al punto que en la actualidad se habla de un “derecho de fuga” o *ius fugiendi*, esto como un *derecho natural de escaparse* (Amezúa, 2015). En inicios, este derecho a la fuga tenía justificativo siempre que la vida del prisionero se encontraba en peligro, en palabras del autor, se trataba de una consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida; es decir, la necesidad por la supervivencia como derecho innato de las personas aun cuando se encontraban en calidad de prisioneros, justificaba la procedencia del mencionado derecho.

La fuga siempre ha existido desde que existen las prisiones o presidios; en algunos casos bajo la necesidad advertida en el párrafo anterior, en otros, por el simple hecho de evadir la acción de la justicia. En este segundo caso, basta echar una mirada en el tiempo a las famosas o mediáticas fugas o escapes de recintos carcelarios de máxima seguridad a lo largo del mundo, donde la necesidad por recobrar la libertad no tiene límites, haciendo de la fuga verdaderos espectáculos que más allá de lo mediático alarma a la ciudadanía y evidencia la permeabilidad de los sistemas de control dentro de los regímenes penitenciarios. En este orden de ideas, la evasión de la acción de la justicia afecta directamente a bienes jurídicos colectivos e individuales con implicaciones directas en el derecho a exigir y a gozar de la justicia que el Estado está obligado a garantizar a sus nacionales. De ahí que, el presente es un tema que reviste importancia en la medida que afecta a uno de los derechos humanos trascendentales (fundamentales), como es la tutela efectiva de derechos.

En el presente trabajo se abordan desde la reflexión académica, cuestiones dogmáticas del tipo penal de evasión. En este planteamiento, se ha de advertir que el Art. 274 del COIP contempla un tipo penal que está dirigido a sancionar a quienes a título de dolo o culpa posibiliten la evasión; pero también, sanciona a la persona que evade sea que esté cumpliendo sentencia en firme, o, sea que esté cumpliendo medida cautelar. Toda vez que el presente trabajo abordará la evasión como delito de infracción de deber, en el siguiente espacio se analiza primeramente el tipo penal común o básico, o en atención al sujeto activo particular que permite la evasión y en atención al sujeto quien directamente se fuga o evade el cumplimiento de una sentencia o medida cautelar; reservándonos para un segundo momento de reflexión, el delito de evasión como infracción del deber. Todo esto para contextualizar el análisis de esta modalidad de conducta dentro del tipo penal genérico de evasión.

Desarrollo

La evasión como delito genérico se encuentra normada en el Art. 274 del COIP, dejando de lado la clasificación del tipo como delito de infracción de deber para posterior reflexión en este trabajo, por ahora se analiza el tipo básico en atención a su estructuración objetiva y subjetiva.

Elementos objetivos y subjetivos del tipo genérico

Dado que lo fáctico es lo captable en el mundo de los sentidos, será entonces la expresión de eso fáctico, la que conforme el tipo penal objetivo. En otras palabras, toda la estructuración fáctica como expresión de la conducta penalmente relevante captable por el mundo de los sentidos forma parte del tipo objetivo. En tal sentido, la dogmática del tipo penal exige la configuración de ciertos elementos estructurales objetivos como bien jurídicos, sujetos del delito, conducta, elementos normativos o descriptivos, en algunos casos, condiciones objetivas de punibilidad, entre otros; todos ellos sujetos a prueba como exigencias de punibilidad.

En el caso del delito de evasión, los elementos objetivos del tipo que se proyectan para el análisis puntos son los siguientes:

- a) Bien jurídico.

Este es uno de los temas muy reflexionado desde la doctrina, al punto de que algunas corrientes del Derecho Penal o dan por sentado que los tipos penales protegen bienes jurídicos; de ahí que, han sido prestablecidos en determinadas legislaciones al momento de la creación de las normas.

Frente a estas posiciones, existen otras antagónicas y radicalistas que sostienen que el Derecho no protege bienes jurídicos, argumentan esta postura aduciendo que por el contrario, el Derecho actúa una vez vulnerado el bien jurídico; afirman desde un prisma funcionalista que lo único que el derecho busca es la reafirmación de la norma.

El legislador ecuatoriano acogiendo la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, dentro del Libro Primero Título Cuarto ha colocado el delito de evasión en el Capítulo Quinto titulado “Delitos contra la responsabilidad ciudadana”, concretamente, en su Sección Primera denominada “Delitos contra la tutela judicial efectiva” (Asamblea Nacional, 2014). Así también, de la lectura del tipo penal se extrae que existe dos momentos en los cuales se protege bienes jurídicos diferentes como se verá a continuación.

En efecto, el primero es el delito de evasión cometido por la persona llamada a proteger la responsabilidad ciudadana con el propósito de asegurar una convivencia de paz y armonía, ello por cuanto el mismo Estado ha adquirido un modelo garantista asumiendo la responsabilidad de rehabilitar a los privados de libertad para prepararlas para su retorno a la sociedad; todo ello teniendo como finalidad que los privados de libertad se rehabiliten pero a la vez se cumpla el fin de la pena, esto es, la prevención general positiva; en este caso se proyecta un bien jurídico responsabilidad ciudadana. Mientras que el segundo, se visualiza en el delito cometido por el propio privado de libertad, cuyo bien jurídico directamente afectado es la tutela judicial efectiva. En definitiva, el bien jurídico inmediatamente protegido con la regulación del tipo de evasión es la tutela judicial efectiva; pero también se proyecta la protección de un bien jurídico mediato como es la responsabilidad ciudadana.

b) Los sujetos del delito.

Los sujetos de delito son aquellas personas que participan en el delito sea como autores o como víctimas. Sobre los sujetos del delito se ha escrito mucho, no obstante de consuno se ha llegado a clasificarlos en dos: sujetos activos y sujetos pasivos.

Respecto del sujeto activo, su consideración ha ido racionalizándose y variando con el transcurso del tiempo, basta echar una mirada al devenir histórico para encontrarnos con sujetos activos no personas humanas. Así, por ejemplo, en algunos lares los animales eran considerados sujetos activos del delito. Con el devenir del tiempo su consideración se ha ido limitando exclusivamente a personas naturales o jurídicas, hasta llegar a considerárselas jurídicamente como la persona que comete el delito cumpliendo con lo mencionado en los tipos penales de acuerdo con las diferentes

formas de participación constantes en la ley, (...), al igual que puede cometer una acción activa u omisiva (Torres, Maliza, & Villa, 2021).

Ya en un anclaje normativo dentro del tema que nos ocupa, la regulación del Art. 274 del COIP proyecta dos potenciales sujetos activos. En efecto, por un lado la regulación proyecta un potencial sujeto activo indeterminado. Ello en la medida de que cualquier persona podría cometer delito de evasión; así se desprende de la literalidad del texto legal que establece que la persona que por acción u omisión permita que un privado de libertad se evada del centro de (...). Como se observa, en este primer momento regulatorio el tipo no exige cualificación o condición alguna en la persona que lo ejecuta; es decir, en primera instancia, no requiere que necesariamente sea cometido por un sujeto calificado como un funcionario público por ejemplo. Aunque luego, como se verá infra, en el caso de delito de infracción del deber, el sujeto activo es cualificado en la medida que requiere ser funcionario público.

Respecto del sujeto pasivo, este es considerado como el titular del bien jurídico tutelado. La ubicación de este elemento del tipo depende de ubicar primero el bien jurídico y luego entonces deducir quién sería su dueño (...), (Arrieta, 2016). En el delito de evasión si bien protege bienes jurídicos como la tutela judicial, la responsabilidad ciudadana, la paz y armonía, todo se reducen en que el titular es la Sociedad en su conjunto, siendo ésta el único sujeto pasivo; en consecuencia, con la comisión del delito de evasión se ocasionaría un desequilibrio y desorden social.

c) Conducta.

El verbo rector: La conducta penalmente relevante y libre de causas de exclusión a ser analizada en sede del tipo de evasión presenta dos verbos conjugados: permitir y evadir. El primero de ellos referido al tipo genérico en el que terceras personas posibilitan o permiten la evasión de privados de libertad; el segundo, referido al propio privado de libertad que evade el cumplimiento de la condena o de la medida cautelar.

Modalidades de la conducta: La conducta penal entendida como todo comportamiento humano de acción u omisión, manifestado en el mundo exterior y ejecutado por una persona consciente y con voluntariedad; es decir, de forma dominable por ser además previsible y evitable (Mejía, 2018); en el caso de la evasión se proyecta en una doble modalidad: acción u omisión.

Según algunos autores locales, la conducta penalmente relevante que norma el COIP se proyecta finalista. En este sentido se la ha de entender como el actuar humano determinado por un fin

perseguido por el sujeto sobre la base de su experiencia causa (Guamán Chacha, Ríos Guamán, & Yuqui Villacrés, 2021). Ya en un anclaje al tipo penal de evasión, esa actuación puede ser de dos modalidades o clases, sea a título de acción o de omisión. La primera modalidad es realizada por el sujeto activo con voluntad propia realizando (acción) todo el inter criminis o camino del delito, es decir, con “el querer realizar el tipo penal”, siendo la finalidad del sujeto activo (fuera de los casos de infracción del deber) la de recobrar la libertad de la cual fue privado.

La otra modalidad de la conducta es la omisión, la que siguiendo postulados finalistas no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta (Parra, 2009). La omisión a su vez puede ser propia o impropia. La conducta omisiva será analizada en sede de la infracción del deber.

Según la omisión impropia o comisión por omisión, para ser autor del delito (...), no puede ser cualquier persona, sino un grupo reducido de personas, por su especial posición de garante (Marquez, 2020). De su lado conforme al Art. 28 del COIP:

(...) Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico (Asamblea Nacional, 2014).

Mientras que, habrá omisión propia conforme al Art 23 del COIP, cuando una persona teniendo la obligación jurídica de impedir un acontecimiento no lo hace, esto conforme a ley, equivale ocasionarlo.

Finalmente, hay que recordar que, para efectos de identificar si se está frente a un tipo que posee una u otra modalidad omisiva habrá que acudir al método de interpretación dogmático, en tal sentido la doctrina ha indicado que solamente habrá omisión propia cuando el tipo expresamente lo determine, ejemplo: omisión del control de lavado de activos, entre otros; mientras que, se estará ante omisión impropia cuando se pueda verificar la posición de garante y las circunstancias del Art. 28 del COIP.

d) Clases de tipo en el delito de evasión

El tipo básico.- Para algún autor el tipo básico reúne todas o al menos la mayoría de las exigencias o elementos objetivos del tipo como sujetos (activo y pasivo), la descripción de la conducta con el verbo o verbos rectores, los medios de comisión; el bien jurídico protegido; el objeto material; y, en ocasiones, la denominada condición objetiva de punibilidad (Crespo-Bert,

Íñiguez, & Benálcazar, 2021). En ocasiones en legislador ha empleado solamente un tipo básico, en otras, ha combinado tipos básicos y derivados (dentro de éstos segundos: los benignos y los agravados)

En el caso en concreto, se proyectan dos tipos básicos: el descrito en el Art 274, inc. 1; y el descrito en el inciso cuarto. En efecto, en el primer caso la norma reza: La persona que por acción u omisión permita que un privado de libertad se evada del centro de privación de libertad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (COIP). Como se puede observar, contiene la descripción de la mayoría de los elementos o exigencias advertidas por la doctrina para ser considerado tipo básico.

El siguiente tipo básico se desprende del cuarto inciso que señala: La persona privada de libertad, sea por sentencia condenatoria o por medida cautelar, que se evada, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Art. 274 COIP). Como se observa, nuevamente en este tipo se describe los sujetos, la pena y la conducta (solamente bajo la modalidad de acción) con su respectivo verbo “evadir”.

Los tipos derivados.- Los tipos derivados, como se advirtió supra, pueden ser benignos o agravados y se desprenden de los correspondientes tipos básicos. En el caso que nos ocupa, el primer tipo básico tiene un tipo derivado agravado plasmado en el inciso segundo bajo la siguiente fórmula: Si el sujeto activo del delito es una o un servidor público, la pena será de tres a cinco años de privación de libertad (Art. 274 COIP). En este caso, no se trata de una agravante constitutiva modificatoria del tipo sino de un claro tipo penal derivado agravado, pues, contiene un rango de pena (tres a cinco años) distinto del básico advertido en el primer inciso (uno a tres años).

Luego, pareciera asomar un tipo derivado benigno en el tercer inciso que señala: Si la infracción es culposa la pena será de seis meses a un año de privación de libertad (Art. 274 COIP). Empero, en este caso se está frente a otra modalidad de tipo, el culposo. No obstante, contiene un rango de pena benigno.

Finalmente, a modo de conclusión parcial de este apartado, se puede notar que a la hora de normar penalmente la conducta evasiva, el legislador ha considerado tres aspectos trascendentales con arraigo en sede político-criminal: El dolo que puede verificarse en los incisos primero, segundo y en el cuarto inciso irremediamente); la culpa advertida en el tercer inciso

que puede verificarse o no solamente en los incisos primero y segundo del Art. 274 del COIP); y, la infracción del deber.

Elementos subjetivos en la evasión

El COIP en el Libro Primero contempla tres elementos no concurrentes del tipo subjetivo a saber: dolo (dentro de éste preterintencionalidad) y culpa. En el delito de evasión conforme al tipo normado se visualizan dolo y culpa.

La parte dolosa como elemento subjetivo del tipo de evasión se encuentra plasmada en el inciso primero del Art. 274, sea que la permisión o favorecimiento a la evasión la realice un particular o un funcionario público, pero también y sobre todo, en el inciso final de la citada norma, en la que se proyecta un tipo penal de “evasión propia”. Resulta imposible figurarse preterintencionalidad en este delito de evasión propia, pero ¿es factible en el favorecimiento de la evasión la preterintencionalidad? en la medida que el particular o el funcionario pretenda realizar un acto doloso menos grave que la evasión, por ejemplo, quiere permitir que un privado de libertad salga por las noches del Centro de privación de libertad para que regrese en la mañana sin autorización en forma, pero dicho preado de libertad no retorna. En este caso, la salida que la el COIP se debate entre dolo o culpa pero difícil de que se pueda configurar la preterintencionalidad.

Es precisamente allí, donde juega un rol preponderante la infracción del deber.

En sintonía con lo anterior, la regulación ecuatoriana también contempla la posibilidad de un tipo de evasión culposa normada en el tercer inciso del Art. 274 que se verificará únicamente en los casos de los incisos primero y segundo de la citada norma, no así en el último inciso, que como de alguna manera se advirtió, está reservado únicamente para al actuar doloso.

Los delitos de infracción de deber

Ciertamente, existe considerable doctrina respecto a los delitos de infracción de deber. Algunos autores, con intención de buscar respuesta a incógnitas y problemas jurídicos, propusieron teorías que buscan explicar, al menos dos interrogantes elementales: ¿cuándo se está ante una infracción de deber? y ¿por qué la persona debe responder como autor ante esa clase de delitos? Para dar respuesta a estas dos interrogantes, a continuación se reflexionan algunos aspectos pertinentes a esta problemática.

En la advertencia planteada, y con la finalidad de ir contextualizando la problemática, (Kindhäuser, 2011) define a los delitos de infracción de deber como aquellos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, portadoras de un deber especial.

Por su parte, (Suárez, 2002) los conceptualiza a partir de la autoría, mencionando que:

“En los delitos de infracción de deber lo único esencial para la autoría es el incumplimiento de un deber especial que interesa a un círculo de sujetos, como los servidores públicos en los delitos de funcionarios o los garantes obligados a la protección de manera especial de un bien jurídico”

Esta clase de delitos, como su nombre lo dice, consisten en infringir un deber que jurídicamente la persona tiene la obligación de acatarlo, sea de hacer o no hacer (mandato o prohibición). A pesar de que la persona no tenga dominio directo sobre el hecho, por el simple hecho de llevar consigo implícita la autoridad de ese deber, deberá responder como autor del delito. A partir de aquella premisa, con la intervención de las distintas corrientes doctrinarias, se intenta desarrollar y debatir la autoría y participación en ciertas clases de delitos en los que es cuestionable la responsabilidad penal por ese deber especial que la norma le confiere. Vemos a continuación algunas reflexiones doctrinales.

Claus Roxin, considerado el doctrinario más relevante respecto de la reflexión académica de los delitos de infracción de deber, es considerado el primer exponente en acuñar esta terminología. En el año 1963, expuso en su monografía *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, sobre la teoría de infracción de deber, en aras de resolver problemas jurídicos suscitados en la autoría o figura central del hecho penal (Apaza, 2019). Con la determinación de la autoría y participación en el delito, Roxin estableció que se debe descartar la idea de dominio del hecho en los delitos de infracción de deber. La autoría del delito se determinaría en función del deber específico que poseen los intervinientes, de la obligación de comportarse adecuadamente. Es por ello que, en su obra explica que el criterio determinante para identificar la autoría debe recaer en la infracción de ese deber extrapenal, que a diferencia del deber penal que se encuentra en todos los delitos, este hace referencia a un deber especial y posee un contexto lógico-implícito en la norma, pues nace y se deduce de otras ramas jurídicas (León, 2021).

De su lado, Jakobs considera a los delitos de infracción de deber como delitos de omisión impropia con deber de garante y delitos de comisión; es decir, según (Berruezo, 2009), Jakobs no realiza distinción entre comisión y omisión. El criterio determinante se compromete en la competencia del sujeto

(Organizacional o institucional), del deber hacer algo según su rol especial en la sociedad y en base aquello, Jakobs distingue dos parámetros: infracción de un deber positivo o negativo.

Al igual que Roxin, Jakobs coincide que los delitos de infracción de deber son delitos especiales y que los delitos de dominio son delitos comunes. Sin embargo, existe una diferencia material notable entre los delitos especiales y los de infracción de deber: en los primeros, como indica Berruezo, la realización de la conducta penalmente relevante siempre estará descrita en el tipo (forma parte de la tipicidad), de ahí que no es necesario que el autor no este investido de algún deber; y, en los segundos, respectivamente, el autor posee una suerte de relación institucional con el bien jurídico, que consisten en deberes para la protección y cuidado del bien jurídico, no siendo importante la forma en que ha de lesionarse el bien que se encuentra bajo su protección (pág. 380).

Pero, ¿cómo o cuándo se está frente a la vulneración del deber? La tipificación de un deber puede resultar tanto de un mandato o prohibición. Suele llamarse un deber negativo a aquello que generalmente se prohíbe y la persona debe abstenerse; en cambio, aquel deber de actuar o hacer algo, se refieren comúnmente como deberes positivos. En función a las distintas corrientes dogmáticas, se cuestiona aquel deber vulnerado, pues, en el caso de la teoría de infracción de deber de Roxin expuesta en el año 1963, se hace referencia a un deber extrapenal, el cual va de la mano con los delitos especiales, en la medida que se trata de un rol especial que es conferido a ciertas personas. Sin embargo, Roxin realiza un cambio de terminología, ya que, en el año 2003 en el segundo volumen de su obra, se refiere a estos como deberes específicos del tipo. A pesar de que se utilicen distintas terminologías en la infracción de estos deberes, la esencia de punibilidad que recae en la infracción del deber es el mismo y aquella vulneración posibilita determinar la autoría de un delito, pues responde como autor aquel que es responsable de lesionar ese deber, y como partícipe, aquel que no ha vulnerado, pero ha intervenido en la infracción penal (págs. 381-382).

Por su parte, a decir de Jakobs existen deberes estatales y relaciones paternofiliales (confianza especial), que los ciudadanos en determinado momento deben observar *so pena* de incurrir en la comisión delictiva. Se trata los primeros, de deberes de naturaleza jurídico-abstracta; mientras que los segundos en las textuales de Berruezo: conciernen al ciudadano como titular de un estatus dentro de una institución, a saber, como madre o padre, como cónyuge, etc (págs. 383-384).

Otra cuestión digna de destacar, versa sobre la naturaleza dolosa y culposa de esta clase de delitos. Claus Roxin, en las primeras toma de postura de su monografía, consideraba los delitos imprudentes como delitos de infracción de deber, sustentando aquella imprudencia como la vulneración del deber extrapenal. Con el avance de su obra, en la séptima edición de su monografía, llegó a manifestar sobre un descuido y sobreestimación que tuvo respecto al alcance de los delitos de infracción de deber. Es así que, ya no consideró como delitos imprudentes a los delitos de infracción, por el motivo que no solamente recaían en los delitos culposos, sino también en los dolosos; y solamente se refirió a los delitos imprudentes como delitos de infracción de deber, cuando exista autoría en cuanto a un deber especial extrapenal. De ahí que, siguiendo a este autor, los delitos de infracción del deber pueden ser dolosos o culposos.

Características propias de los delitos de infracción de deber

Las teorías surgidas en la doctrina respecto a la autoría en los delitos de dominio y de infracción de deber, comprenden algunos elementos que permiten diferenciarlos y entender por qué se atribuye la responsabilidad del delito. En lo posterior, se hace referencia a características propias de los delitos de infracción de deber entre las que se destacan: comportamiento, autoría y participación, y tentativa. Se ha de advertir que en la medida que se aborde las características advertidas, se ira centrando también el análisis y la reflexión en el delito de evasión por infracción del deber que se visualiza en el Art. 274 del COIP; esto es, concretamente, en la regulación del segundo inciso derivada del primero y con relación al tercer inciso; es decir, a partir del siguiente tipo derivado agravado del tipo básico: Si el sujeto activo del delito es una o un servidor público, la pena será de tres a cinco años de privación de libertad.

El comportamiento.- El comportamiento va relacionado a una acción positiva o movimiento corporal, que en el tipo penal se lo identifica como la conducta delictiva. En los delitos comunes, el comportamiento del individuo se reprocha por cuanto se califica el dominio del hecho y se atribuye la autoría de aquel delito.

En materia de infracción del deber, el comportamiento va asociado, a decir de Roxin, a la lesión del deber específico que corresponde exclusivamente al autor, independientemente de si ese comportamiento es a título de acción u omisión. Respecto de esta cuestión, bien traído sea el ejemplo del autor sobre el quebrantamiento de condena cuando un funcionario de prisiones omite cerrar la puerta de la prisión para que se fuguen uno o más privados de libertad, o que facilite su

huida abriéndole la puerta, como se resalta a Seelmann en Berruezo, en estos casos no existe o no representan diferencia alguna (pág. 388). En definitiva, en esta clase de delitos el comportamiento va asociado a la vulneración, por ejemplo, de los deberes jurídico-públicos que tienen ciertas personas, frente a un comportamiento normado que no necesariamente tiene que ser penal sino también, y por lo general, extrapenal (León González, 2021).

Ahora bien, en el delito de infracción del deber que se proyecta en el segundo inciso del Art. 274 del COIP, pese a que en el primer inciso que norma el tipo básico de evasión se señale expresamente que el comportamiento puede ser por acción u omisión; acogiendo los criterios dogmáticos reflexionados *supra*, se puede afirmar que en la medida que el autor sea un funcionario público y vulnere un deber contemplado en la respectiva Ley, Reglamento o Decreto y producto de ello se verifique una evasión, dicho funcionario responderá como autor, independientemente de si lo ha hecho por acción u omisión. Al funcionario penitenciario de vigilancia, por ejemplo, le corresponde el deber de velar por el cumplimiento de la condena de los privados de libertad, y en la medida que infrinja ese deber y permita dolosa o culposamente la evasión, será responsable bajo la lupa dogmática de esta figura penal.

Autoría y participación.- Respecto de esta cuestión, básicamente se contemplan dos modelos de regulación: el caso de delitos de infracción y de delitos de dominio. Siguiendo el razonamiento y los postulados de Roxin, para determinar la autoría y participación en el delito, no es necesario tener dominio del hecho, es suficiente con que el individuo haya infringido un deber para que sea catalogado como autor, y el resto de los intervinientes, responderán como partícipes. Tal como lo menciona (Abanto, 2004), en la teoría de los delitos de infracción de deber:

La presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos) con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.”

Así mismo, resulta relevante mencionar sobre la “coautoría” en los delitos de infracción de deber, ya que esta figura recae únicamente en el intraneus, es decir, de aquel sujeto investido del deber especial que la norma le ha dotado. La coautoría es atribuible a los sujetos quienes son titulares de un mismo deber, por lo tanto, se les reprochará haber infringido aquella obligación; siendo irrelevante si han tenido o no dominio del hecho. La autoría o coautoría es una figura que recae

únicamente en el intraneus, en cambio, la participación es atribuible solamente al extraneus (Suárez, 2002). Respecto del partícipe, según (Torres W. , 2005), es aquel que coopera en la realización del hecho y que no infringe el deber especial que se desprende del tipo.

A simple vista, el estudio de estos conceptos no es complicado, sin embargo, se debe tener mucha cautela respecto a estas características que identifican los delitos de dominio y de infracción de deber, debido a que la autoría y participación son muy distintas en ambos casos. Sobre esto, a decir de Berruezo:

(...) uno de los principales cambios que se producen en los delitos de infracción de deber, está dado en que, quien en los delitos de dominio es considerado partícipe, en los delitos de infracción de deber, pasa a ser imputado como autor del delito (pág. 393), siempre que infrinja un deber especial.

En la especie, la infracción del deber que subyace del Art. 274 del COIP a la luz de la teoría de la participación advertida en el COIP en los Arts. 41 y siguientes, acogiendo los postulados dogmáticos esgrimidos, se proyecta en una necesaria autoría de intraneus y posibles participaciones de extraneus

La tentativa.- Otro de los elementos de análisis en los delitos de infracción del deber es la tentativa. El análisis de ciertos casos puede generar debate respecto a la punibilidad del intraneus (titular de un deber) que ha actuado de forma externa y por tanto no posee dominio del hecho. En el supuesto que aquel delito no llegue a consumarse por causas ajenas al autor, el intraneus podrá atribuírsele condena por tentativa de aquel delito, que a pesar de tratarse de una participación no punible ya que el delito no se ha ejecutado, el deber se ha lesionado independientemente del resultado.

De ahí que, siguiendo a Berruezo, si por tentativa responderá quien con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (pág. 405); entonces cabrá tentativa en los delitos de infracción del deber en la medida que como advierte el autor, si una persona inobserva un deber institucional extrapenal y participando de forma activa u omisiva empieza con la ejecución de un delito en la que interviene posteriormente un extraneus que no logra realizar el hecho delictivo por cualquier circunstancia, será responsabilizada penalmente como cómplice ya que el delito no se consumó por circunstancias que fueron ajenas a su querer o voluntad (pág. 405).

La evasión como infracción del deber que se visualiza en el COIP, en atención a lo normado en el Art. 39 del mismo cuerpo normativo, no presenta dificultad alguna al momento de determinar la posibilidad de una tentativa en la comisión del delito bajo la advertida modalidad especial. No obstante, vale la pena remarcar que, en la medida que se pretenda un delito culposo no cabe la tentativa por obvias razones normativas; es decir, por cuanto a tenor del primer inciso del Art. 39, la tentativa solamente es dolosa. Luego, en caso de que efectivamente se pueda verificar tentativa en el delito doloso de evasión por infracción del deber, el autor o *intrañeu* responderá con una pena que fluctúa entre uno o dos tercios de la pena descrita en el Art. 274 inciso segundo.

La evasión en el Derecho Comparado

Ecuador sanciona a la persona privada de libertad (P.P.L) que evada prisión, así como la persona o servidor público que facilite esta evasión al PPL; incluyendo también los casos en que el reo se encuentre detenido por la imposición de medida cautelar, es decir, prisión preventiva. En el caso de que el delito se atribuya a un servidor público, la pena privativa aumenta hasta cinco años.

Sobre esta figura delictiva el COIP establece:

La persona que por acción u omisión permita que un privado de libertad se evada del centro de privación de libertad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si el sujeto activo del delito es una o un servidor público, la pena será de tres a cinco años de privación de libertad.

Si la infracción es culposa la pena será de seis meses a un año de privación de libertad.

La persona privada de libertad, sea por sentencia condenatoria o por medida cautelar, que se evada, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Teniendo como punto de partida el texto local íntegro del Art. 274 del COIP, de una revisión al Derecho comparado y filtrando aquellas legislaciones que observan similitudes regulatorias con la ecuatoriana, a continuación se analiza las regulaciones argentina y peruana sobre el delito de evasión.

En la referida advertencia, el Código Penal Nacional de Argentina tipifica la evasión dentro del Capítulo XIV, Título XI del Libro Segundo, en los Delitos contra la Administración Pública; aquí se hace referencia al quebrantamiento de pena o evasión en los casos en que el privado de libertad haya usado violencia o fuerza. Una reflexión importante que la doctrina argentina puntualiza, versa respecto a que haber una detención legal para que proceda atribuirse la evasión. De igual

manera, existe sanción más alta para el funcionario público que favorezca la evasión, sea tanto dolosa o culposa; sin embargo, en caso de evasión culposa (por negligencia) el castigo es multa económica, lo que la diferencia de la legislación ecuatoriana que sanciona con prisión tanto a la evasión dolosa o culposa.

En efecto, por un lado el Art. 280 del (Código Penal de la Nación Argentina, 1984) señala que: Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas. Como se observa, a diferencia de la regulación ecuatoriana, la regulación argentina norma primero el delito de evasión “propia”, es decir, de aquel donde es el propio privado de libertad quien encuadra directamente su conducta en el tipo penal en busca de su “ilegal libertad”. Respecto de la pena, la regulación argentina se proyecta más benigna que la ecuatoriana para esta forma de evasión, ya que frente al rango de pena privativa de libertad de entre un mes al año que contempla aquella, el COIP prevé una pena de uno a tres años de privación de libertad.

Por otro lado el Art. 218 del citado Código, señala que: Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo. En la especie, se observa un delito agravado con una pena que fluctúa entre el rango de un mes a los cuatro años, pero no para el reo que se fuga, sino para o el particular que la favorece, o para el funcionario público que lo hace, todo esto dolosamente. Luego, una pena digna de reflexionar para el caso ecuatoriano que se proyecta en la regulación argentina, versa sobre la inhabilitación absoluta por el triple de tiempo (que ha de tomarse del mismo rango de la condena de privación de libertad y que, obviamente, ha de tener cumplimiento sucesivo para que surta los correspondientes efectos preventivos); empero, ha de advertirse que en el caso ecuatoriano, pese a que no se contemple la inhabilitación como pena, el funcionario público puede enfrentarse a una posible destitución o suspensión administrativa.

En el análisis de la citada norma penal argentina, el segundo párrafo señala que: Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil. Como se observa, la negligencia o la culpa en el delito de evasión disminuye el rigor de la pena, concretamente, elimina la pena de prisión y sanciona únicamente con pena pecuniaria al funcionario público, situación que no ocurre en el

caso ecuatoriano en el que, la culpa por evasión probada en el funcionario público o en el particular, es sancionada con pena de privación de libertad de seis meses a un año.

Mientras tanto en la legislación peruana, se proyecta una combinación de lo que se regula tanto en Ecuador como en Argentina. Se tipifica la evasión únicamente si se ejecuta bajo violencia o amenaza y establece sanción más alta si un servidor o funcionario público presta asistencia a la evasión, y ya sea que la conducta se la realice de manera dolosa o culposa, la pena siempre será privativa de libertad. En efecto, El artículo 413 del (Código Penal, 1991) de Perú regula la denominada “Evasión mediante violencia o amenaza”, cuando señala que: El que, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Comparte características de la normativa argentina en cuanto a la violencia; pero también comparte características de la normativa ecuatoriana, al menos en cuanto al verbo y al rango máximo de la pena (tres años), para el tipo básico de “evasión propia” (ultimo inciso del Art. 274 COIP).

Por otro lado, el Art. 414 del Código Penal peruano, regula el denominado “favorecimiento a la fuga” bajo la siguiente fórmula penal: El que, por violencia, amenaza o astucia, hace evadir a un preso, detenido o interno o le presta asistencia en cualquier forma para evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Este caso se asemeja (dejando de lado la violencia, amenaza o astucia) al tipo penal básico normado en el primer inciso del Art. 274 del COIP que sanciona al particular que por su acción u omisión permita la fuga del privado de libertad, aunque los rangos de pena privativa de libertad difieren con el caso peruano en un año al mínimo y al máximo. Luego, al igual que el caso ecuatoriano y el argentino, la norma peruana en atención al sujeto activo contempla un tipo cualificado funcionario o servidor público; para este caso, la legislación peruana contempla una pena de entre tres a ocho años, mientras que en Ecuador la pena es de tres a cinco años; es decir, en el Perú se sanciona más drásticamente al funcionario o servidor público que en Argentina y en Ecuador. Finalmente, en cuanto a la modalidad de la conducta, al igual que en Argentina y Ecuador, el tipo penal peruano proyecta también una modalidad imprudente o culposa plasmada en la siguiente fórmula penal: Si el agente actuó por culpa, la pena será no mayor de un año (Art. 414 CP del Perú).

Conclusiones

La evasión es un delito que ha sido estructurado legislativamente en el Art. 274 del COIP, en atención a tres cuestiones o categorías dogmáticas fundamentales del Derecho penal, esto es, en atención al dolo –en el tipo básico o favorecimiento para la evasión proyectado en el inciso primero, y en el otro tipo básico u evasión propia proyectado en el último inciso–; en atención a la culpa – en el tercer inciso–; y, en atención a la infracción del deber –segundo inciso–.

En lo medular, como infracción del deber, la evasión se proyecta en la medida que el autor sea funcionario público. Esta especialidad se la observa en el segundo inciso del Art. 274 del COIP que proyecta, además, para estos casos, un delito derivado (del tipo básico del primer inciso) agravado en cuanto a los rangos de la pena. En definitiva, como sostiene la doctrina especializada, el comportamiento del autor en el delito de favorecimiento de evasión por infracción del deber (el que se observa de una lectura de los incisos segundo y primero), no es otro que el incumplimiento o la inobservancia del deber que, para el caso del delito que nos ocupa y con respecto al funcionario público personal administrativo o de vigilancia penitenciaria, es extrapenal; es decir, por incumplir su deber de controlar la evasión de los privados de libertad. Finalmente, en materia de Derecho comparado, especialmente en las legislaciones peruanas y argentinas, se norma penalmente la evasión con ciertas similitudes al caso ecuatoriano, aunque en dichos países se la regule en más de un solo artículo y bajo modalidades distintas como quebrantamiento de condena; evasión con violencia, amenazas o fuerza; o, inclusive, como favorecimiento para la evasión. El caso ecuatoriano recoge en un solo texto legal –el 274– las modalidades de favorecimiento para la evasión, pero no recoge la evasión con violencia, amenaza o fuerza, esto lo reserva para el sistema de agravantes. En las tres legislaciones comparadas existe coincidencia en normar a la evasión, también, bajo la categoría dogmática de delito de infracción del deber.

Referencias

1. Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista Penal*, 3-23. Obtenido de
2. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12508/Autor%C3%ADa.pdf?seq=ue>
3. Amezúa, L. (2015). Derecho de evasión y principio de humanidad: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 103-136.

4. Apaza, H. F. (2019). El funcionalismo penal frente al problema de la participación delictiva en los delitos de infracción de deber. *Instituto Pacífico*(65), 57-93. Obtenido de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61442691/3._Hugo_Favian_Apaza_MamaniEl_funcionalismo_penal_frente_a_la_participacion_delictiva_en_la_infraccion_del_deber20191206-42724-1yxzbdd-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1666799202&Signature=f-phK4RnwofPqZHre2Fw
5. v2.pdf?Expires=1666799202&Signature=f-phK4RnwofPqZHre2Fw
6. Arrieta, H. V. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, 19. doi:<http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233>
7. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
8. Berruezo, R. (2009). *Delitos de dominio y de infracción de deber*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L / B de F Ltda. .
9. Caffarena, B. M. (1991). Quebrantamiento de condena y evasión de presos. *Revista de estudios penitenciarios*(244), 11-39. Obtenido de
10. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/52100/Quebramiento%20de%20condena%20y%20evasi%C3%B3n%20de%20presos.PDF?sequence=4>
11. %20y%20evasi%C3%B3n%20de%20presos.PDF?sequence=4
12. *Código Penal*. (1991). Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
13. 2583280052F800/\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf
14. *Código Penal de la Nación Argentina*. (1984). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
15. Crespo-Bert, L. A., Íñiguez, M. S., & Benálcazar, M. M. (2021). La inconstitucionalidad de la norma penal en blanco. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2694>
16. Ecuador, A. C. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
17. ECUADOR, P. D. (04 de Diciembre de 2019). *Corte Nacional de Justicia*. Obtenido de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/infraccion-penal/017.pdf
18. Guamán Chacha, K. A., Ríos Guamán, V. M., & Yuqui Villacrés, C. S. (2021). La teoría del delito:
19. fundamentos filosóficos. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Obtenido de

20. <https://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>
21. Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Revista de Estudios de la Justicia*(14), 41-52. doi:<https://doi.org/10.5354/rej.v0i14.28552>
22. León González, P. (2021). Autoría y participación en la infracción del deber: una especial referencia al delito de cohecho. *Iuris Dictio*, 27-40.
23. León, P. (2021). Autoría y participación en la infracción del deber: una especial referencia al delito de cohecho. *Iuris Dictio*(28), 27-40. doi:<https://doi.org/10.18272/iu.v28i28.2333>
24. Marquez, A. F. (2020). La omision propia y la comision por omision o impropia en el Codigo
25. Organico Integral Penal. . *Cap Juridica Central*. doi:issn 2550-6595
26. Mejía, J. M. (2018). La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. *Revista de Derecho*, 295-320. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200295>
27. Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014
28. Parra, N. S. (08 de Septiembre de 2009). *DerechoEcuador.com*. Recuperado el 31 de Noviembre de 2022, de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/laomision-en-la-dogmatica-penal/>
29. Suárez, A. (2002). La autoría en los delitos de infraccion de deber. *Temas Socio-Jurídicos*,
30. 20(43), 159-170. Obtenido de
31. <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/18093>
32. Torres, D. F., Maliza, M. E., & Villa, C. A. (2021). El juicio de tipicidad y su importancia jurídica en sentencias de carácter penal en el Ecuador. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 18. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.3005>
33. Torres, W. (2005). Autoría en los delitos de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 26, 79-102. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5319427.pdf>

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).