

# DERECHO PENAL CENTRAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES





**Revista**  
DERECHO PENAL CENTRAL  
año VII | número 7 | enero-diciembre | 2026



Revista Derecho Penal Central | año VII | núm. 7 | enero-diciembre | 2026 | ISSN-i 2697-3251 | ISSN-e 2697-3359 | frecuencia: anual | año de inicio: 2019 | idioma: español

Derecho Penal Central es una publicación del área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Esta revista difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas penales; su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los temas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

**DIRECTOR**

Ramiro J. García Falconí

**COMITÉ EDITORIAL**

Ramiro J. García Falconí— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)  
José Luis González Cussac— Universidad de Valencia (España)  
Javier Fernández Teruelo— Universidad de Oviedo (España)  
Miguel Abel Souto— Universidad Santiago de Compostela (España)  
Miguel Díaz y García Conlledo— Universidad de León (España)  
Miguel Ángel Núñez Paz— Universidad de Huelva (España)  
Javier de la Fuente— Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)  
Beatriz Rodríguez Tapia— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

**COORDINADORA Y RESPONSABLE ACADÉMICA**

Eliana Alba Zurita

**COLABORACIÓN**

Andrea Morales Lloré  
Iris del Belén Franco López

Revista Derecho Penal Central  
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>  
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>  
[fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec](mailto:fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec)

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales  
Av. Universitaria s/n, Quito-Ecuador, C. P. 170129  
[fjcps.subdecanato@uce.edu.ec](mailto:fjcps.subdecanato@uce.edu.ec) | [decanato.fjcps@uce.edu.ec](mailto:decanato.fjcps@uce.edu.ec)

**Editorial Universitaria**

Director | Edison Benavides  
Corrección | Jhonatan Salazar  
Diseño y diagramación | Christian Echeverría  
Portada | Christian Echeverría - Gemini AI

Ciudadela Universitaria, Avenida América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
[editorial@uce.edu.ec](mailto:editorial@uce.edu.ec)



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Patricio Héctor Aurelio Espinosa Del Pozo | RECTOR

Mercy Julieta Logroño | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Myriam Katherine Zurita Solís | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Silvio Alejandro Toscano Vizcaíno | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Solimar Herrera | DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Franklin Vásquez | SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Martha Valencia | DIRECTORA DE LA CARRERA DE DERECHO

## Índice

La Autoría y Participación y su Conceptualización Dogmática. Una crítica a la definición que establece el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano. <i>Gonzalo Sebastián Núñez Ayala</i> .....	07
Legitimación penal del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. Un análisis desde una perspectiva funcional-normativa.. <i>Elian Mauricio Camere Figueroa</i> .....	22
La necesidad de realización de un estricto control de la imputación fiscal por parte del juez de garantías penales a la luz de la Legislación ecuatoriana. <i>David Roberto Meza Angos</i> .....	48
La cooperación eficaz y su aplicación en el proceso penal ecuatoriano. <i>Magaly Camila Ruiz Cajas, Ricardo Reyes Vasco</i> .....	64
El delito de enriquecimiento privado no justificado en la Legislación ecuatoriana. <i>Guadalupe Rocío Galarza Paladines</i> .....	75
Instrucciones para los autores.....	85

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La Autoría y Participación y su Conceptualización Dogmática. *Una crítica a la definición que establece el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano*

### Authorship And Participation And Its Dogmatic Conceptualization *A criticism of the definition in the Ecuadorian Integral Organic Penal Code*

GONZALO SEBASTIÁN NÚÑEZ AYALA<sup>1</sup>

iD Investigador Independiente

#### RESUMEN

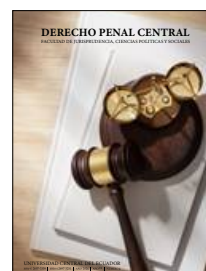
El presente artículo se propone examinar los distintos enfoques doctrinales en torno a la noción de la autoría y participación, en el que se abordará el concepto unitario, el concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor. En relación con la autoría, se explorarán las diferentes modalidades reconocidas por la doctrina penal, detallando sus características distintivas, los elementos que las componen y los requisitos indispensables para determinar cuál de estas formas corresponde al sujeto investigado en un caso concreto. Asimismo, se analizarán los fundamentos teóricos que definen las formas de autoría y participación considerando los elementos estructurales que permiten diferenciarlas. En este contexto, se expondrán las categorías principales de participación reconocidas por la legislación penal. Finalmente, se prestará especial atención a un error interpretativo común en el ámbito penal: la confusión entre la autoría mediata (una modalidad específica de autoría) y la inducción, que constituye una forma de participación. Esta distinción resulta fundamental para una correcta calificación jurídica de la conducta penalmente relevante.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, Autor, Cómplice, Pena.

#### ABSTRACT

This article aims to examine the various doctrinal approaches to the concepts of authorship and participation, addressing the unitary, extensive, and restrictive concepts of the author. Regarding authorship, it will explore the different forms recognized by criminal law doctrine, detailing their distinctive characteristics, the elements they comprise, and the essential requirements for determining which of these forms applies to the individual under investigation in a specific case. Furthermore, it will analyze the theoretical foundations that define the forms of authorship and participation, considering the structural elements that allow for their differentiation. In this context, the main categories of participation recognized by criminal legislation will be presented. Finally, particular attention will be given to a common interpretative error in criminal law: the confusion between indirect perpetration (a specific form of authorship) and inducement, which constitutes a form of participation. This distinction is essential for the proper legal classification of criminally relevant conduct.

**KEYWORDS:** Criminal law, Perpetrator, Accomplice, Penalty.



Recibido: 03/10/2025  
Aceptado: 10/12/2025

1 Master en Derecho Procesal Penal y Litigio Oral en la Universidad Internacional del Ecuador, con especialización en técnicas de litigación oral, argumentación jurídica, debido proceso, garantías constitucionales y aplicación práctica del procedimiento penal en el sistema acusatorio

<https://doi.org/10.29166/dpc.v7i7.9606>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2026 Universidad Central del Ecuador

## INTRODUCCIÓN

Con el objetivo de atribuir responsabilidades penales a los que intervienen en el cometimiento de un delito, la dogmática penal desarrolló diferentes conceptos de autor, los mismos que evolucionaron de un concepto unitario, pasando por un concepto extensivo, hasta llegar a un concepto restrictivo de autor el cual es aplicado en la actualidad en diferentes ordenamientos jurídicos. Podríamos incluir la aplicación de este concepto en nuestro Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), sin embargo, utilizo la redacción de forma hipotética pues al analizar los diferentes conceptos de autor y formas de atribución de responsabilidad se podrá llegar a la conclusión que existe una errónea definición normativa de la autoría y participación en el COIP sin que se pueda distinguir entre un concepto restrictivo de autoría pero para ello resulta necesario explicar de forma adecuada diversos conceptos dogmáticos que serán desarrollados en el presente trabajo de investigación.

### Concepto unitario de autor

El concepto unitario de autor tiene como característica principal el no determinar una diferenciación entre autor y partícipe, pues unifica a todos los intervinientes en una sola forma de intervención como la autoría, a pesar de que dentro de la calificación global de autor o autores se encuentran varias denominaciones como la participación, intervención, colaboración, codelincuencia, etc.<sup>2</sup>

En este contexto, se puede afirmar que históricamente existen sistemas jurídicos que mantienen un concepto unitario de autor, sin hacer distinciones claras entre las personas que de alguna manera participaban en la realización de un delito. Un ejemplo de esto es el Derecho Romano, que, aunque hacía distinciones de manera puntual sobre las distintas formas de intervención, no imponía consecuencias específicas basadas en esas diferencias, pues se dejaba de lado estas diferencias y se llegaba incluso de manera inconsciente a un concepto unitario. Se puede identificar las primeras formulaciones del concepto de unitariedad autores de los siglos XIX y XX lo que dio lugar a que años después esta postura sea defendida o al menos respaldada por la dogmática mayoritaria.<sup>3</sup>

El concepto unitario de autor existe cuando no se permite determinar una distinción entre una conducta primaria (autor) y una conducta secundaria (partícipe). Esta teoría conlleva a que todos los intervinientes que realizaron alguna conducta que infiera en la concreción del delito sean sancionados en calidad de autor.

Al ser considerados todos los intervinientes como autores, consecuentemente no existe el concepto de participación ni las consecuencias jurídico-penales que esto produce. En el mismo sentido, este concepto no permite diferenciar entre intensidades penológicas sobre un acto primario (autor) y un acto secundario (partícipe). Como resultado de estas limitaciones se tiene que el juzgador se limite a imponer la misma pena a todos los intervinientes.<sup>4</sup>

### Concepto extensivo de autor

El concepto extensivo de autor fortalece a lo mencionado en el concepto unitario de autor, ya que equipara todos los actos realizados por los intervinientes por igual, sin distinción de

2 DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, p. 47.

3 DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal, op. cit.*, p. 48 y 49

4 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Editorial Akal, Madrid, 1996, p. 20.

un acto primario o secundario para la consumación del delito, a pesar de que en la normativa penal ya se hacía alusión a autores y partícipes. Se debe tomar en cuenta que cualquier intervención ya sea de autoría o participación sería castigada con el mismo grado de gravedad a la de un autor.<sup>5</sup>

Este concepto afirma que es autor quien intervenga en el proceso causal que finaliza en un hecho tipificado en la norma penal y que el inducir o acompañar al autor con actos secundarios estarían fuera de la esfera de la autoría. El concepto extensivo de autor, a pesar de ser muy cercano al concepto unitario, busca criterios con los que se pueda diferenciar a los autores de los partícipes. A menudo se reconoce que la participación tiene un carácter accesorio, lo que implica una contradicción parcial con la premisa inicial de este concepto. De esta manera se cuestiona la validez del concepto extensivo de autor tal como se plantea en su punto de origen.<sup>6</sup>

### Concepto restrictivo de autor

El concepto restrictivo de autor es respaldado de manera casi unánime por la doctrina y la jurisprudencia española (aunque aún existen algunas sentencias que sugieren un concepto unitario limitado de autor). Este concepto hace una distinción clara entre autores y partícipes lo que es materializado en diversas formas, una de ellas es que se concuerda en que el autor es quien ejecuta el tipo penal. Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es que las disposiciones de la Parte General del Código Penal relacionadas con las formas de participación amplían a la tipicidad como la punibilidad debido a que se torna como posible sancionar a personas que no cumplan con las características de un autor con una responsabilidad accesorio. Este enfoque restrictivo de autoría, es el aceptado de forma mayoritaria por la dogmática y por las estructuras normativas ya que facilita una definición más precisa de la tipicidad y se ajusta mejor a los principios limitadores del Derecho Penal propios de un Estado de Derecho.<sup>7</sup>

Lo que distingue al concepto restrictivo de autor de los conceptos unitario y extensivo, es que mientras los dos últimos parten de la premisa de que todos los intervinientes a quienes se les pueda imputar objetivamente el resultado de un hecho delictivo son considerados autores, el concepto restrictivo adopta una postura contraria, no todos los intervinientes son autores, sino solo algunos.

Gracias a las disposiciones que sancionan otras formas de intervención, estas pueden ser incluidas en el ámbito de lo punible, de modo que las normas sobre participación en sentido estricto actúan como causas de extensión de la punibilidad y de la tipicidad. Es importante destacar que estas tienen características particulares frente a las figuras de autoría de los tipos penales de la Parte Especial, destacándose su sujeción al principio de accesoriedad, que constituye la clave del sistema de autoría restrictiva y lo hace preferible, ya que permite una definición precisa del tipo penal, alineándose mejor con los principios del Derecho Penal limitado. El concepto restrictivo de autor puede tener mayor o menor alcance en el momento de establecer una responsabilidad, pero esto dependerá de los criterios adoptados para definir a la autoría y diferenciarla de la participación.<sup>8</sup>

5 LOPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo, *Autoría y participación*, op. cit., p. 21 y 22.

6 DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, op. cit., p. 253 y 254, p. 255. véase también en ZIMMERL, Leopold, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlín, 2009, p. 49.

7 DIAZ Y GARCIA COLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, op. cit., p. 407.

8 DIAZ Y GARCIA COLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, op. cit., p. 407 y p. 408.

Una vez que se ha desarrollado en el presente trabajo los diferentes conceptos de autor que propone la dogmática y al haber establecido que el concepto restrictivo de autor es el aceptado por la dogmática mayoritaria y a la vez, el que se apega de mayor forma a la limitación del Derecho Penal, es necesario establecer las diferentes formas de autoría y de participación que emergen como resultado de la aplicación del principio de accesoriedad y del concepto restrictivo de autor.

## LA AUTORÍA

Al determinar la autoría y la participación en un hecho delictivo, es esencial verificar la intervención de cada uno de los sujetos en la realización del delito. Si se parte de un concepto restrictivo de autor, es necesario precisar lo que entendemos por autor. En este proceso se utilizan diferentes denominaciones tales como autor inmediato, autor directo, autor principal, autor propiamente dicho, y en ocasiones se emplean términos como ejecutor o autor material. Estas expresiones empleadas en la dogmática y las legislaciones de distintos países pueden ser objeto de debate respecto a su rigor técnico según la postura adoptada, aunque se mantendrán como equivalentes en función de la norma que establezca esta calidad. En los cuerpos normativos, el legislador se refiere a los autores directos con los términos de “el que”, “la persona”, “quien”, etc., al redactar los supuestos de hecho de la norma, los cuales también se han denominado como sujeto activo, agente o sujeto agente.<sup>9</sup>

Dentro de la autoría se debe analizar diferentes formas, entre ellas la autoría directa, autoría mediata y la coautoría. Para distinguir entre estas formas de autoría de una manera precisa es necesario remitirnos a la teoría del dominio del hecho en la que se direcciona el dominio de la acción correspondiente a la autoría directa, el dominio de la voluntad correspondiente a la autoría mediata y el dominio funcional del hecho que corresponde a la coautoría.<sup>10</sup>

### De la autoría directa

La autoría directa es conocida como autoría mediata individual porque su finalidad es definir el autor que ejecutó una conducta que puede ser total o parcial que se encuentra descrita en el tipo objetivo.<sup>11</sup> Es decir, será autor directo la persona que realice la conducta tipificada en el supuesto de hecho descrito en el tipo penal por sí solo de manera libre, voluntaria y con conocimiento del daño que puede generar.<sup>12</sup> Esto se da cuando el sujeto realiza la conducta típica, determina un hecho de modo completo, o sea, sin dividir el dominio o la determinación del hecho, y tampoco utilizando un tercero que sirva como un instrumento para cometer el ilícito.

Esta definición del autor directo tiene su génesis en la teoría objetivo-formal en la que lo determinante es realizar alguno o todos los actos ejecutivos establecidos en un tipo penal.<sup>13</sup> Para los delitos dolosos es necesario aclarar que en la autoría directa la persona realiza la ejecución de propia mano y para esto es indiscutible el dominio de la acción y que el sujeto

9 GARCIA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, Latitud 0, Quito, 2016, p. 538 y 539.

10 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 539.

11 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 539.

12 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 539., véase también en DONNA, Edgardo, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 265

13 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Editorial Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1966, p. 996.

activo haya actuado con total conocimiento, consecuentemente, con dolo y que se cumplan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.<sup>14</sup> La autoría directa se refiere a que el sujeto ejecuta los elementos objetivos del tipo penal de propia mano, sin la intervención de una segunda persona, esto se puede ejemplificar en el supuesto de hecho en el que una persona mata a golpes a otra, sin que exista la intervención de un tercero. Otro presupuesto fáctico es cuando alguien impide de forma agresiva a la víctima a que tome un medicamento que le salvará la vida.<sup>15</sup>

Cuando se trata el delito culposo o imprudente, la autoría radica en que el autor haya infringido el deber objetivo de cuidado que compone la tipicidad objetiva del delito culposo en particular y además debe analizarse las circunstancias y características individuales del autor, es decir, una verificación del tipo subjetivo que compone la previsibilidad y la evitabilidad del resultado. En el supuesto de que el autor hay violentado el deber objetivo de cuidado el derecho penal no podría plantear un juicio de reproche.<sup>16</sup>

En el delito de omisión se incluye el concepto de posición de garante, por lo que debe tomarse en cuenta que no toda persona que omita realizar alguna acción puede considerarse como responsable de un delito omisivo, sino solo aquel que tiene la obligación de evitar el cometimiento de una acción tipificada en la norma legal,<sup>17</sup> es decir, quien mantenga una calidad de garante y tenga una opción para intervenir previo a la ejecución de la acción delictual. En los delitos de omisión propia e impropia los autores solo pueden ser imputados de modo objetivo cuando no se evita un resultado teniendo la calidad de garante de un bien jurídico determinado, es decir, se trata de la obligación de protección y conservación de índole jurídica civil, pública y consuetudinaria, que tiene un agente sobre otro.<sup>18</sup>

Para que la conducta se subsuma al tipo objetivo del delito de omisión y pueda ser reprochado al sujeto que se encuentre investido de la posición de garante,<sup>19</sup> debe cumplirse algunos elementos. El primer elemento consiste en la situación de peligro, es decir, un hecho en donde se encuentra envuelto un bien jurídico protegido en una situación riesgosa. Este escenario puede ser creado por parte de la misma persona que se encuentre en calidad de garante, de un tercero, de una fuerza que sea producida por la naturaleza y debe surgir de esto el deber de realizar una acción que impida el daño al bien jurídico protegido.<sup>20</sup> El segundo elemento es la no realización de la acción debida. Para que se configure este elemento existe una exigencia para realizar una acción necesaria, la misma que radica en el deber de actuar por parte de la persona garante, en este caso se trata de garantizar que en las conductas activas o de omisión no se llegue a producir un peligro que produzca un resulta lesivo.<sup>21</sup> Como tercer elemento se encuentra la posibilidad de la realización de la acción debida, esto consiste en la capacidad de acción que el garante tiene para evitar el resultado o para disminuir el

14 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 540, véase también en DONNA, Edgardo, *Derecho Penal*, Parte General, op. cit., p. 267.

15 JACKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

16 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El Delito Imprudente*, Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 22.

17 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 499.

18 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 499.

19 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Editorial Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 45.

20 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *El Delito de Omisión, Concepto y Sistema*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2003, p. 353.

21 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El Riesgo Permitido en materia Penal (Régimen Jurídico Penal de las Actividades Peligrosas)*, Ministerio de Justicia e interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 238.

riesgo existente que amenaza un bien jurídico.<sup>22</sup> Finalmente, como último elemento está la producción del resultado del delito. En la omisión impropia no basta con demostrar que se omitió lo debido, sino que se debe determinar las consecuencias de esa omisión, por tanto, debe existir una relación de causalidad entre la omisión y el resultado producido por esa conducta omisiva.<sup>23</sup>

### Autoría Mediata

La autoría mediata se creó para poder llenar vacíos legales dentro del ordenamiento jurídico y la dogmática, ya que bajo la lupa del predominio de la accesoriedad extrema no era factible un castigo o resarcimiento por la participación de un ilícito como instigador, por lo tanto, terceras personas que actuaban detrás no cometían realmente un ilícito, por lo que al crear la autoría mediata se pudo dar una solución a este problema.<sup>24</sup>

Esta forma de autoría consiste en realizar un acto típico a través de otra persona que actúa en calidad de instrumento para realizar la tipicidad objetiva de un determinado tipo penal. Se trata de una forma de autoría en sentido estricto, pero debe tomarse en cuenta que no está sometida al principio de accesoriedad limitada de la participación.<sup>25</sup> Esta forma de autoría determina como regla que debe existir la intervención de dos o más personas. Una que sin intervenir en la ejecución material del delito lo realiza a través de otra que actúa como un instrumento o un brazo extendido del autor mediato. Por tanto, esto implica que se cometa un ilícito sin necesidad de intervenir en la realización de dicho acto delictual.<sup>26</sup> Además, en esta forma de autoría el sujeto que actúa como instrumento no es responsable penalmente debido a que actúa bajo circunstancias de inimputabilidad, bajo coacción o se actúa en circunstancias de errores de tipo o de prohibición invencibles, por lo que esta persona que es utilizada para cometer el ilícito no debe cumplir con el tipo subjetivo.<sup>27</sup>

Cuando se habla de que existe una coacción hacia la persona que será utilizada como instrumento para cometer un ilícito, se plantea el escenario en el que la persona de atrás ejerce actos de violencia física o psicológica en la persona que actuará como instrumento, consecuentemente, intimida a la persona instrumentada, por lo que la conducta coercitiva del primer agente produce una pérdida de fuerza de decisión por el miedo con lo que se provoca una fuerza irresistible interna.<sup>28</sup> Un autor mediato es quien crea el ambiente perfecto para colocar a otro en un estado en el que no tiene poder de decisión debido a la fuerza irresistible interna producida por las amenazas o la intimidación en la que el autor inmediato o instrumento podría terminarlas al realizar el tipo objetivo del delito querido por el autor mediato.<sup>29</sup>

22 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*; Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 135.

23 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 544.

24 WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 122.

25 HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 132.

26 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 545, véase también en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal*, Parte General.

27 STRATENWERTH, Gunther, *Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Thomson, Madrid, 2005, p. 319.

28 MARQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, *La Autoría mediata en el Derecho Penal*, Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 166.

29 JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 720.

## Coautoría

Se debe tener en cuenta que la dosificación punitiva que puede tener un coautor es equiparable a la de un autor. Esto implica dogmáticamente que la coautoría es una forma de autoría en la que varias personas, con un dominio funcional del hecho, pues cada uno de los intervinientes si bien no tienen un dominio del hecho total, lo que si sucede es que tienen un dominio sobre su conducta o actividad que es encaminada o en función de la concreción del plan global delictivo de todos los intervinientes, además cada uno de ellos aporta con actos principales que son insoslayables para producir de manera completa el presupuesto típico.

Cada persona denominada coautor tiene un trabajo que debe ser principal y necesario para cometer el ilícito, por este motivo, es importante que los intervinientes hayan concertado previamente el plan querido por todos y la división de conductas que deberá realizar cada uno para que la resolución de delinquir sea conjunta.<sup>30</sup> Uno de los puntos en los que el funcionalismo radical y el funcionalismo moderado confluyen es que plantean que en la coautoría existe un dominio del hecho funcional, esto quiere decir que en este dominio concurre en todos los intervinientes que al distribuirse las actividades principales del hecho concretarían el ilícito.<sup>31</sup>

Los elementos que integran esta forma de participación son de aspectos subjetivos y objetivos. El parámetro subjetivo implica que los sujetos intervinientes tengan el poder decisorio para realizar las conductas que, acordadas previamente y sumadas, concretarán el tipo de injusto, mientras que en el parámetro objetivo debe analizarse el hecho que será el producto de la división del trabajo entre todas las personas que intervienen en la acción típica en donde se evidenciará de forma clara el dominio funcional del hecho que posee cada uno.<sup>32</sup>

Referente a esta forma de autoría existen puntos en los que la dogmática ha trabajado mucho para dar una respuesta racional a la aplicación del reproche penal. Uno de ellos es sobre la coautoría en un delito en grado de tentativa ya que puede darse el presupuesto en el que uno de los participantes realiza o inicia la acción típica y las demás personas asumen su rol necesario para cumplir el plan global, pero por circunstancias ajenas a la de los intervinientes no se lo puede concretar, en estos casos se puede hablar un delito tentado por haber iniciado con el comienzo de ejecución respecto del *iter criminis*.<sup>33</sup> Otro tema controversial es sobre la coautoría en los delitos imprudentes, sin embargo, se sostiene que esta forma de autoría conlleva necesariamente el elemento subjetivo de la voluntad para intervenir en la concreción del plan que se acuerda incluso previo al comienzo de ejecución, *ergo*, esta se reserva para presupuestos fácticos netamente dolosos.<sup>34</sup>

En este punto de este trabajo de investigación quiero establecer una distinción entre la coautoría y las diversas formas de participación. En ese sentido, se puede considerar un aspecto de carácter subjetivo y otro objetivo. El primero en referencia a una de las teorías subjetivas de la autoría pues el coautor realizará su conducta con un *animus auctoris* del que habla Feuerbach al contrario de los partícipes que actúan con un *animus socii* sin que exista un interés real sobre la provocación del resultado.<sup>35</sup> Ahora, sobre el aspecto objetivo debe considerarse que el coautor siempre aportará con una intervención necesaria para realizar el

30 JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, op. cit. p. 726.

31 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 304 y; JACKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit. p. 745.

32 VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comlibros, Medellín, 2007, p. 453.

33 JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, op. cit. p. 733.

34 MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 394.

35 VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comlibros, Medellín, 2007, p. 130.

tipo de injusto, esto implica que sin esa intervención el plan no se podría concretar de forma definitiva y además esta aportación será realizada en el momento de ejecución en el plano del *iter criminis*, no en los actos preparatorios y tampoco en el comienzo de ejecución, sino en la ejecución pues una actuación en los otros dos momentos citados podrían configurarse como una tentativa o como una forma de intervención.

### **Autoría mediata por aparatos organizados de poder**

Esta forma de autoría es muy cuestionable en la actualidad, pues no se ha delimitado de forma clara lo que se conoce como organización delictiva que incluso en algunos ordenamientos jurídicos como el nuestro es tratada como tipo penal independiente y una autoría mediata por aparatos de organización de poder, ya que pueden ser similares pero cada una tiene elementos sutiles que las diferencian.

En cuanto a esta forma de autoría, la dogmática mayoritaria establece que su origen debe tener un grado de ilicitud, es decir, debe ser una organización apartada del derecho y conformada con la finalidad de provocar resultados lesivos producto de actos delictuales. En referencia a este primer elemento también se ha planteado que estas estructuras de carácter criminal pueden ser conformadas dentro de la propia estructura estatal, lo que no contradice el origen ilícito pues se sostiene que en la propia institucionalidad se pueden conformar agrupaciones de individuos con la finalidad de cometer delitos, incluso que refuercen a un gobierno totalitario o dictatorial, como fue el caso del nacionalsocialismo en la Alemania de los 30 y 40 del siglo pasado.<sup>36</sup>

Además, esta forma de autoría plantea que debe existir una organización vertical en la que el poder se distribuye de forma jerárquica desde los eslabones más importantes hasta los eslabones menos significativos en la que existen mandos altos, mandos medios y mandos bajos, sin embargo, a pesar de tener este nivel organizativo, no es necesario que los mandos de menor jerarquía conozcan o tengan un contacto directo con los líderes de la estructura, al contrario, lo suficiente es que los miembros de la estructura criminal conozcan y tengan la voluntad de realizar los actos delictivos a los que se dedica el aparato organizado sin tener el mínimo contacto con las cabezas de la organización.

Finalmente, como elemento que compone a esta forma de autoría es la fungibilidad de los miembros que conforman la estructura delictiva, lo que implica que cada uno de los miembros son prescindibles para el funcionamiento del aparato organizado. Esto es relevante al analizar la distribución de actividades criminales y poder de mando debido a que dentro de los diferentes niveles de jerarquía resulta poco o nada relevante que se intercambie de roles a los integrantes o incluso, que dejen de ser parte de la organización,<sup>37</sup> de hecho, tal es el nivel de fungibilidad que se les da a los integrantes que se los puede comparar como engranes de la gran máquina delictiva en la que si se “avería” uno, fácilmente se lo sustituye con otro.<sup>38</sup>

## **LA PARTICIPACIÓN**

La participación es una forma de intervención en el cometimiento de un delito que está ligada a la autoría en cualquiera de sus formas, en ese sentido, al ser una intervención secundaria que dependerá de un autor, necesariamente deberá cumplirse un principio de acce-

36 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 378.

37 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 554.

38 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 381.

soriedad que consiste en fundamentar la responsabilidad penal del partícipe, siempre que se pueda establecer que un autor cumplió un tipo de injusto, es decir, un comportamiento típico y antijurídico.<sup>39</sup> Se debe tener en cuenta que se denomina partícipe a aquel que ejerce un acto secundario en el cometimiento de un delito y lo más importante, que no tiene el dominio del hecho sobre ese acontecer causal, consecuentemente, la ejecución o interrupción de la causalidad dependerá exclusivamente del autor.<sup>40</sup>

El Código Penal alemán, desde una perspectiva normativa, atribuye una carga dolosa a la participación en la realización de un delito, lo que no distingue de forma explícita el COIP, pues no establece una mención sobre la tipicidad subjetiva con la que deberá actuar un partícipe con excepción de la complicidad, ya que en el artículo 43 de la citado cuerpo legal se especifica de forma clara y meridiana que esta forma de participación solo podrá realizarse con dolo al no haber posibilidad de imputarla en su forma imprudente. Pese a este lineamiento normativo, alguna parte de la dogmática considera que esta especificidad es innecesaria pues se argumenta que se trata de una redundancia por la composición propia de las definiciones de las formas de participación que conllevan de por sí una carga dolosa por lo que tan solo se necesitaría de una interpretación lógica para identificar las conductas susceptibles de sanción.<sup>41</sup>

## Inducción

La inducción consiste en que una persona hace surgir en otra, a través de un influjo psíquico, la finalidad de realizar un acto delictivo,<sup>42</sup> esto conlleva que exista un inductor que determina a un autor directo a realizar el tipo penal.<sup>43</sup> Es necesario que el autor no se encuentre decidido a realizar el ilícito, pues resulta necesario saber que la actividad principal del inductor es lograr obtener la decisión del autor para realizar dicha actividad delictual.<sup>44</sup>

Una de las características que presenta esta clase de participación, es que la determinación debe ser concreta sobre la realización de un hecho delictivo en el que incluso podría trazarse el curso causal, pues no debe ser una determinación abstracta o general, al contrario, debe ser de carácter específico.<sup>45</sup> Es necesario distinguir a esta forma de participación de la autoría mediata, pues en esa forma de autoría la persona que realiza el tipo objetivo resulta ser un mero instrumento carente de voluntad por lo que su responsabilidad penal queda excluida, mientras que, en la inducción, la persona que realiza el tipo penal, es considerado un autor directo que responde penalmente.

El inductor es quien de manera dolosa ha determinado a otro la comisión de una acción antijurídica.<sup>46</sup> La característica principal del inductor es que carece del dominio del hecho, lo que implica que la decisión de realizar la conducta delictual queda a libre albedrío del autor, por lo que el dolo del inductor es fundamental en el momento de aconsejar o instigar a

39 GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 113,

40 JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, op. cit. p. 737.

41 MIR PUIG, Santiago, *Observaciones al Título Preliminar y Primero del Anteproyecto del Código Penal*. RFDUC, Barcelona, 1980, p. 11.

42 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Autoría y Participación*. Revista de Estudios de la Justicia, No 10, 2008, p. 42.

43 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 213.

44 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 356.

45 BUSTO RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 213.

46 GARCÍA FALCONI, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, op. cit., p. 545, véase también en JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*.

realizar un ilícito,<sup>47</sup> por lo tanto, la responsabilidad del inductor debe ser atendida como una naturaleza accesoria y necesaria para cometer dicho ilícito.<sup>48</sup>

### Cooperación necesaria

La cooperación necesaria es una forma de facilitar o aportar de una manera relevante y determinante para el cometimiento de un delito. En esta forma de participación la contribución se realiza en los actos preparatorios o en el comienzo de ejecución que realiza el autor para la concreción del acto delictivo.<sup>49</sup> Ahora, para que una persona sea considerada como cooperador necesario el aporte que esta brinda al autor ya sea con una conducta o con un medio debe ser sumamente importante para la realización del delito pues sin ese aporte, el presupuesto delictivo no podría concretarse por parte del autor.

Un problema surge al momento de diferenciar un aporte importante de un no tan relevante y para esto es necesario remitirse a la teoría de los bienes escasos desarrollada por Gimbernat en la que establece que para diferenciar entre un aporte necesario o no necesario se debe realizar un análisis fenomenológico del aporte en el que se debe considerar circunstancias sociales, aspectos de territorio o circunstancias de carencia de ese aporte en el entorno, ya que no debe dejarse a la subjetividad la relevancia del aporte pues esto repercutirá en la atribución de responsabilidad de una persona y la correspondiente dosificación penal.<sup>50</sup>

Este tipo de participación se debe diferenciar de la coautoría, pues se debe constatar la existencia del dominio funcional del hecho en el caso de la coautoría ya que no es suficiente para una diferenciación solo considerar a los aportes necesarios, sino que también debe entrar en colación el momento específico del aporte, en ese sentido, si esta contribución se produce previo a la ejecución del delito no podría considerarse a esta intervención como coautoría y debería valorarse como una mera participación, en otras palabras, lo que diferencia a un cooperador necesario de un coautor es que en el caso de la coautoría el aporte se lo realiza en el momento de la ejecución.<sup>51</sup>

### Complicidad

La complicidad es un favorecimiento que otorga el partícipe al autor para realizar el acto delictivo. Estos aportes de favorecimiento se configuran como actos anteriores o simultáneos a la realización del ilícito mientras se desarrolla el curso causal, pero no pueden ser considerados como actos de autoría,<sup>52</sup> pues en esta forma de participación se apoya al autor con actos o medios secundarios y no indispensables. Además, es necesario un doble dolo, por un lado, el conocimiento de la propia acción y un conocimiento sobre la acción que va a realizar el autor, esto quiere decir, saber y querer el despliegue y el resultado lesivo.<sup>53</sup>

47 ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro, ALAGIA, y Alejandro, SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, Ediar Editores, Buenos Aires, 2007, 633.

48 CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, Parte General*, ARA Editores, Perú, 2006, p. 1116.

49 CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 212.

50 GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, op. cit., p. 142.

51 GÓMEZ TOMILLO, Manuel y GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Artículo 28, en Comentarios Prácticos al Código Penal*, 2015, p. 477.

52 CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, T. III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 529; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General, 2da Ed.*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 529; JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 744.

53 GÓMEZ TOMILLO, Manuel y GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Artículo 28, en Comentarios Prácticos al Código Penal*, op. cit., p. 447.

Como partícipe, el cómplice decide intervenir en el delito para contribuir al autor con actos que podrían ser soslayados, es decir, con aportes que no resultan necesarios para llevar a cabo el hecho delictivo, *empero*, lo importante de esto es que en la complicidad el dolo se configura como presupuesto subjetivo de la tipicidad.<sup>54</sup> En ese sentido, coincido con la doctrina mayoritariamente que establece que la complicidad debe ser dolosa pues se conoce y se quiere realizar una conducta que favorecerá al autor en la comisión de un delito,<sup>55</sup> pese a que una parte de la doctrina minoritaria argumenta la posibilidad de imputar una complicidad culposa lo que implicaría expandir las circunstancias objetivas de punibilidad fuera de estándares racionales para un derecho penal limitado.

## CRITICA A LA DEFINICIÓN NORMATIVA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Uno de los objetivos principales del presente trabajo de investigación es dar a notar al lector que la dogmática penal trata a la autoría y participación como dos formas diferentes de intervención en el cometimiento de delitos cuyo matiz se marca por el dominio del hecho ya que mientras en la autoría es indispensable la existencia del dominio del hecho para un control absoluto sobre el curso causal, en la participación no es necesario que exista tal dominio. Además, se ha puesto en consideración a la autoría directa, a la autoría mediata, a la coautoría y a la autoría mediata por aparatos organizados de poder como clases de autoría; y, a la inducción, a la cooperación necesaria y a la complicidad como clases de participación según lo desarrollado por la dogmática penal.

Cada una de estas formas de intervención en un hecho delictual tienen elementos que las distinguen unas de otras a pesar de parecer similares, es así que se puede diferenciar a la autoría mediata de la inducción por la posibilidad de responsabilizar al que realiza el tipo objetivo debido a que en la inducción el autor directo sí es responsable penalmente y en la autoría mediata no lo es, por otro lado, podemos diferenciar al coautor de un cooperador necesario ya que el primero realiza su aportación necesaria en el momento de ejecución del delito mientras que el segundo realiza su aportación en los actos preparatorios o en el comienzo de ejecución del delito, o también se puede diferenciar a un cooperador necesario con el cómplice por la relevancia del aporte.

Se hace esta distinción porque el COIP desde la definición de participación está en un error debido a que para nuestro cuerpo normativo se define a las formas de intervención únicamente desde la participación, lo cual es una concepción equivocada desde propia concepción adecuada del lenguaje y con mayor razón desde lo dogmático pues un autor no puede ser considerado como partícipe como lo establece el artículo 41 del COIP ya que en su redacción se dice que “las personas participan en la infracción como autores o cómplices”. En primer lugar, se propone una crítica a esta redacción debido a que el partícipe no posee el dominio del hecho, sin embargo, en este artículo se coloca a la autoría como parte integrante de un concepto de participación, lo cual crea una confusión entre la conceptualización dogmática.

La segunda crítica, que es aún más importante y alarmante radica en que inadecuadamente se considera a la complicidad como única forma de participación cuando se tiene otras clases de participaciones que tienen elementos particulares cada una de ellas.

---

54 COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 67.

55 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 56.

En este sentido, una de las propuestas del presente trabajo de investigación es que se modifique la redacción del artículo 41 para considerar a los posibles responsables de un delito como intervinientes, que pueden ser clasificados como autores y partícipes. Esto contribuiría de forma positiva al desarrollo académico en el tema de la atribución de responsabilidad dentro del país y también se orientaría desde esta corrección normativa a los jueces para que desarrollen lineamientos jurídicos sobre cada una de las formas de la autoría y participación y cada uno de los elementos que las componen.

Adicional a la crítica y sugerencia de modificación de redacción normativa que se planteó en líneas anteriores, es necesario evidenciar el error dogmático constante en el artículo 42 del COIP al definir las modalidades con las que puede configurarse una autoría mediata. Con la finalidad de evidenciar este error es necesario transcribir lo que establece el COIP sobre la autoría mediata en su artículo 42 en el que dice:

“Artículo. 42.- Autores. - Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades (...) 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 (...).

En párrafos precedentes se desarrolló de forma puntual cada una de las definiciones que plantea la dogmática sobre las clases de autoría y participación. Esto permite identificar al lector los elementos que conforman a cada una de ellas para de esta manera diferenciarlas y no asumir que tienen la misma estructura pese a guardar ciertas semejanzas ya que considerar a las clases de autoría o de participación dentro de una sola forma de intervención, sería aplicar de forma inapropiada el concepto extensivo de autoría, lo que vulneraría el principio de culpabilidad del derecho penal moderno.

La crítica de fondo al artículo 42.2 radica en la redacción de cada uno de sus literales debido a que en la redacción actual supuestamente se define a la autoría mediata con los literales siguientes al artículo citado, sin embargo, si analizamos el literal a, podemos identificar que ese precepto no define a una autoría mediata como lo plantea la dogmática penal, ni siquiera establece el presupuesto de la imposibilidad de responsabilizar penalmente al autor inmediato sino que define a la inducción como método de determinación para la comisión de delitos. En esta redacción se puede ver que la inducción o instigación queda delimitada a los delitos de carácter comisivo realizado por el autor directo y se deja de lado la posibilidad de imputar una inducción para la concreción de un delito de omisión propia o impropia lo cual ya acarrea un error y un vacío normativo abismal, pero el error no solo radica en eso, adicionalmente, debe considerarse que se incluye a la inducción como una forma de autoría mediata cuando claramente es una forma de participación.

Este error no es pequeño, no se configura como un simple error de redacción, pues, en un sentido práctico lo que realmente provoca es una ambigüedad sobre los elementos que se debe justificar y sobre todo, probar, cuando se realiza una imputación por el literal a del artículo 42.2 debido a que los elementos que componen a la inducción, difieren de los elementos correspondientes a una autoría mediata ya que el problema fundamental se da en la imposibilidad de responsabilizar al autor directo en la autoría mediata, sin embargo, con esta redacción se contraponen en su propio contenido pues en la inducción se puede imputar y responsabilizar al ejecutor material como autor directo.

Finalmente en el numeral b también se ubica al que ordena a otro a la realización de un delito por precio o por una contraprestación dentro de la autoría mediata lo que de igual forma se contrapone con la definición y conceptualización de esta forma de autoría, debido a que el que ordena o solicita a otro que realice una conducta delictual a cambio de dinero se configura el escenario de un inductor, es decir el que ordena y de un autor directo, el que recibe la contraprestación y ejecuta el acto delictivo.

En ese sentido, lo que debería corregirse dentro de esta redacción, es extraer estas definiciones de inducción como forma de autoría mediata y definir las como una de las formas de participación que se diferencian de la autoría mediata, en la que el partícipe no tiene el dominio del hecho. De esta manera, se corregiría esta inadecuada redacción normativa para reconceptualizar a la autoría y participación en el COIP.

## CONCLUSIONES

Una vez que hemos analizado de manera dogmática y normativa los conceptos de autor, autoría y participación en el ámbito del derecho penal, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- El concepto **unitario de autor** propone una visión unificada, en la que no se establece una distinción clara entre el autor y el partícipe, considerando a todos los intervinientes como autores y aplicando a todos una misma pena, sin importar la intensidad o naturaleza de su contribución al delito. Este enfoque, aunque útil en su simplicidad, limita la capacidad de diferenciación entre las diversas formas de intervención, lo que puede resultar en una falta de justicia en la atribución de responsabilidades y sanciones.
- El **concepto extensivo de autor** amplía esta idea, pero introduce una distinción entre los actos que son fundamentales para la consumación del delito y aquellos que son secundarios. Aunque este concepto se acerca al unitario, introduce la posibilidad de diferenciar a los autores de los partícipes, pero no de manera clara y precisa, lo que genera tensiones doctrinales y dificultades en su aplicación práctica. De esta forma, se evidencia que el concepto extensivo, aunque valioso en su intento por matizar la autoría, no ofrece una solución completamente satisfactoria a los problemas planteados por las distintas formas de participación.
- El **concepto restrictivo de autor** es el que goza de mayor aceptación en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, especialmente en sistemas jurídicos como el nuestro. Este enfoque establece una clara distinción entre autores y partícipes, permitiendo una definición más precisa de la tipicidad y la punibilidad. En este modelo, solo aquellos que ejecutan el tipo penal se consideran autores, mientras que las demás formas de intervención son tratadas como participación, con una responsabilidad penal accesoria. Este concepto se ajusta mejor a los principios limitadores del Derecho penal, garantizando que la responsabilidad penal se imponga de manera justa y proporcional, de acuerdo con el grado de intervención en el delito.
- El concepto de autoría en el derecho penal constituye un eje central en la determinación de la responsabilidad criminal, pues permite precisar el grado de intervención de cada sujeto en la comisión de un delito. En este sentido, la diferenciación de formas de autoría como la autoría directa, mediata y coautoría, entre otras, refleja la compleji-

dad de la participación criminal y la necesidad de una interpretación detallada de los comportamientos y roles de los actores involucrados.

- La autoría directa, que implica la ejecución completa y voluntaria de un acto delictivo por parte de un individuo, y la autoría mediata, que describe una intervención indirecta a través de otro sujeto, son fundamentales para entender cómo se distribuyen los actos delictivos y los grados de responsabilidad penal.
- Por otro lado, la coautoría se presenta como una forma de autoría compartida donde varios individuos, bajo un dominio funcional del hecho, colaboran en la realización del ilícito, asumiendo responsabilidades similares.
- La participación en el ámbito del derecho penal, en sus diversas formas, implica una intervención secundaria en la realización de un hecho delictivo, fundamentada en el principio de accesoriedad, que establece la responsabilidad del partícipe en función del comportamiento del autor. El análisis de las figuras jurídicas asociadas a la participación, tales como la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, revela la complejidad y la necesidad de un tratamiento normativo detallado para distinguir las diversas formas de intervención penal y sus consecuencias jurídicas.
- La inducción, al ser una forma de participación en la que el inductor influye directamente en la decisión del autor de cometer el ilícito, resalta la relevancia del dolo como elemento esencial en la imputación de responsabilidad penal, diferenciándose de la autoría mediata, en la que el autor directo es considerado un mero instrumento. En este sentido, la inducción establece una responsabilidad accesoria que, aunque no implica el dominio del hecho por parte del inductor, sí requiere de su intervención para que el delito se lleve a cabo.
- La cooperación necesaria se distingue por su aporte crucial e insustituible en los actos previos o en el inicio de la ejecución del delito, siendo su relevancia decisiva para la consumación del ilícito. El análisis fenoménico de los aportes necesarios, propuesto por la teoría de los bienes escasos de Gimbernat, subraya la importancia de valorar objetivamente la contribución en función de las circunstancias sociales y materiales que rodean la comisión del hecho, evitando así una interpretación subjetiva que podría afectar la justicia en la atribución de responsabilidades y en la dosificación penal.
- La complicidad, aunque se configura como un favorecimiento secundario al autor del delito, no alcanza el nivel de autoría, pues sus actos no son indispensables para la realización del ilícito. El conocimiento y la voluntad de colaborar con la realización del delito, configurando un dolo doble, es esencial para la imputación de la complicidad.
- La actual redacción del artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal, revela una confusión conceptual significativa entre autoría y participación, al subsumir a ambas figuras dentro de un único concepto de intervención delictiva. Esta formulación normativa no solo contradice los principios fundamentales de la dogmática penal, que distingue la autoría por el dominio del hecho, sino que también vulnera el principio de culpabilidad al diluir las diferencias estructurales y funcionales entre autores y partícipes, obstaculizando así una imputación precisa y conforme al rigor jurídico.
- El artículo 42, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, incurre en un error dogmático al incluir actos propios de la inducción dentro de la definición de autoría mediata, omitiendo elementos esenciales como la imposibilidad de imputar penalmente al ejecutor directo. Esta imprecisión normativa genera una ambigüedad interpretativa que

compromete la coherencia del sistema penal, al confundir figuras dogmáticamente distintas y dificultar la adecuada identificación de los elementos que deben acreditarse para establecer la responsabilidad penal según corresponda a la autoría o la participación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2.<sup>a</sup> ed., Hammurabi, 1999.
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- . *Derecho Penal: Parte General*. ARA Editores, 2005.
- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Vol. 3, Tecnos, 2001.
- . *Derecho Penal: Parte General*. ARA Editores, 2006.
- Cobo del Rosal, Manuel. *Derecho Penal: Parte General*. Tirant lo Blanch, 1999.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El Delito Imprudente*. Editorial B de F, 2005.
- Córdoba Roda, Juan. *Comentarios al Código Penal: Parte General*. Marcial Pons, 2011.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Autoría y Participación". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008.
- . *La Autoría en Derecho Penal*. Editorial PPU, 1991.
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Rubinzal - Culzoni, 2006.
- García Falconí, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Latitud 0, 2016.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y Cómplice en el Derecho Penal*. Editorial Universidad Complutense de Madrid, 1966.
- Gómez Tomillo, Manuel y María del Carmen Gómez Rivero. "Artículo 28". *Comentarios Prácticos al Código Penal*, 2015.
- Hernández Plasencia, José Ulises. *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*. Comares, 1996.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Marcial Pons, 1997.
- Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Editorial Comares, 2002.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Autoría y Participación*. Akal, 1996.
- Márquez Cárdenas, Álvaro. *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*. Ediciones Gustavo Ibáñez, 2002.
- Maurach, Reinhart y Heinz Zipf. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, Editorial Astrea, 1994.
- Mir Puig, Santiago. "Observaciones al Título Preliminar y Primero del Anteproyecto del Código Penal". *RFDUC*, 1980.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte General*. Tirant lo Blanch, 2004.
- Paredes Castañón, José Manuel. *El Riesgo Permitido en Materia Penal (Régimen Jurídico Penal de las Actividades Peligrosas)*. Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- Perdomo Torres, Jorge Fernando. *La Problemática de la Posición de Garante en los Delitos de Comisión por Omisión*. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel. *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*. Cedecs Editorial, 1997.
- Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, 2000.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El Delito de Omisión: Concepto y Sistema*. Editorial B de F, 2003.
- Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal: Parte General I*. Editorial Thomson, 2005.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Comlibros, 2007.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal*. Ediar Editores, 2007.
- Zimmerl, Leopold. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. De Gruyter, 2009.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## Legitimación Penal del Delito de Cohecho Activo en el ámbito de la Función Policial. Un análisis desde una perspectiva funcional-normativa.

Criminalization of the crime of active bribery in the context of the police function. An analysis from a functional-normative perspective.

ELIAN MAURICIO CAMERE FIGUEROA\*

iD Investigador Independiente

### RESUMEN

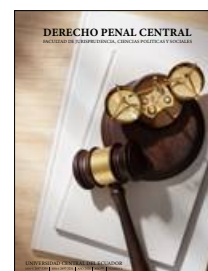
El autor analiza el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial bajo una perspectiva normativa. De esta forma, se busca dar una interpretación acorde a las exigencias de la sociedad actual, delimitando cada elemento típico y sus diversas manifestaciones, además de explicar la ratio legis de su incriminación como una forma especial del delito de cohecho.

**PALABRAS CLAVE:** Agente Corruptor, Inducción, Función Policial, Deberes Positivos.

### ABSTRACT

The author analyzes the crime of active bribery in the field of police work under a normative perspective. In this way, it seeks to give an interpretation in accordance with the demands of today's society, delimiting each typical element and its various manifestations, in addition to explaining the ratio legis of its incrimination as a special form of the crime of bribery..

**KEYWORDS:** Corrupting Agent, Inducement, Police Function, Positive Duties, Positive Duties.



Recibido: 10/11/2025  
Aceptado: 20/01/2026

\* Maestreado en Máster Universitario en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Excoordinador General del Taller de Dogmática Penal de la UNMSM (2023). <https://orcid.org/0009-0003-1570-1440>

## APROXIMACIÓN GENERAL

Dentro del catálogo de delitos contra la Administración Pública (Título XVIII) se encuentra ubicado el artículo 398-A en el Capítulo II de nuestro Código Penal que engloba los delitos cometidos por “Funcionarios Públicos”.<sup>1</sup> En específico, dentro de la sección IV titulada como “Corrupción de funcionarios” encontramos el delito de “*Cohecho activo en el ámbito de la función policial*”, el cual contiene la siguiente descripción típica:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años.

La regulación del artículo 398-A no siempre ha mantenido el mismo contenido, ya que inicialmente este artículo establecía la conducta típica de cohecho activo del abogado: *corrupción activa del abogado*.<sup>2</sup> Es a partir del año 2017 que se incorpora, nuevamente, el artículo 398-A, pero con un contenido distinto,<sup>3</sup> a saber: *Cohecho activo en el ámbito de la función policial*. La cuestión que surge, de lo hasta ahora expuesto, es comprender por qué el legislador decidió incorporar de forma autónoma este delito que ya de forma general estaba siendo abarcado por el delito de *cohecho activo genérico*<sup>4</sup> (¡el agente policial es también un funcionario público!).

1 Los delitos contra la Administración Pública en nuestro código penal se clasifican *formalmente* en: a) delitos cometidos por particulares; b) delitos cometidos por funcionarios públicos: 1. Abuso a la autoridad, títulos y honores; 2. concusión; 3. peculado; y 4. **corrupción de funcionarios**; y c) delitos contra la administración de justicia. Para una clasificación material, en atención a las peculiaridades de la realización de la conducta: de prevalimiento, desobediencia y aprovechamiento de la posición, vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, pp. 191-215.

2 **Delito incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489**, publicado el 10 mayo 1992, el cual tenía el siguiente contenido:  
*“Si en el caso del Artículo 398, el agente del delito de corrupción de un Juez, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Auxiliar de Justicia o cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años e inhabilitación conforme a los incisos 4) u 8) del Artículo 36 del Código Penal y con 180 a 365 días multa. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme al inciso 4) del Artículo 36 y con 90 a 120 días multa”* (cursiva agregada). **Posteriormente derogado por el Artículo 4 de la Ley N° 28355**, publicado el 06 octubre 2004, el cual lo incorporo como un párrafo adicional en el artículo 398.

3 **Delito incorporado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351** que modifica el código penal para fortalecer la “seguridad ciudadana”, publicado el 07 enero 2017. La incorporación también incluye los delitos de cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial y desde entonces no ha existido mayores modificaciones.

4 El artículo 397 de nuestro código penal tiene el siguiente contenido:  
*El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*  
*El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.* (cursiva agregada).

Al respecto, la exposición de motivos es un *punto de partida*<sup>5</sup> para comprender la justificación político-criminal de criminalización de este comportamiento.<sup>6</sup> Así, en el apartado 6<sup>to</sup> que abarca la “Censura Penal de la Corrupción” se aborda como segundo punto el problema de la “Corrupción Policial”. A modo de síntesis, se exponen los siguientes argumentos de la exposición de motivos:

- La criminalización autónoma de la corrupción de los agentes policiales se centra en los casos de soborno u otras conductas que atentan contra su deber funcionarial.
- La pena operativizada contribuirá a la prevención de conductas ilícitas del cuerpo policial.
- Las cifras de la corrupción policial destacan que, por ejemplo, en el año 2015 fueron 34 los casos de flagrancia de dicho fenómeno, de modo que, se evidencia una muestra superior a diferencia de los casos usuales de corrupción pública de los funcionarios del Ministerio Público y el Poder Judicial.
- El rol de la Policía Nacional es sustancial debido a su condición especial. Estos son la imagen representativa de la ley, el orden y la seguridad en beneficio de la colectividad, por ello, su conducta contraria es socialmente reprochable.

De lo expuesto, resultan cuestionables los argumentos presentados para regular de forma autónoma este delito.<sup>7</sup> Específicamente es rechazable el dato estadístico para fundamentar la necesidad de criminalización de comportamientos.<sup>8</sup> Por el contrario, los resultados estadísticos son un indicio que se deben tomar en cuenta junto con otros factores más a valorar. Consideramos que el *quid del asunto* radica en la posición especial del funcionario policial quien, en tanto obligado institucional, desarrolla su actividad policial en una relación muy dinámica con diferentes ciudadanos. En atención a ello, en la constante *interacción* que existe entre funcionario policial y ciudadanía es que podría explicarse la necesidad de positivización de unas expectativas sociales que la estructura social exige.<sup>9</sup> Así pues, lo acertado de la exposición de motivos es resaltar el rol de la Policía Nacional para la configuración social, de modo que, la regulación de este delito, que, si bien es cierto esta abarcado de forma genérica por el delito de cohecho, logra *contextualizar* el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre el funcionario policial y los ciudadanos. En efecto, la norma es un criterio fundamental de todo mundo social, y no meramente individual, que sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos,<sup>10</sup> por ello, la tipificación autónoma del delito de cohecho en el ámbito de la función policial cumple la tarea de orientar conductas en el mundo social, a saber: tanto del funcionario policial como del ciudadano en la relación de interacción que

5 Cuando se estudia la parte especial del derecho penal, esta no puede limitarse a realizar una interpretación como realización de la voluntad legislador, ni mucho menos a reducirlo a una exegesis del texto de la ley, por el contrario, es necesario dar justificación a la *ratio legis* de cada delito de la parte especial en atención a la justificación de la pena o, con otras palabras, la parte especial se ocupa, también, de la cuestión fundamental del derecho penal, a saber: **¿Por qué es permisible penar?**, vid. KUBICIEL, Michael. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021, p. 177.

6 Exposición de Motivos, descargada de la página web del Congreso de la República con fecha 13 de enero de 2017. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1351.pdf>.

7 De la idea de prevención nos ocuparemos al abordar la cuestión del “bien jurídico penalmente protegido” en este delito.

8 Igualmente rechaza el argumento estadístico, pero en el ámbito de la violencia contra la mujer POLAINO-ORTS, M. y UGAZ HEUDEBERT, J. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 24.

9 Fundamental, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 259.

10 Fundamental, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005, p. 142, precisando que la norma se configura por: 1) la posibilidad de infracción; 2) ser medio orientador de conductas; y 3) asegura expectativas sociales.

surge entre ambos. De ahí que, *“la necesidad de aprobación de una norma se produce desde el momento en que surge la necesidad de reglar un determinado sector social”*.<sup>11</sup>

En cuanto a la ubicación del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, como se dijo, se encuentra dentro de la **sección IV, “Corrupción de Funcionarios”**, junto con otras figuras típicas, además de las otras modalidades de cohecho: negociación incompatible (art. 399), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401). A su vez, este delito se complementa con el **artículo 398-B, “Inhabilitación”**, el cual precisa que, si se corrompe a un miembro de la Policía Nacional encargado de la *función de tránsito o seguridad vial*, se impondrá la inhabilitación en la cancelación o incapacidad definitiva, según el caso, para la obtención de la autorización para conducir.

Que este tipo penal este catalogado como un delito de *corrupción de funcionarios* implica que es necesario aproximarnos al concepto de “corrupción”.<sup>12</sup> El significado de corrupción es muy amplio,<sup>13</sup> multifuncional y polisémico,<sup>14</sup> sin embargo, el denominador común en todas las acepciones radica en: *la pérdida de cualidad, la desnaturalización o deterioro, el rompimiento de un equilibrio que mantiene la entidad*.<sup>15</sup> Contextualizando el concepto, esto es, no entendiendo la corrupción de forma aislada, sino en el ámbito *público*, podemos precisar que la corrupción consiste en la utilización indebida o ilícita de las funciones públicas<sup>16</sup> (que se derivan del Estado), en provecho de sus gestores<sup>17</sup> o, en otras palabras, un deterioro de las instituciones públicas (funcionamiento irregular), de modo que, se vuelve incapaz de responder a las exigencias sociales.<sup>18</sup> En ese sentido, cuando se hace referencia a la *“corrupción de funcionarios”* debemos tener en cuenta dos puntos clave, a saber: 1) al funcionario que ostenta una posición diferenciada del resto de ciudadanos, por la atribución de derechos y deberes específicos en atención a la parcela social que le corresponde administrar únicamente a él (cuota de poder) en interés de la colectividad; y 2) la superposición de intereses ajenos a la colectividad, y en definitiva a la función que se le ha designado, deteriorando los valores que fundamentan las atribuciones del sujeto. A modo de síntesis: toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que

11 POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 258.

12 Pese a las diversas aplicaciones que rebasan el marco jurídico del concepto, aquí se utiliza como “soborno, cohecho”, en el contexto de la administración pública.

13 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

14 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 7. CASTRO CUENCA, Carlos G. “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del centro, 2020, p. 46, quien sostiene: “Hoy en día, se ha señalado que la corrupción proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos y que tiene manifestaciones de índole privada, pública y social, motivo por el que se ha estudiado desde la sociología, la psicología, la criminología, la ética y el derecho, lo que ha dificultado la elaboración de un concepto unitario de corrupción”.

15 *Ibid.*, p. 8. Similar, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

16 En contra de un concepto social de corrupción por ser insuficiente para una aplicación *jurídico-penal*, KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 16, quien sostiene: “Por un lado, el poder público o privado también puede ser utilizado para beneficios privados de tal manera que, de acuerdo al Derecho alemán, no pueda calificarse como corrupción: podría pensarse, por ejemplo, el caso del directivo que obliga al subordinado a actuar. Aquí, según el ordenamiento alemán, resulta relevante el delito de coacción (§ 240 StGB), que abarca de manera reconocida un delito contra la libertad de la persona y ningún hecho corrupto. Además, el concepto mencionado inicialmente deja abierta la cuestión de los parámetros diferenciadores entre un indebido ejercicio del poder y un ejercicio permisible de la función asignada a un rol social o profesional”.

17 Así, la definición 4<sup>a</sup> de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>.

18 Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

la sustentan desde la perspectiva del interés general,<sup>19</sup> en definitiva, *la defraudación de una institución social: El Estado*.<sup>20</sup>

Con relación al delito analizado, la corrupción se denomina cohecho solo cuando se presenta en las esferas de competencia de los funcionarios y servidores públicos, por ello el cohecho es una de las formas de corrupción, que hace referencia cuando un funcionario público defrauda el correcto funcionamiento de la administración pública y de la imparcialidad como condiciones fundamentales de sus actos.<sup>21</sup> Indistintamente, se usa el término “soborno” para aludir al *cohecho*, sin embargo, pese a que ambas figuras están relacionadas, la primera, el “soborno”, se centra en la conducta de un sujeto que trata de corromper al funcionario público,<sup>22</sup> el cual se asemeja a la figura delictiva del *cohecho activo*. En materia penal el término cohecho hace referencia tanto al comportamiento de corrupción del funcionario o del particular, ambas fuentes generadoras de corrupción.<sup>23</sup>

Asimismo, la figura de “cohecho” como una de las modalidades estructurales de la corrupción delictiva dentro de nuestro Código Penal, tiene diversas figuras típicas: a) cohecho pasivo propio (art. 393); b) cohecho pasivo impropio (art. 394); c) cohecho pasivo específico (art. 395); d) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); e) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B); cohecho activo genérico (art. 397); f) cohecho activo específico (art. 398); g) cohecho activo en el ejercicio de la función policial (art. 398-A), etc. Lo esencial es entender que, en el *cohecho pasivo* el centro de atención de la norma penal es la conducta del funcionario público, mientras que en el *cohecho activo* es la conducta de un sujeto indeterminado que trata de corromper al funcionario. De esta forma, el núcleo central de los delitos de cohecho es la *compra-venta (o su intento) de la función pública*.<sup>24</sup> De esta manera, la tipología del cohecho de nuestra regulación positiva es reflejo de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que se configuran en el mundo funcional, alrededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo y del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados.<sup>25</sup> En su modalidad de cohecho activo se centrará el análisis dogmático del delito regulado en el artículo 398-A.

Finalmente, respecto a las características del cohecho activo, se debe señalar que puede evidenciarse su naturaleza unilateral<sup>26</sup> y bilateral<sup>27</sup> en atención a la conducta típica que se

19 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 16.

20 Coincide con nuestra perspectiva, KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 20, quien acertadamente afirma: “La protección de una institución contra la suspensión corrupta de sus reglas básicas es el objetivo común y -tanto desde el punto de vista constitucional como penal- permisible de todos los tipos penales que abarcan la corrupción. Una de las reglas fundamentales de cualquier institución es que las acciones de sus miembros se lleven a cabo en los canales abiertos por la institución solo si no están asociadas con beneficios que son inadmisibles bajo las reglas en y para la institución (...) Por lo tanto, la corrupción implica un ‘intercambio impropio’ de ventajas, por un lado, y una acción dentro de la institución, por el otro. (...) Más bien, la tipicidad de un comportamiento depende de si el otorgamiento o aceptación de una ventaja de la institución es ajena, esto es, ilegal”.

21 Ibid., p. 17.

22 En esa misma dirección, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 17. También, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

23 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 18.

24 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

25 Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delito de Cohecho. Reflexiones sobre su regulación en España tras la reforma de 2010”. En JAKOBS, G., POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M., CARO JOHN, J., GARCÍA CAVERO, P., GERMANI, J. *Legitimación del Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 155.

26 Sobre ello, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 547.

27 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p.

realice (solicita; y dar o prometer, respectivamente). Lo que sí es necesario para su configuración es la *concurrencia* del funcionario policial y un sujeto que trate o logre corromper al funcionario, sancionándose cada conducta de forma independiente. Esto último, lleva a un sector de la doctrina entender que es un delito de “participación necesaria”,<sup>28</sup> “plurisubjetivo”<sup>29</sup> o de “encuentro”.<sup>30</sup> Al respecto, debe mencionarse que el legislador ha decidido tipificar de forma autónoma una *conducta de participación de emprendimiento*<sup>31</sup> en donde se exige solamente la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede *manifestar de forma unilateral o bilateral*<sup>32</sup> responsabilizando a cada uno de forma independiente en atención a su propio comportamiento. Así las cosas, de la estructura típica de este delito se puede sostener que es la de una *inducción o instigación* (incluyendo la tentativa punible), por consiguiente, para determinar la conducta relevante (solicitar, dar u ofrecer) de este delito es necesario que se cumplan los requisitos generales de la figura de la instigación<sup>33</sup>: 1) elemento objetivo; 2) elemento subjetivo; y 3) elemento final.

## EL BIEN JURIDICO PENALMENTE PROTEGIDO: ¿FICCIÓN?

Para comprender la lesividad de este comportamiento, debemos hacer referencia al *bien jurídico* que se protege en este delito. Este análisis no puede centrarse únicamente en el delito de cohecho activo, sino que es necesario comprender lo que realmente se protege con los delitos de cohecho en general. Por lo tanto, a continuación, expondremos los argumentos de la doctrina en la comprensión del bien jurídico penalmente protegido.

### 1. ¿IMPARCIALIDAD, LEGALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO?

Abanto Vásquez precisa que el bien jurídico afectado en todo delito contra la Administración Pública es y debe ser “el funcionamiento de la Administración Pública”,<sup>34</sup> mientras que el objeto del bien jurídico directamente atacado o bien jurídico específico depende de cada figura delictiva. En el *cohecho propio* se afecta la legalidad e imparcialidad en el desempeño funcional y en el *cohecho impropio* la imparcialidad en el desempeño de funciones que admiten un poder discrecional o el peligro para la imparcialidad; mientras que en el *cohecho*

---

409. También, MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95. Consideramos que la discusión sobre la naturaleza unilateral o bilateral ensombrece las cosas en vez de aclararlas.

28 MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95.

29 PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

30 REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 808. También, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 385.

31 Pionero en esta idea, POLAINO NAVARRETE, Miguel. “¿Dolo genérico versus dolo específico? Reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto”. EL MISMO. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 296, quien sostiene: “Estos supuestos delictivos se caracterizan por constituir tipos de consumación alternativa en relación con el propio *iter criminis*, estimándose alcanzado el grado perfecto de la ejecución, tanto cuando se produce consumación real, como cuando artificialmente se determina ésta por sólo haberse dado comienzo a la ejecución, o efectuado todos los actos ejecutivos sin llegar a producir el resultado propio de la consumación genuina”.

32 En esta misma línea, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 384. También, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 55.

33 GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, pp. 774-780.

34 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 420.

*activo* se protege la imparcialidad y el ejercicio regular de la actividad funcional.<sup>35</sup> De forma similar, Montoya Vivanco distinguiendo los bienes jurídicos específicos en cada modalidad de cohecho, señala que la “imparcialidad del ejercicio de la función pública” y “la gratuidad o no venalidad de la función pública”<sup>36</sup> son los bienes específicos que se protegen en el delito de cohecho pasivo propio y cohecho activo propio; y cohecho pasivo impropio y cohecho activo impropio, respectivamente.

Fidel Vargas señala que el interés o valor esencial a tutelar normativamente es “la imparcialidad del sujeto público”.<sup>37</sup> Esta imparcialidad es la *condición esencial de la actividad del funcionario* y supone que en el desarrollo de su actividad funcional debe actuar con neutralidad y objetividad. Tanto en el delito de cohecho pasivo como activo se protege la imparcialidad pues siempre está en juego el ejercicio de actos funcionariales libre de presiones o elementos anómalos que interfieran en su normal desenvolvimiento.

De forma similar, sostiene Reategui Sánchez que el bien jurídico es la “imparcialidad de la actuación administrativa”<sup>38</sup> que se evidencia en el cumplimiento del deber de objetividad o indiferencia, y el deber de distribuir beneficios a favor de la colectividad. En cuanto al delito de *cohecho activo*, específicamente se protege el ejercicio regular de las funciones públicas contra actos de sujetos que intentar corromper a los funcionarios públicos.

Por su parte, Peña Cabrera, considera que el bien jurídico tutelado ha de corresponderse con los conceptos elementales que guían la Administración Pública, tales como la imparcialidad, objetividad y estricta legalidad, que son baluartes esenciales de toda la función pública.<sup>39</sup> Además, precisa que es problemático fundamentar ese mismo bien jurídico en el cohecho impropio debido a que en esta modalidad el funcionario cumple con sus funciones, en consecuencia, la criminalización de esta modalidad es puramente político-criminal y resulta incompatible con la idea material de injusto,<sup>40</sup> de ahí que, no se pueda fundamentar en todas las figuras delictivas de cohecho un mismo bien jurídico. También la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en la Apelación NCPP 03-2015, San Martín (f.j. 12)<sup>41</sup> señalando que:

“el bien jurídico específico tutelado está dirigido a preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público”.

De todo lo expuesto, resulta cuestionable que la doctrina tenga una visión *estática*<sup>42</sup> del bien jurídico en los delitos contra la Administración de Pública y, en particular, en los delitos de

35 Ibid., pp. 422-421

36 MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 100.

37 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 53.

38 REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 810.

39 PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

40 Ibid.

41 Sala Penal Permanente: Recurso de Apelación NCPP N° 03-2015-San Martín, fundamento jurídico 12.

42 Ya Welzel se mostraba en contra, y sostenía que la teoría de la lesión del bien jurídico, envuelta por el dogma causal, reduce el concepto del delito a la lesión “externa” de un bien jurídico, lo cual desconocería la semántica de la configuración social, esto es, desconocería la realidad social del derecho. Así pues, sostenía Welzel que: “sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; solo una concepción de la realidad como “mundo museal muerto” puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna” (cursivas agregadas), vid., FRISCH, W., JAKOBS, G., KUBICIEL, M., PAWLIK, M., STUCKENBERG, C. (eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 130.

“Corrupción de Funcionarios”; reduciendo el ámbito de lesividad del comportamiento a la *lesión* externa de un bien jurídico existente. Si lo que se protege es la “imparcialidad” y “legalidad” no se entiende por qué el Derecho Penal no interviene cuando, por ejemplo, un funcionario policial prescinde del conducto regular para formular cualquier solicitud o reclamo;<sup>43</sup> llega con retraso a la ceremonia que se le ha designado por preferir ver el periódico cerca al trabajo;<sup>44</sup> o no cumple o altera las ordenes impartidas,<sup>45</sup> es evidente que en estos supuestos, y en muchos otros más, se evidencia la no imparcialidad del funcionario, pero el Derecho Penal no interviene. Esta perspectiva de la doctrina clásica pasa por alto dos cuestiones, a saber: 1) el aspecto social y la relevancia del Estado, en tanto una *institución* elemental para la sociedad; y 2) el funcionario público, sujeto especial revestido de una cualidad *fundante* a quien se le encomienda una competencia específica<sup>46</sup> en representación de la ciudadanía. A su vez, ordenar el Derecho Penal en función de un esquema tan sencillo como lo es la idea de “proteger bienes existentes” resulta insuficiente,<sup>47</sup> pues los bienes también requieren ciertas condiciones de supervivencia (no se puede entender un bien de forma aislada, vagando por la sociedad) sin las cuales no pueden ser usados, por ello, es necesario proteger dichas *condiciones de subsistencia*. Así, solo en un Estado con una administración de justicia segura podrá existir propiedad segura, ello implica proteger también a la administración de justicia frente a los cohechos, prevaricaciones, etc., pero cuando el funcionario público comete un cohecho no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él: “Correcto Funcionamiento Administración Pública”, sino que *no ha generado aquella correcta administración pública que debe existir*,<sup>48</sup> esto es, *no lo ha puesto en funcionamiento*. Veamos a detalle, este cambio de perspectiva.

## 2. INSTITUCIONES SOCIALES Y DEBERES POSITIVOS

La tesis de la protección de los bienes jurídicos, esto es, que una persona encarnada en sus bienes es protegida frente a los ataques de otras personas en tanto exige una pretensión general al ordenamiento jurídico de *respeto*,<sup>49</sup> se muestra insuficiente para explicar todo cometido del Derecho Penal. En efecto, teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, el Derecho Penal ha de garantizar la institución negativa *neminem laede* (¡no lesiones mis derechos!) al menos en sus puntos fundamentales,<sup>50</sup> de esta forma se posibilita una conducción vital autodeterminada, lo cual constituye un proyecto sumamente rico en sus presupuestos.<sup>51</sup> Sin embargo, el sistema de deberes de respeto no cubre todos esos presupuestos para

43 Infracción Leve N° 16, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

44 Infracción Leve N° 18, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

45 Infracción Leve N° 26, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

46 Así, POLAINO-ORTS, Miguel. “Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español”, en *Revista del Poder Judicial*, Vol. 6, Núm. 6/7, 2011, p. 2. DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.210>.

47 JAKOBS, G. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *Libro Homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Externado Colombia, 2003, p. 43.

48 Ibid.

49 Ibid., p. 42.

50 Fundamental, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 93.

51 PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 94.

poder garantizar la realidad de la libertad personal, por ello, es necesario “proteger”- si se quiere mantener la terminología tradicional- determinadas condiciones de mantenimientos sin las cuales los bienes jurídicos (vida, salud, libertad, etc.) carecen de valor: la vida o la salud sólo pueden conservarse si existen centros hospitalarios- que son posibles gracias a la Municipalidades- y también una policía que los proteja frente a agresiones ilegítimas.<sup>52</sup>

El Derecho Penal debe ocuparse en, sentido amplio, de la creación y preservación de bienes jurídicos, esto es, *situaciones positivamente valoradas*.<sup>53</sup> Por un lado, lo hace garantizando la relación jurídica negativa esencial de toda interacción mínima en sociedad: deber negativo entre las personas. Por otro lado, una segunda forma de ocuparse es mediante la tutela de un bien vulnerado o incluso *estableciendo un bien*<sup>54</sup>: deber positivo de fomento o mejora. En ese sentido, el juez debe decidir el litigio de forma neutral, el comandante debe impedir los delitos de sus subordinados, el padre debe curar a su hijo de la enfermedad pese que él no lo ha causado, etc. Y para que estos deberes positivos existan, es necesario una *institución* con capacidad para cumplirlos: la paternidad; la Administración Pública, de justicia, en definitiva, el *Estado*. De ahí que, la idea proteger bienes jurídicos ante su lesión resulta insuficiente en el ámbito de deberes positivos, ya que, no puede comprenderse la función del Derecho Penal como si siempre estuviese dirigida a la protección de bienes existentes, al contrario, en el ámbito de los deberes positivos los bienes deben ser producidos o constituirse, en definitiva, «*las instituciones deben ponerse en funcionamiento, esto es, establecerse*».<sup>55</sup>

El Estado, es una de esas instituciones sociales que posibilita la realidad de la libertad personal, o mejor decir, la realidad del derecho. Así pues, el objeto de las relaciones de garantía institucionales está constituido por las condiciones estructurales de una institucionalización social del derecho, lo cual no puede garantizarse mediante la organización descentralizada entre personas.<sup>56</sup> La institucionalización social del derecho es posible por los *presupuestos de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico*, esto es, requisito de todo ordenamiento jurídico es garantizar la seguridad exterior e interior. Esta última, la seguridad interior, incluye el establecimiento de procedimientos y organizaciones, en cuanto infraestructuras basadas en el poder, para el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico,<sup>57</sup> por ello, los titulares estatales de esta infraestructura de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico actúan en el marco de relaciones institucionales de garantía: la policía en tanto garante de protección y prevención de delitos, los jueces y funcionarios al servicio de la administración de justicia en tanto garantes de la decisión con autoridad justa o los fiscales en cuanto garantes de la persecución penal.<sup>58</sup>

De lo expuesto, se entiende que existe una relación general *Estado-ciudadano*, en tanto nos encontramos en un *Estado de Juridicidad*, es decir, tras la renuncia del Estado Naturale-

52 Similar, JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 61-62. También, JAKOBS, G. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Buenos Aires: Bdef, 2020, p. 54, añadiendo que: “(...) para el desarrollo y la ampliación de la formación educacional de la población existen escuelas y universidades, mientras que para la manutención y el fomento de la productividad el legislador crea el derecho comercial y societario, estableciendo tribunales para definir el derecho aplicable, así como para el mantenimiento de la democracia se realizan elecciones”.

53 JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, p. 53.

54 *Ibid.*, p. 55.

55 *Ibid.*, p. 57.

56 MÜSSIG, Bernd. “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”. En GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p.212.

57 *Ibid.*, p. 213.

58 *Ibid.*

za, exigimos al Estado un cúmulo de prestaciones elementales que debe garantizar<sup>59</sup> para posibilitar una libertad personal verdadera. Esas prestaciones que la sociedad exige a esta institución se materializan mediante sus funcionarios públicos, sus representantes. La gran cantidad de cometidos que el Estado moderno asume fundamenta el deber de los órganos estatales a satisfacer, conforme a cada ordenamiento, los cometidos estatales que se le exigen.<sup>60</sup> Así, los funcionarios públicos están obligados con las exigencias que se derivan de esa posición especial, la cual, ha sido fundamentada por el Estado. De este modo, será el núcleo de las funciones estatales las que revisten de legitimidad a las competencias jurídicas que se le asignan a un determinado sujeto para el cometido estatal. Esto implica, que la persona que ocupa un rol especial estatal debe administrar los derechos y deberes especiales que se le han atribuido conforme al cometido estatal, o mejor decir, la satisfacción de las prestaciones estatales elementales son *los presupuestos de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico cuyo cometido le compete al funcionario público*. En ese sentido, cuando un funcionario comete un delito, defrauda la vigencia organizada del ordenamiento jurídico, esto es, la expectativa de poner en funcionamiento una institución elemental: El Estado.

En los delitos de corrupción de funcionarios, lo central es que el funcionario público no defraude ciertas expectativas que se le tienen asignadas, en concreto, que cumpla con realizar los cometidos estatales sin corrupción; en consecuencia, el *quid* del asunto es que no defraude su rol especial e infrinja un deber positivo: *de fomento*. Se trata de una relación jurídica positiva en atención al cumplimiento de las funciones estatales respectivas, y en tanto representante del Estado debe realizar dicha *prestación de fomento libre de corrupción*. Entonces, la *ratio legis* radica en castigar el aprovechamiento del cargo que realizan estos funcionarios públicos al incumplir sus competencias institucionales,<sup>61</sup> de modo que no se produce o constituye una institución elemental. Esto último no implica un mero cambio terminológico, pues como se expuso, la idea de proteger bienes es insuficiente: *no se trata de bienes, sino de personas*, el Derecho penal debe garantizar las relaciones jurídicas, que existen entre las personas, que posibilitan el orden social, y lo hace, por un lado, asegurando las relaciones negativas y por otro, asegurando las relaciones positivas encomendadas a ciertos sujetos. En ese sentido, se busca justificar *porqué a una determinada persona se le impone una pena debido a que no realizó determinadas prestaciones que permiten la existencia de una libertad real*.

Como se dijo inicialmente, con estos delitos se establecen las reglas de juego en un determinado sector social para posibilitar la orientación social, de este modo, en el ámbito de la función policial, se trata que toda actuación del funcionario policial revista de legitimidad y no sea utilizada en su provecho particular, a su vez, el ciudadano tiene que respetar al representante del Estado en tanto garante de los cometidos estatales: *policiales*, de modo que, no puede sobornar- o intentarlo- al funcionario. En definitiva, el art. 398-A establece el siguiente mensaje: *¡no defraudes la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales!* Esto último, muestra la particular forma de entender la responsabilidad penal de aquellos que no están vinculados con una institución<sup>62</sup> y por lo tanto no pueden lesionarla.

59 PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 195.

60 Ibid., pp. 198-199.

61 VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

62 Ibid., p. 403.

## TIPICIDAD OBJETIVA

El delito regulado en el artículo 398-A, hace referencia a la **conducta del agente corruptor de “ofrecer, dar o prometer” un medio corruptor** (“donativo o cualquier ventaja o beneficio”) **a un miembro de la policía nacional para que: a) realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial** (lo que se denomina como “propio”); **o b) realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones respectivas** (lo que se denomina como “impropio”).

Se trata de la infracción *culpable* de la norma de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En efecto, solo quien vulnera la norma siendo responsable adquiere el *significado* según el esquema interpretativo objetivo,<sup>63</sup> esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa *corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad*. No se trata de “culpabilidad” como adición de un elemento más del delito, como usualmente lo entiende la doctrina, sino de algo *constitutivo* pues únicamente entran en la lupa del Derecho Penal aquellos sujetos que son autorresponsables. En esa misma línea, afirma Jakobs que: «*la diferencia jurídico-penalmente determinante para valorar una conducta reza: sentido o naturaleza, en lo cual, la naturaleza puede contener perfectamente otro sentido parcial, pero justamente no un sentido relevante para el Derecho penal*». <sup>64</sup> En lo que sigue pasaremos a explicar detalladamente, cada uno de los elementos típicos del delito, o mejor decir, a desentrañar el significado de la conducta de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

### 1. LA CONDUCTA TIPICA: OFRECE, DA O PROMETE

En primer lugar, el **agente corruptor debe realizar la conducta típica de “ofrecer, dar o prometer”**. Básicamente se trata de una conducta de inducción, pues el interesado induce a un funcionario (o lo intenta) a que se comporte deslealmente para lograr un objetivo. De esta forma el tipo penal ofrece un triple mecanismo corruptor alternativo, sancionándose cada una de estas según las características del caso.<sup>65</sup> En ese sentido, el agente corruptor tiene que ser competente por la realización típica, es decir, el sujeto rebaso los límites del riesgo permitido y realizó una conducta con un significado perturbador.

#### A. OFRECER

Así, por un lado, **“ofrecer”** hace referencia a la conducta de *proponer*,<sup>66</sup> es decir, exponer un proyecto o una idea a otra para que esta lo acepte y dé su conformidad para realizarlo; de *procurar*,<sup>67</sup> esto es, intentar conseguir o lograr un objetivo; de *gestionar*, o sea, de hacer las acciones necesarias para conseguir o resolver una cosa; y *ofertar*, lo que significa ofrecimiento o propuesta de algo. En ese sentido, en este contexto, “ofrecer” significa que un ciudadano,

63 JAKOBS, G. *El concepto jurídico-penal de acción*. Bogotá: Externado de Colombia, 1996, p. 44.

64 JAKOBS, G. “Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común”. En FALCONE, Andrés (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 252.

65 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181.

66 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 467.

67 VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

de forma *unilateral*, propone u oferta la entrega de un medio corruptor a un funcionario policial, quien, siendo competente de sus atribuciones, o bien acepta la oferta y se compromete a realizar la conducta propuesta o la rechaza. En ambos escenarios, la conducta se centra en el agente corruptor, que con la conducta de ofrecimiento responde penalmente independientemente de la actuación del funcionario policial.<sup>68</sup> En atención a esto último, se señala que al ser un delito de mera actividad con el ofrecimiento se consuma el delito,<sup>69</sup> de modo que, para su configuración se tendrá que acreditar la oferta corruptora.<sup>70</sup>

## B. DAR

Por otro lado, “**dar**”, hace referencia a la conducta de *entregar*, esto es, poner una cosa en poder de alguien; de *otorgar*, es decir, conceder o dar una cosa, generalmente como mérito o recompensa; y de *transferir*, que significa ceder un derecho, un poder o una atribución que se tiene sobre cierta cosa o también pasar dinero de una cuenta a otra mediante una transferencia bancaria. En ese sentido, en este contexto, “dar” significa entregar materialmente el medio corruptor, por parte de un ciudadano, y otro de recepción,<sup>71</sup> por parte del funcionario policial, para que este último realice una conducta contraria a sus obligaciones o conforme a estas. Esto último, pone en evidencia que no basta con ofrecer, sino que se tiene que entregar y recibir el medio corruptor,<sup>72</sup> de ahí que, en esta modalidad típica es necesario la *bilateralidad* entre ambas prestaciones: dar-recibir, lo cual también configurará para el funcionario policial el cohecho pasivo.

De esta forma, para que pueda existir una diferenciación con las otras conductas típicas, la conducta “dar” abarca todos los supuestos en donde el funcionario le solicita al ciudadano y este le entrega el medio corruptor, o cuando es el ciudadano quien tiene la iniciativa y le entrega el medio corruptor,<sup>73</sup> en ambos casos la entrega debe ser inmediata.

## C. PROMETER

Por último, “**prometer**”, hace referencia a la conducta de *pactar*, es decir, acordar algo entre dos o más personas; de *asegurar*, esto es, dar garantía o seguridad de que una cosa va a suceder o realizarse; o específicamente significa decir a una persona que hará algo, comprometiéndose u obligándose a ello. En ese sentido, en este contexto, se trata de “prometer” un medio corruptor a *futuro*, es decir, de algo que puede pasar y, en este ámbito, lo que pasará es la entrega del medio corruptor al funcionario policial que *aceptó* la promesa. Esto último, pone en evidencia la *bilateralidad* que se manifiesta en el pacto o acuerdo establecido entre el agente corruptor y el funcionario, de modo que, el funcionario policial tras realizar la conducta acordada podrá recibir el medio corruptor prometido.

68 Similar, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 662, destacando el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva como expresión de la lucha de la corrupción. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 471.

69 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

70 PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 668. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639.

71 Así, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183.

72 Ibid.

73 PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 669.

De esta forma, se diferencia de la anterior conducta típica (dar) porque no hay entrega del bien, sino solo la promesa a futuro de la entrega, sin embargo, es necesario que se acepte la promesa que *motiva* al funcionario policial<sup>74</sup> a corromperse, de ahí que, cuando no se acepte la promesa, la conducta del agente corruptor será de *ofrecimiento*. Que a futuro se incumpla lo prometido no excluye que sea punible el delito, pues este se consuma con la promesa y no la entrega efectiva, una vez más, delito de mera actividad.<sup>75</sup> Asimismo, la promesa debe ser idónea y reunir las características de seriedad, credibilidad y posibilidad, de modo que, ofrecimientos imposibles de cumplir, de contenido fantástico o inexistentes no reúnen dichas características<sup>76</sup> y por ello son impunes.

## 1.2. PRECISIONES

Debe especificarse, como se expondrá más adelante, que las 3 conductas típicas señaladas están en una *relación final* con la conducta del funcionario policial. Así, por ejemplo, el corruptor “**ofrece**” un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; el corruptor “**da**” un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; y el corruptor “**promete**” un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones. Por consiguiente, debe existir *homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado*,<sup>77</sup> es decir, una congruencia perfecta que revele sin fisuras que la actuación inductiva tuvo la intensidad suficiente para determinar a un concreto autor a la ejecución de un concreto delito, en este contexto, para que el funcionario policial infrinja o cumpla con sus obligaciones. Así, por ejemplo, no configuraría delito de cohecho activo si un sujeto le entrega dinero a un efectivo policial para que este vaya, en su tiempo libre, a la escuela a dar una charla a los jóvenes, o cuando se le entrega dinero para que cuando llegue a casa le haga el favor de ir al supermercado a comprar ciertos productos, u ofrece 50 soles al policía de tránsito por ayudarlo a reparar o empujar el auto averiado, etc. En definitiva, las conductas típicas de ofrecer, dar o prometer están dirigidas a las *competencias* del funcionario policial, de lo contrario, si es ajeno a sus derechos y deberes quedará impune.

A su vez, no se debe obviar que puedan presentarse supuestos en donde las conductas típicas se alternan de modo que concurran, por ejemplo, la entrega de un medio corruptor y la promesa de algún otro medio corruptor cuando complete el trabajo.<sup>78</sup>

Además, las conductas típicas están en una *relación temporal* con el medio corruptor, pues en el “ofrecimiento” no se entrega aun el medio corruptor, sino que simplemente se propone; mientras que cuando se “da” el medio corruptor, la recepción es inmediata; y cuando se “promete”, esto es, existe un acuerdo de voluntades entre el “corruptor” y funcionario policial, el medio corruptor se entregara (o no) a futuro, por lo general, después que se realiza la conducta del funcionario policial.

74 En contra, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. Similar, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

75 PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 642. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

76 A detalle, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 44.

77 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 p. 15. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>.

78 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

Así pues, estas 3 conductas típicas fenotípicamente pueden darse de cualquier forma, pues el tipo penal hace referencia a **“bajo cualquier modalidad”** y buscan, generalmente, que el funcionario favorezca los intereses del “corruptor”. Al dejar abierto el tipo penal la modalidad de ofrecimiento, entrega o promesa del corruptor hacia el funcionario policial, ello posibilita entender que el corruptor puede, por ejemplo, ofrecerle a un efectivo policial de un rango inferior que posteriormente le propondrá al oficial de una posición superior. En definitiva, la conducta típica puede ser directa o indirectamente (por acto propio o mediante terceros), explícita o implícitamente, escrito u oralmente.<sup>79</sup>

## 2. MEDIOS CORRUPTORES: DONATIVO O CUALQUIER VENTAJA O BENEFICIO

En segundo lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa se lleva a cabo mediante *los medios corruptores* establecidos en el mismo tipo penal, esto es, **“donativo o cualquier ventaja o beneficio”**. Ello merece una explicación:

- a. El donativo es el bien mueble o inmueble que el efectivo policial acepta, recibe o rechaza.<sup>80</sup> Este obsequio o regalo tiene un valor económico,<sup>81</sup> esto es, traducible en dinero. Este donativo, como señala un sector de la doctrina, implica el quiebre de la imparcialidad del funcionario ya que se está poniendo “precio o pago” por los actos funcionariales públicos. Este es de naturaleza material o corpórea, de este modo podemos valorarlo objetivamente y diferenciarla de la ventaja o beneficio. El donativo, más allá de establecer un mínimo de cuantificación económica, debe ser de tal intensidad que debe mover o motivar a que el funcionario realice lo establecido por el interesado.<sup>82</sup> Ejemplos de donativos pueden ser muy diversos, tales como sumas de dinero, transferencias bancarias, celulares, laptops, etc.
- b. La ventaja o beneficio, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, tiene un papel subsidiario,<sup>83</sup> abarcando todo aquello que no esté considerado como donativo. Por ejemplo, empleos, ascensos, premios, servicios gratuitos, un favor sexual etc. En ese sentido, el legislador establece una fórmula *numerus apertus* que permite una diversidad de formas.

Cabe mencionar que, en atención a la conducta de cohecho activo, sobre el medio corruptor, la Corte Suprema ha determinado que es necesario que **se acredite dicho medio, de lo contrario no se configura el delito de cohecho activo.**<sup>84</sup> En ese sentido, la determinación del

79 Así, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646.

80 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 36. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 645.

81 VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

82 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 41.

83 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 46. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

84 Así, Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 2298-2014, Callao, fundamento jurídico, 4. Igualmente, la Sala Penal Transitoria: Apelación N° 10-2017, Puno, que en su sumilla establece: “En el caso, este Supremo Tribunal, con la prueba personal y documental actuada en juicio, se acreditó que el imputado, agente de calidad especial, realizó la conducta prescrita en el verbo rector “solicitar” en forma directa o indirecta, a terceros, intermediarios, entre otros, a fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia fiscal. Entonces, se enervó el principio de presunción de inocencia”.

sometimiento a *influencias fuertes* de un funcionario policial *autorresponsable* puede ser acreditado mediante una valoración objetiva.<sup>85</sup> Como señala Hernán Orosco: «*si bien en la esfera intersubjetiva, a diferencia de lo que sucede con las explicaciones causales, no es posible afirmar con total certeza que la decisión delictiva del ejecutor se debe a la influencia motivacional ejercida por otra persona, esta afirmación sí es mucho más plausible cuando dicha persona no se limitó a una influencia cualquiera sobre la voluntad del ejecutor, sino que le prometió una remuneración*»<sup>86</sup>. Igualmente, también se ha exigido que se precise la **imputación necesaria del delito, no solo en el aspecto fáctico y jurídico, sino sobre todo el probatorio**,<sup>87</sup> en ese sentido, no basta con mencionar el delito del Código Penal y la descripción de los hechos para sustentar la responsabilidad, ya que si no existe una *base objetiva debidamente acreditada* no existirá responsabilidad penal alguna.

### 3. MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL Y FUNCIÓN POLICIAL

En tercer lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa de un medio corruptor debe recaer sobre un **miembro de la Policía Nacional, y, por ende, de sus funciones derivadas**. En ese sentido, es miembro de la Policía Nacional *el funcionario público que se le imputa un ámbito de competencia con funciones y facultades para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, de modo que, representa la ley, el orden y la seguridad en toda la República*.<sup>88</sup>

En la medida en que estamos ante un supuesto particular de cohecho activo, el art. 398-A del Código Penal abarca los contextos de *“Función Policial”*. Esta hace referencia a la *finalidad fundamental del funcionario policial*, la cual está regulada en el art. 166° de la Constitución Política:

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

En consecuencia, cuando se hace referencia a la *“función policial”* se quiere decir que *el funcionario policial actúa bajo el amparo de su finalidad fundamental*,<sup>89</sup> como, por ejemplo,

85 Sobre la Co-Influencia sobre los intervinientes y una propuesta de la graduación de la intervención delictiva, vid., OROZCO LÓPEZ, Hernán D. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”. *InDret*, N° 2-2021, p. 172. Recuperado de: <https://indret.com/la-graduacion-de-la-intervencion-delictiva/>.

86 Ibid.

87 Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 457-2018, Puno, fundamento jurídico 4.

88 Definición propia elaborada a partir del art. 2° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. También, tener en cuenta la definición del Manual de Organizaciones de las comisarias PNP, 2016, que define al policía como “persona humana investida de poder de policía del Estado para el ejercicio de sus funciones, que vela por la protección de la vida, el cumplimiento de la ley, la seguridad del patrimonio público y privado, para garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los peruanos”.

89 Así, la Ley de la Policía Nacional del Perú, en su Título Preliminar, artículo III, “función policial”, señala que: La Policía Nacional del Perú para el cumplimiento de la función policial realiza lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección, y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.
- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.

garantizando, manteniendo y restableciendo el orden interno; prestando protección, etc. De este modo, la función policial se materializa mediante la *ejecución del servicio policial*, requiriéndose del personal policial conocimientos especializados que permita la excelencia del servicio a prestar.<sup>90</sup> Esto significa que no cualquier persona puede ser policía, sino que se requiere determinados requisitos para ostentar un rol especial.

En atención a las exigencias típicas del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, **la conducta del corruptor se dirige al funcionario policial**. En este punto, debe precisarse si se utiliza un concepto abierto de funcionario policial o uno restrictivo. Por un lado, un concepto abierto de funcionario policial implicaría desbordar los límites de la tipicidad, porque simplemente bastara con corroborar la formalidad del funcionario policial<sup>91</sup> y las atribuciones genéricas que tiene todo funcionario policial y que están reguladas en el título I y II de la “Ley de la Policía Nacional del Perú”;<sup>92</sup> por consiguiente, un concepto restrictivo de funcionario policial es más plausible. Así, la conducta del “corruptor” debe ir dirigido hacia el funcionario policial competente de la realización de los actos que tiene a su *cargo*, esto significa que son los parámetros relativos al rol que el agente desempeña los que determinan los límites de lo permitido, y en el caso del funcionario policial sus finalidades, los medios y los límites del ejercicio de su función están delimitados con precisión en el plano administrativo, disciplinario, procesal y penal<sup>93</sup>. Como afirma el profesor Pawlik: «En el marco de la imputación personal solamente entran en cuestión las condiciones bajo las cuales un cometido estatal se actualiza en la persona de un funcionario concreto –aquí: determinado funcionario policial–. Por eso, el funcionario policial cuyo deber de garante está en discusión tiene que ser visto, desde la perspectiva de un observador objetivo que sea ajeno a la función pública, en su rol de representante del Estado respecto de su cometido de impedir delitos, es decir, de funcionario obligado a actuar preventivamente con **su competencia territorial y material**».<sup>94</sup>

Esto último lleva a la cuestión de qué pasaría si se le pide ayuda a un funcionario que no sea competente directo de lo instigado por el corruptor. En estos casos, en donde no se ostenta la competencia directa, y, sin embargo, este funcionario ayuda, en la medida que, por ejemplo, transmite lo que quiere el corruptor al funcionario competente, por ejemplo, el comisario, se debe sancionar al funcionario que ayudó o facilitó el delito como un cómplice. Esta solución, coincide con el parecer doctrinal mayoritario que entiende que **el sujeto activo en este delito es cualquier persona, ya que estamos ante un delito común**, de modo

---

6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.

7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia

90 Ibid.

91 Exhaustivo en esta idea, VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, pp. 4-5. Disponible en <https://indret.com/en-los-limites-del-rol/>. Igualmente, PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 7. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/>.

92 Así, el art. 1° regula el ámbito de competencia (funcional y exclusiva a nivel nacional en materia de orden interno y orden público); artículo 2° que regula las funciones como por ejemplo velar por orden interno, la paz, convivencia social pacífica, etc.; art. 3° que regula las atribuciones, como por ejemplo intervenir cuando el ejercicio policial así lo requiera, requerir la identificación de cualquier persona; el artículo 4° que regula las obligaciones del personal policial o el art. 5° que regula sus derechos.

93 VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, p. 16, señalando que: “el punto de partida para resolver los problemas que plantean los conocimientos especiales del funcionario público, entonces, solo puede ser la reglamentación vigente que regula su función”.

94 PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 20. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/> (cursivas y énfasis añadidas).

que, también puede ser otro funcionario público.<sup>95</sup> Así, es cómplice el funcionario que coopera a la realización del delito, transmitiendo la propuesta del “corruptor” y no autor, ya que no estamos en un delito de infracción de deber.

Al respecto, debe tomarse en cuenta el manual de organizaciones y funciones de las comisarias<sup>96</sup> para determinar la *competencia territorial y material* del funcionario policial. En ese sentido, se debe tener en cuenta la estructura jerárquica y orgánica de la comisaria para determinar al funcionario responsable, a su vez, en esta estructura es donde se pueden dar diversos supuestos de intervención delictiva, de modo que, es necesario conocer las funciones específicas de cada funcionario policial:

1. **Órgano de Comando:**
  - A) Comisario.
2. **Órganos de Apoyo:**
  - A) Oficina de Administración: a) Unidad de Recursos Humanos; b) Unidad de Logística; y c) Unidad de Seguridad Interna: i) Oficial de Servicios y Atención al Público; ii) Comandante de Guardia; iii) Servicio de Armería; iiiii) Radio Operador y Telefonista.
  - B) Oficina de Inteligencia.
  - C) Oficina de Planeamiento, desarrollo y estadística.
  - D) Comité de evaluaciones de gestión.
  - E) Secretaría: a) Unidad de Trámite Documentario y Archivo; y b) Unidad de Copias Certificadas.
3. **Órganos de Ejecución:**
  - A) Departamento de Orden y Seguridad: a) Sección de Patrullaje Motorizado; b) Sección de Patrullaje a Pie; y c) Sección de Participación Ciudadana.
  - B) Departamento de Investigación Policial: a) Sección de Delitos y Apoyo a la Justicia, Faltas y Contravenciones; b) Sección de Familia; y c) Sección de Tránsito

Sin ánimos de una explicación exhaustiva de todas las funciones de cada efectivo policial, mencionaremos algunas que pueden ser de suma importancia para el análisis de los diversos supuestos. Empecemos con la posición jerárquica superior, el “**Comisario**”,<sup>97</sup> quien es el que está al mando de la comisaria. Este posee la función general de planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar las funciones y actividades administrativas-operativas de la

95 Así, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 647; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181; igual VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 392.

96 La Comisaría es la célula básica de la organización de la Policía Nacional del Perú; depende de las Regiones o Frentes Policiales. Desarrolla la labor de prevención, seguridad e investigación; mantiene una estrecha relación con la comunidad, gobiernos locales y regionales, con quienes promueven la participación de su personal en actividades a favor de la seguridad ciudadana, así como el desarrollo económico y social de la jurisdicción, son de naturaleza urbana o rural según su ubicación geográfica, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarias PNP*, 2016, p. 4. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/manual-organizacion-comisarias-policiales-31410512>.

97 El cargo de comisario será desempeñado por un oficial de armas, egresado de la Escuela de Post Grado o de cursos similares en el país o el extranjero, correspondientes a su grado, deben encontrarse con aptitud psicossomática “A”. Excepcionalmente en los lugares donde no se logre cubrir el cargo de comisario con oficiales de armas, se asignarán suboficiales de armas, en los grados de Sub Oficial Superior o Brigadier PNP. La función a desarrollar será a dedicación exclusiva. A detalle, también sobre sus funciones generales y específicas, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarias PNP*, 2016, p. 7.

comisaría dentro del marco de la política institucional; supervisar y controlar las investigaciones policiales de delitos, faltas, contravenciones, etc.; determinar la situación legal de las personas detenidas de acuerdo a ley; disponer que las mujeres detenidas y menores retenidos, sujetos a investigación en la comisaría; y Controlar el cumplimiento de la legislación de tránsito, dispone la investigación y denuncia de los accidentes de tránsito, entre otras.

**El oficial de servicio y atención al público**, quien se encarga de garantizar la seguridad interna y externa de la comisaría, así como del público, detenidos, materiales, equipos, armamento y otros; atender directa e inmediatamente al público que acude a la comisaría, orientándolos acorde a sus requerimientos dando una respuesta inmediata en los casos de emergencia; y cubrir servicio durante las 24 horas ininterrumpidas, no pudiendo abandonar las instalaciones, debiendo estar premunido de su arma de reglamento y equipo policial que viabilice su inmediata intervención, entre otras.

**El comandante de guardia**, quien se encarga de estar a cargo de los Libros de Registros de Detenidos, en el que anotará con exactitud la entrada y salida de los mismos, sin borrones o enmendaduras; verificar que a los detenidos, antes de ser ingresados a los ambientes destinados para la detención de personas, se les haya practicado el cacheo o registro personal, para detectar objetos que puedan ser utilizados contra su integridad; y anotar en el Libro de Registro de Depósito de Prendas de Detenidos, el inventario de prendas, objetos, especies o dinero, haciendo firmar al detenido la conformidad de lo registrado para su posterior devolución, entre otras.

**El servicio de control de detenidos**, quien verificará la presencia física y cantidad de personas detenidas, su integridad y estado de salud, así como su tiempo de permanencia; verificar el estado de salud de los detenidos al momento de ser recibidos del Comandante de Guardia o del Departamento de Investigaciones; y la seguridad y presentación de los ambientes destinados para la detención de personas, manteniendo en su poder en todo momento la llave del mismo, entre otras.

**Los oficiales de tránsito**, quienes se encargan de dirigir las acciones de prevención e investigación de accidentes de tránsito en el ámbito de su jurisdicción, identificando a los autores para la denuncia ante las autoridades correspondientes, dando cuenta a su jefe de departamento; intervenir de oficio y en forma inmediata en caso de flagrancia respecto a accidentes de tránsito, dando cuenta a la autoridad jurisdiccional correspondiente para las acciones pertinentes; imponer papeletas de infracción al Reglamento Nacional de Tránsito, poniendo a disposición de la autoridad competente la licencia de conducir en caso la infracción lo amerite; y recibir los vehículos que son puestos a disposición de la comisaría, levantando el acta de situación vehicular, debiendo entregar copia de las mismas al personal de servicio de seguridad de las instalaciones para su registro en el libro correspondiente, entre otras.

Debe señalarse que en estos contextos es donde, por lo general, se presentan los casos de “coimas”. Estos hacen referencia a los donativos de pequeña cantidad que pueden acelerar trámites, procesos, obviar entrapamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del sujeto público.<sup>98</sup> Estas, pese al poco valor dinerario, son punibles ya que generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo de las funciones<sup>99</sup> o más concretamente, estos supuestos no son de insignificancia por que se dan en un contexto relevante por crear un riesgo prohibido.<sup>100</sup> Así, por ejemplo, ha habido sentencias en casos

98 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 50.

99 Ibid.

100 VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 387.

en donde policía ha solicitado 10 u ofrecido 20 soles.<sup>101</sup> Además, hay que tener en cuenta lo regulado por el artículo 398-B, que agrava el delito si se corrompe a un funcionario policial de tránsito o seguridad vial. Sin embargo, hay que resaltar que este punto controvertido ha sido poco abordado por la doctrina, con una fundamentación escasa, pues parece evidente que sancionar este tipo de comportamientos iría en contra del *principio de mínima intervención*, y si ello no fuera así, se tendría que argumentar el porqué, cosa que el parecer doctrinal que defiende la punibilidad de estos supuestos no ha hecho. Sin ánimos de entrar en esta discusión, sostendremos que a partir de los criterios de *imputación objetiva* y de la dogmática de la *inducción* parece poco plausible afirmar una inducción punible que, por ejemplo, S/. 10 soles son suficientes para determinar a un policía (salvo una situación límite) a no impone la multa o que lo lleve a la comisaria, por ello, capaz lo más adecuado sea calificar estos supuestos como los de un *omnimodo facturus*<sup>102</sup> (un policía que ya estaba determinado a liberar al conductor porque le dio lastima o pena, ejemplo).

#### 4. EL “ACUERDO DE VOLUNTADES”

Respecto a la conducta de “dar” y “prometer” se requiere un *acuerdo de voluntades*.<sup>103</sup> Esto implica que entre el agente corruptor y el funcionario policial existe un acuerdo en: 1) la entrega del medio corruptor, que puede ser inmediato (dar) o a futuro (promesa); y 2) la conducta del funcionario policial en atención a sus obligaciones que beneficiara al corruptor. En efecto, entre el corruptor y funcionario policial existe un “pacto” o “concertación”, esto es, ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley permite o no (en atención a las competencias del funcionario concreto), en busca de beneficios propios (para el corruptor, por un lado; y para el funcionario policial -medio corruptor-, por otro).<sup>104</sup> De esta forma se requiere la *bilateralidad* del acuerdo que realizan ambos sujetos; por consiguiente, no podrá configurarse el tipo penal de cohecho activo, si es que no se determina el acuerdo de voluntades previo al comportamiento final del funcionario policial competente.

En esa misma línea, respecto a las conductas típicas en mención, la jurisprudencia ha señalado que: “*existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido*”.<sup>105</sup>

En cambio, en la conducta típica de “ofrecer” bastará con el ofrecimiento mismo, no siendo necesario un acuerdo, ya que esta oferta puede ser rechazada. Así, únicamente basta la *unilateralidad* de la oferta / propuesta. Por ello, en esta modalidad típica bastara con el comportamiento de ofrecer para que se configure el tipo, lo que en otras cosas equivale a un “intento de instigación” punible.

101 Ibid.

102 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 pp. 19-27. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>. Critico con esta idea, MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol. *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*. Barcelona: Atelier, 2023, p. 310, quien afirma: “Sobre esta premisa, considero que hay razones suficientes para reinterpretar la figura del *omnimodo facturus*, no como una línea de división entre la inducción y la complicidad, sino como una frontera entre una conducta motivadora penalmente relevante en forma de intervención y una relevante”.

103 Así, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188.

104 Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 1126-2017, Áncash, que lo desarrolla respecto al delito de colusión en su sumilla: “(...) [2] La concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley no permite, en busca de beneficios propios, que no necesariamente debe causar perjuicio a la administración”.

105 Segunda Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 1406-2007, Callao, fundamento jurídico 5.

## INTERVENCIÓN DELICTIVA

Por último, cabe señalar los supuestos de pluralidad de intervinientes en la comisión del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En ese sentido, teniendo en cuenta que este es un delito común o de dominio, el criterio para determinar la autoría, según la doctrina mayoritaria, es el *dominio del hecho típico*. Por tanto, autor es el personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento: *tiene en sus manos el desarrollo del suceso típico*. Por otro lado, partícipe es quien no tiene dominio del hecho típico.

Así, será autor directo quien realice de propia mano las conductas típicas de “ofrecer, dar o prometer” a un miembro de la Policía Nacional, esta modalidad es la forma más usual de cometer el delito. Por ejemplo, el taxista que ha sido detenido por manejar a una excesiva velocidad ofrece, da o promete al policía que lo intervino que cese con su detención a cambio de 100 soles, o si es que fuera un policía de tránsito, le ofrece, da o promete 300 soles para que no le imponga una papeleta. Cabe precisar que, el tipo penal señala “bajo cualquier modalidad”, de modo que, no se requiere la concurrencia fáctica del agente corruptor, sino que puede realizar las conductas cuando no se encuentra junto con el policía, por ejemplo, cuando lo llama y le ofrece cierta suma de dinero para que incumpla con sus funciones o mediante una videollamada, etc.

La autoría mediata se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo por medio de otro. Por ejemplo, cuando se utiliza a un menor para que él sea quien ofrezca el medio corruptor al policía o cuando por engaño, le digo a un sujeto autorresponsable que entregue un paquete al policía.

La coautoría se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo conjuntamente con otros. Por ejemplo, existirá coautoría cuando se realice la conducta típica de ofrecimiento por dos esposos, tanto el que conduce como el que está de copiloto, y son ambos quienes ofrecen un medio corruptor al policial para que incumpla con sus funciones o cuando alternativamente uno ofrece y otro promete al policía.

La participación delictiva dependerá si estamos ante conductas de instigación o complicidad. La instigación, por un lado, se configurará cuando alguien determina a otro a cometer el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, por ejemplo, cuando detienen a un sujeto y debido a eso llama a un conocido para que lo oriente en esta situación y este último le da las razones determinantes para que intente ofrecer algún medio corruptor al policía. Por otro lado, la complicidad se configurará cuando se preste auxilio o asistencia a la comisión del delito. Por ejemplo, son conductas de complicidad: entregar por encargo la suma de dinero al policía, transmitir la propuesta de soborno al policía, dar los datos de la familia de un policía para que el soborno sea más efectivo, reforzar el dolo del policía cuando está evaluando la propuesta corruptora, etc. La diferencia entre complicidad primaria y secundaria dependerá de la importancia del aporte sin el cual el hecho no se hubiese perpetrado y tendrá que ser evaluado caso por caso.

Esta forma de determinar la autoría, en nuestra opinión, no es convincente y existen muchas razones para abandonar la teoría del dominio del hecho<sup>106</sup>. A efectos de practicidad, explicaremos nuestra forma de entender los supuestos de intervención delictiva. En primer lugar, la distinción entre autoría y participación no es cualitativa, sino *cuantitativa*, esto significa que dependerá de la importancia del aporte determinar si ese interviniente responde

106 El desarrollo de las críticas de esta teoría no puede abordarse aquí debido a que excede las pretensiones de este trabajo, al respecto vid., LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 1995, p. 13-76. JAKOBS, G. *Teoría Intervención la delictiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 2016, pp. 19-103.

como autor o participe. En segundo lugar, la accesoriedad no se entiende como relación de dependencia sino como *imputación*, esto es, algo es propio, no solo cuando concurre una realización de propia mano, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido. En tercer lugar, no existe un hecho ajeno en donde se participa, sino que el hecho es de todos, en efecto, todos son competentes por el hecho típico. En cuarto lugar, la determinación de “autoría y participación” se da por dos niveles, a saber: 1) el primer nivel refiere a la fundamentación de la competencia por el hecho, esto es, determinar cualitativamente quienes son intervinientes, quienes están vinculados por sus prestaciones (división vinculante de trabajo); y 2) la valoración del aporte, en base determinados criterios (influencia sobre el suceso típico, influencia sobre los intervinientes y la confluencia de ambos, graduación de la influencia sobre el hecho en leve, moderada o grave).

Así, existirán supuestos de autoría directa,<sup>107</sup> cuando efectivamente se realice de propia mano, se instrumentaliza a un inimputable y cuando haya un hecho pre-configurado, esto es, cuando ya se haya determinado que policía, la forma de entrega de dinero, los montos, los que ejecutaran el delito. Un ejemplo de esto último será cuando un padre manda a un sujeto a que hable con el policía para que le ofrezca sumas de dinero para que suelte al hijo detenido, en este caso, el padre será autor siempre y cuando el haya pre-configurado el hecho y la “ejecución” sea tan trivial que lo puede realizar cualquiera. O, por ejemplo, en los contextos de organizaciones criminales, cuando se dé la orden de sobornar a un policía, el que está al mando de la organización criminal responde como un autor, en coautoría con sus subordinados.

## TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción típica del cohecho activo en el ámbito de la función policial se desprende que este es un delito doloso. En ese sentido se exige que el autor tenga el conocimiento (y voluntad, para algunos<sup>108</sup>) que está realizando la conducta típica, esto es, que está corrompiendo al funcionario o servidor público. Así pues, es necesario que el “corruptor” tenga conocimiento que está ofreciendo/dando/ prometiéndolo un medio corruptor a un funcionario para que realice determinadas conductas en atención a su función. De lo que se trata, es de la atribución de un conocimiento penalmente relevante en atención a sus competencias de conocimientos, esto es, aquello que debe conocer en función de su parcela social que le corresponde administrar, de modo que, será el contexto social de la acción lo que permitirá atribuir el conocimiento exigido. Asimismo, el dolo debe abarcar que mediante el comportamiento típico correspondiente que se está poniendo en juego a los efectos de que el sujeto público realice u omita los actos de violación de sus obligaciones o en cumplimiento de estas.

### 1. DELITO DE TENDENCIA

Estamos ante un delito con “**elementos subjetivos especiales**”, esto es, que requieren elementos subjetivos adicionales a los generales (dolo o culpa). Específicamente estamos ante un tipo de “**tendencia interna trascendente**” en donde los elementos subjetivos adicionales

107 Así, utilizando grupo de casos para ejemplificar las diversas formas de intervención delictiva, pero respecto a la omisión, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 71.

108 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p.648.

trascienden a la parte objetiva de la conducta típica.<sup>109</sup> Al respecto, debe decirse que ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar determinadas conductas típicamente relevantes pueden estar expresamente en el tipo penal (el ánimo de lucro en el hurto) o se pueden desprender de su correcta interpretación (ánimo de difamación). En el caso concreto, se desprende de la misma interpretación del tipo de cohecho activo en el ámbito de la función policial que existe una *finalidad* del corruptor de ser favorecido por el comportamiento del funcionario.

En este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado señalando que: *“la finalidad que busca el sujeto activo con su actuar es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales. Es un delito doloso. El agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete cualquier ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que éste le favorezca al desarrollar sus obligaciones funcionales”*.<sup>110</sup>

## CONSUMACIÓN Y ¿TENTATIVA?

Una solución diferenciada nos permitirá establecer la consumación o tentativa de este delito. Así pues, **respecto a la conducta de “ofrecer”** existe consenso, doctrinal y jurisprudencial, en señalar que al ser un delito de mera actividad el delito se consuma con la realización de dicha conducta<sup>111</sup>: de *ofrecer*, siendo indiferentes si el funcionario policial acepta o no. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria,<sup>112</sup> señala que: *“para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, [el] comportamiento delictivo [...] se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público”*. Igualmente, la Sala Penal de Apelaciones<sup>113</sup> señala que: *“La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer. El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad”*.

Por otro lado, respecto a la **conducta típica de “dar” y “prometer”**, existe pues diferentes posiciones al respecto. Así, un sector de la doctrina señala que la consumación requiere un resultado que consiste en que se produzca la recepción de la promesa o entrega del medio corruptor.<sup>114</sup> A esta opinión se le opone el sector mayoritario, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, al señalar que, en esta modalidad igualmente estamos ante un delito

109 GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, p. 402.

110 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución N° 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. N° 00005-2011 -33-1826-JR-PE-03.

111 Así ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

112 Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 321-2011, Puno, fundamento jurídico 11.

113 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución N° 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. N° 00005-2011 -33-1826-JR-PE-03.

114 Así, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. También, pero solo respecto de la conducta típica de “dar”, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

de mera actividad<sup>115</sup> de naturaleza unilateral, pues *“la conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar la ventaja o beneficio indebido con la finalidad de que el beneficiado realice un acto en violación a sus deberes. No hace falta que previamente haya un ofrecimiento, ni menos hace falta que haya de por medio un pedido o un acuerdo. También el delito se consuma independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales”*.<sup>116</sup>

A nuestro modo de ver, el legislador penal está haciendo uso de las técnicas de anticipación de las barreras de punición penal, de modo que, este es un delito de **“emprendimiento”**,<sup>117</sup> los cuales constituyen supuestos **“consumación alternativa”**, es decir, la tentativa se equipara a la consumación asociando a ambos estadios la misma sanción penal, de ahí que, se alcance el grado perfecto de consumación tanto cuando se produce consumación real como cuando se determina esta por solo haberse dado comienzo a la ejecución o demás actos ejecutivos. En efecto, teniendo en cuenta que el legislador ha decidido criminalizar conductas en estadios previos, nos encontramos en un terreno en donde es difícil establecer los límites de la intervención penal, por ello, esta forma de ver las cosas, delito de consumación alternativa, permite establecer el ámbito punible de conductas con tales características. Como advierte Jakobs, *«pero si ya son inciertos el comienzo y el fin de un estadio previo materialmente determinado, no puede sorprender que sea todavía más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa que es aun legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada»*.<sup>118</sup>

En ese sentido, le damos la razón a la posición minoritaria al entender que efectivamente el *“dar”* implica la recepción de lo dado y, bajo la posición que así se sostiene, *“prometer”* también implica ese acuerdo mutuo con el funcionario, de modo que, cuando no se recepción o se niegue la entrega o la promesa se configurara un *ofrecimiento*.<sup>119</sup> No existe pues delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en grado de tentativa,<sup>120</sup> la técnica legislativa permite entender que estas 3 conductas típicas del estadio previo ya determinan la punibilidad del delito en momentos distintos, o mejor decir, estas 3 conductas son expresión de la anticipación penal, de modo que, no se puede anticipar más de lo que ya se ha establecido y serán las características del caso las que permitan determinar cuál de ellas se configura. De todas maneras, las 3 modalidades típicas están equiparadas y le corresponde la misma sanción, simplemente **consumación alternativa**.

115 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

116 Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución N° 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. N° 00005-2011 -33-1826-JR-PE-03.

117 Fundamental, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 300. Igualmente, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 363.

118 JAKOBS, G. *“Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”*. El MISMO, *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293.

119 Si se quiere, puede decirse que el *“ofrecimiento”* es la tentativa en tanto que abarca estos supuestos *unilaterales*, pero la responsabilidad será la misma en las 3 conductas típicas.

120 Ténganse en cuenta que la tentativa es el ejemplo prototípico de las técnicas de anticipación penal y responde al déficit del paradigma del delito de lesión al bien jurídico, en definitiva, al paradigma del delito de resultado. Hoy por hoy, la diversidad de delitos y las nuevas formas de criminalización no pueden mantenerse en este esquema tradicional, recuérdese que estamos en un terreno en donde se anticipa la tutela penal de forma *excepcional*, y dicha característica se debe a que la mayoría de estos comportamientos son socialmente adecuados, esto es, pertenecen a la esfera privada del ciudadano. Por eso, si ya se está utilizando una técnica de anticipación penal, no se puede seguir retrocediendo para establecer el intento de un delito que ya determina su consumación en el estadio previo. Sobre ello, respecto el delito de sicariato y conspiración como fenómeno del derecho penal del enemigo en sentido *funcionalista*, vid. CAMERE FIGUEROA, Elian M. *“De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”*. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, N° 116 (nov. 2022), pp. 80-87. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

## CONCLUSIONES

Finalmente, concluiremos resumiendo las principales ideas que se han desarrollado en este trabajo:

- El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial es un delito específico del delito de cohecho activo genérico. La *ratio legis* de su tipificación se basa en la necesidad de contextualizar el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre los funcionarios policiales y ciudadanos.
- La corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general, en definitiva, *la defraudación de una institución social: El Estado*
- La discusión en torno a la naturaleza unilateral o bilateral en este delito debe ser relativizada, ello porque poco o nada aporta a su comprensión. Para su configuración se exige la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede *manifestar de forma unilateral o bilateral* sancionado a cada uno de forma independiente. Así estamos ante un delito de inducción o instigación, regulado de forma autónoma, sancionándose la tentativa del mismo.
- La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido ha de ser imparcialidad del funcionario público, de modo que, con ello se evidencia la lesión del correcto funcionamiento a la Administración Pública.
- Una comprensión del Derecho Penal reducida a la protección de bienes se muestra insuficiente. Los bienes también han de crearse, constituirse, *fomentarse*. El Derecho Penal debe determinar quiénes son competentes de dicho cometido de fomento para las instituciones elementales en atención a la estructura social.
- Un cometido estatal se actualiza en un funcionario público, de modo que, este actúa en representación de lo general. Por ello, debe realizar dicha prestación de fomento libre de corrupción, lo cual implica: 1) no aprovecharse del cargo; y 2) el debido respeto al realizar su cometido estatal sin que se esté imposibilitado. En el delito de cohecho activo, el ciudadano *no debe defraudar la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales*.
- La realización típica de este delito quiere la infracción culpable de la norma, esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa *corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad*.
- La conducta típica tiene la estructura de inducción punible, con la particularidad que se sanciona la tentativa de esta. Así, mediante el uso de la técnica de anticipación de la punibilidad se sanciona las 3 conductas alternativamente. Por ello, estamos ante un delito de *consumación alternativa*, en donde la tentativa y consumación son equiparadas.
- El funcionario policial actúa en el marco de su función policial, esto es, bajo el amparo de su finalidad fundamental, que no es otra cosa que actuar bajo el ámbito de competencia especial que se le ha designado.
- Es necesario que la conducta de cohecho activo este dirigida al funcionario con competencia territorial y material, esto es, debe ser dirigido a sus funciones específicas no ajenas a las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra, 2003.
- Camere Figueroa, Elian M. "De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad". *Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, N° 116 (nov. 2022).
- Castro Cuenca, Carlos G. "Análisis criminológico y político criminal de la corrupción", en Martínez Huamán, Raúl E. (coord.). *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro, 2020.
- Frisch, W., Jakobs, G., Kubiciel, M., Pawlik, M. y Stuckenberg, C. (eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- García Caverro, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019.
- Jakobs, G. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Buenos Aires: Bdef, 2020.
- Jakobs, G. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.). *Libro Homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Externado Colombia, 2003.
- Jakobs, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003.
- Jakobs, G. *Teoría de la intervención delictiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 2016.
- Jakobs, G., Polaino Navarrete, M., Polaino-Orts, M., Caro John, J., García Caverro, P. y Germani, J. *Legitimación del Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2012.
- Kubiciel, M. y Carrión, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020.
- Lesch, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 1995.
- Martínez Sanromà, Oriol. *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*. Barcelona: Atelier, 2023.
- Montoya Vivanco, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015.
- Müssig, Bernd. "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en Gómez-Jara Díez, Carlos (coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.
- Orozco López, Hernán D. "La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]". *InDret*, N° 2-2021.
- Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016.
- Peña Cabrera, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021.
- Polaino Navarrete, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005.
- Polaino-Orts, M. y Ugaz Heudebert, J. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2012.
- Polaino-Orts, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009.
- Reátegui Sánchez, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017.
- Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2006.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.
- Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

Vacchelli, Ezequiel. "En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público".  
InDret, N° 4-2017.

Vílchez Chinchayán, Ronald H. Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte  
general y especial. Una propuesta de reinterpretación. Lima: Editores del Centro, 2021.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La necesidad de realización de un estricto control de la imputación fiscal por parte del juez de garantías penales a la luz de la legislación ecuatoriana.

### The need for strict control of the prosecutorial charges by the criminal guarantees judge in light of ecuadorian legislation.

DAVID ROBERTO MEZA ANGOS<sup>1</sup>

iD Investigador Independiente

#### RESUMEN

El sistema procesal penal tiene varias finalidades, una de ellas es alcanzar la verdad procesal observando estrictamente los derechos, las garantías y las obligaciones procesales y legales que tienen los sujetos procesales. En el proceso penal ecuatoriano se evidencia un vacío en el que, ciertos principios del derecho procesal penal se ponen en entredicho, este es la audiencia de formulación de cargos, llegando incluso a parecer que dicha audiencia es una mera formalidad para darle continuidad al proceso penal. Por ello, se presenta una investigación que analiza los matices conceptuales y las diversas instituciones jurídicas que envuelven a este acto procesal, por ejemplo, el rol de Fiscalía General del Estado, la diferenciación entre el sistema inquisitivo y acusatorio, principios rectores del derecho procesal penal, y también se realiza una contrastación de la normativa comparada, ello, para determinar la necesidad de que el juez de garantías penales pueda realizar un control de la imputación que realiza el ente acusador, lo cual aseguraría que se observen las garantías constitucionales y legales, principalmente de la parte procesada en el curso de un proceso penal.

**PALABRAS CLAVE:** Formulación de Cargos, Control de Imputación, Fiscalía General del Estado, Juez de Garantías Penales, Principios Procesales, Proceso Penal, Partes Procesales.

#### ABSTRACT

The criminal procedure system has several purposes, one of which is to achieve procedural truth by strictly observing the rights, guarantees, and procedural and legal obligations of the parties involved. In the Ecuadorian criminal process, a gap is evident in which certain principles of criminal procedural law are called into question. This is particularly true of the arraignment hearing, which sometimes appears to be a mere formality to ensure the continuity of the criminal process. Therefore, this research presents an analysis of the conceptual nuances and various legal institutions surrounding this procedural act, such as the role of the Attorney General's Office, the distinction between the inquisitorial and accusatorial systems, and the guiding principles of criminal procedural law. It also includes a comparative analysis of relevant legislation to determine the necessity for the judge of criminal guarantees to be able to review the charges brought by the prosecution. This would ensure that constitutional and legal guarantees are observed, especially those of the accused, throughout the criminal proceedings.

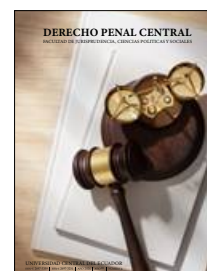
**KEYWORDS:** Formulation of Charges, Control of the Accusation, State Attorney General's Office, Judge of Criminal Guarantees, Procedural Principles, Criminal Process, Parties to the Proceedings.

<sup>1</sup> Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ingeniero Financiero por la Universidad Particular Internacional SEK, Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Particular Internacional SEK, Magister en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral por la Universidad Internacional del Ecuador, Magister en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja por la Universidad de las Américas.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v7i7.9608>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2026 Universidad Central del Ecuador



Recibido: 12/11/2025  
Aceptado: 30/12/2025

## INTRODUCCIÓN

En el proceso penal ecuatoriano, de conformidad con la legislación vigente, el titular de la acción penal pública, es decir Fiscalía, a través de sus representantes tiene la facultad de determinar cuándo formula cargos en contra de un procesado a través de una solicitud que se remite ante un juez de garantías penales.

Esta facultad normativa se constituye casi como un poder sin límites que la norma a dado a dicha institución, facultad que al ejercerla inadecuadamente puede convertirse en un acto arbitrario, como si la norma habría establecido una herramienta al servicio de la institución estatal acusadora, pero esto no es así, y sin embargo, normativamente no existe posibilidad de poder oponerse a este acto cuando el fiscal que representa a la Fiscalía General del Estado en un proceso penal ha tomado la decisión de hacerlo, lo cual se constituye como un problema, puesto que, normativamente no existe la posibilidad si quiera, de que se ejerza un control jurisdiccional de dicha decisión.

La dinámica común de una audiencia de formulación de cargos se centra exclusivamente en que, las personas procesadas únicamente pueden pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares que el representante de Fiscalía General del Estado realiza, es decir, en contra de la imputación que se le realice se ejerce una defensa prácticamente nula, tal es así que, ni el propio juez de garantías penales se pronuncia al respecto, lo cual pone a la persona procesada en situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo.

Por ello, en el presente trabajo de investigación se analiza la necesidad y la posibilidad de que, en la audiencia de formulación de cargos, en lo que respecta específicamente a la imputación que realiza el representante de Fiscalía General del Estado, pueda y deba, por parte del juez de garantías penales realizarse un control jurisdiccional estricto de dicha imputación.

El poder fijar bases argumentales de la viabilidad, necesidad e importancia de dotar de esta facultad a los jueces de garantías penales en la audiencia de formulación de cargos, demostrará que este es un momento procesal de desventaja del procesado frente al poder punitivo, y que el juez de garantías penales pueda ejercer un control de la imputación fiscal garantizaría un sistema de justicia basado en el respeto de los derechos y garantías que protegen a todas las partes procesales.

## DESARROLLO

### DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS CONFORME LA ACTUAL NORMATIVA ECUATORIANA.

#### Conforme el Código Orgánico Integral Penal.

El cuerpo normativo que regula, tanto la parte general, la parte especial y la parte procesal del derecho penal en el Ecuador es el Código Orgánico Integral Penal<sup>2</sup>, cuerpo normativo que entró en vigencia en el año 2014 y que significó un hecho que revolucionó la forma en la que funcionaría el sistema procesal penal en el Estado ecuatoriano.

2 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014. Este cuerpo normativo es el actual Código Penal que regula esta materia en el Estado ecuatoriano, tanto en la parte general, la parte especial y la parte procesal.

Este cuerpo normativo contempla que el sistema procesal penal, se activará y tramitará de acuerdo al tipo de infracción que se cometa para lograr la adecuada calificación del hecho punible y la sanción final,<sup>3</sup> en tal virtud, el Código Orgánico Integral Penal ha determinado los tipos de procedimiento, estos son, el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales, los cuales pueden ser: procedimiento abreviado, procedimiento directo, procedimiento expedito, procedimiento unificado, especial y expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.<sup>4</sup>

Así las cosas, es necesario señalar que, normativamente, únicamente en los tipos de procedimiento ordinario, procedimiento abreviado y en el procedimiento directo existe la audiencia de formulación de cargos, en donde se deben cumplir varias particularidades que se abordarán más adelante, sin embargo, el presente trabajo se centra en la audiencia de formulación de cargos que se lleva a cabo en el procedimiento ordinario, pues abarca todos y cada uno de los matices que es necesario analizar.

Los requisitos que deben estrictamente abordarse en la audiencia de formulación de cargos, de acuerdo con el Código Orgánico Integral penal son: la individualización de la persona procesada, sus nombres completos y en caso de que se conozca, también su domicilio; así también, debe abordarse la relación circunstanciada de los hechos relevantes y la infracción o infracciones penales imputadas, y finalmente, los elementos y resultados de la investigación que en los que se fundamenta jurídicamente la formulación de cargos, además de la solicitud de medidas cautelares o de protección que el titular de la acción penal pública considere necesario<sup>5</sup> para garantizar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una eventual pena.

En este punto debemos resaltar el hecho de que, el sentar a una persona en una audiencia de formulación de cargos para imputarle un delito es una facultad exclusiva de fiscalía, es decir, del ente estatal acusador,<sup>6</sup> lo cual se realiza sin que exista algún tipo control jurisdiccional.

### **Matices jurídicos que fundamentan la necesidad de que exista un control jurisdiccional de la imputación fiscal.**

El Estado ecuatoriano se constituye como un estado regido por principios fundamentales, así lo establece el primer inciso del artículo uno de la Constitución de la República, el cual determina que “El Ecuador es un Estado de Derechos y Justicia”,<sup>7</sup> por lo tanto, el garantizar el cumplimiento, tanto de los derechos, así como de las garantías de las que goza una persona en el decurso de un proceso penal es deber del Estado, cumplimiento que en la audiencia de formulación de cargos, como se ha establecido, está en entredicho.

Es así que, el poder llegar a contar con un control jurisdiccional de la imputación fiscal se constituiría como un mecanismo de equilibrio entre la autoridad estatal investigativa y la

3 GONZÁLEZ, José, “En defensa de la audiencia de imputación. Una propuesta de control material en el sistema procesal penal colombiano”, *Nuevo Foro Penal*, 2020, p. 88.

4 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 634.

5 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 595.

6 Ibidem. Artículo 195: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”; Artículo 444: “Son atribuciones de la o el fiscal las siguientes... 3. Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción.”.

7 ECUADOR, Constitución de la República, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Véase el artículo 1.

protección de los derechos individuales, entre el ejercicio del poder punitivo y el derecho a la defensa, entre la Fiscalía General del Estado y el procesado.

En esa línea, en el desarrollo de una audiencia de formulación de cargos, el juez de garantías penales debería tener un papel mucho más importante, lo cual puede lograr al tener la facultad de ejercer un control jurisdiccional de la imputación que le presenta en dicha diligencia la Fiscalía, lo cual sería esencial para garantizar los derechos de los procesados y que el debido proceso se respete en todas y cada una de las etapas del proceso penal, lo cual se limita desde la propia normativa que regula este momento procesal del sistema penal ecuatoriano.

Como se había manifestado anteriormente, la dinámica de la audiencia de formulación de cargos es conocida por quienes hacen materia penal, en donde, una vez que el representante de la titular de la acción penal pública formula cargos, la defensa del procesado, previo a pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares, respecto a la imputación realizada, la defensa se limita a un: "Me opongo a la imputación, aunque la norma no lo permite", o un "Ya que no puedo oponerme a la formulación de cargos...", a lo que el juez dirá "es una facultad de fiscalía, continúe...".

Esta dinámica procesal fundada en la normativa vigente es incompatible con las garantías del debido proceso, principalmente con el derecho a la defensa,<sup>8</sup> pues, desde ese momento procesal puede verificarse la existencia de diversas circunstancias por las que no debería impulsarse un proceso penal, por ejemplo, la existencia de elementos de convicción de descargo más fuertes que los elementos de cargo, la propia falta de elementos suficientes y objetivamente coherentes para sostener una acusación penal formal, etcétera, esto genera desconfianza en el sistema de justicia y vulnera garantías del debido proceso que deben respetarse en todas y cada una de sus etapas y fases.

### **De la función real de la Fiscalía General del Estado en la audiencia de formulación de cargos.**

Para determinar que una persona ha cometido un delito se le debe probar su culpabilidad, precisamente a través del proceso penal debidamente establecido y llevado, por lo cual, desde un punto de vista procesal, a la persona involucrada en el proceso penal se la denomina de una determinada manera dependiendo el estado de la causa, por lo que, en etapa de instrucción únicamente se la puede calificar como persona imputada o procesada.<sup>9</sup>

Así las cosas, en la audiencia de formulación de cargos, como ya se ha dicho, la Fiscalía tiene la obligación de presentar los elementos de convicción de cargos en los que funda su imputación, cuestión que normativamente se encuentra reglada, sin embargo, a pesar de que la norma contempla el hecho de que el juez ejerce la dirección del proceso,<sup>10</sup> la actividad de la autoridad jurisdiccional está limitada en este acto procesal, siendo su principal función establecer de manera formal el inicio del proceso penal, y las condiciones en cuanto a las medidas cautelares en las que la persona procesada comparecerá al proceso.

Por tanto, la normativa penal ha determinado cual es el baremo entorno al cual los representantes de Fiscalía deben actuar en el proceso, esto es, el principio de objetividad, el cual determina que: "en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investi-

8 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 76.

9 ROXIN, Claus, & SHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, Ediciones Diot, Buenos Aires, 2019, p. 197.

10 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 5, numeral 14.

gará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.”<sup>11</sup>

En tal virtud, la función real de la Fiscalía en esta etapa procesal es alcanzar la verdad y la justicia,<sup>12</sup> es así que, como organismo estatal persecutor tiene ventaja recursiva frente a los demás sujeto procesales, pues dirige el sistema pericial, dirige la recolección de información hablada y documental,<sup>13</sup> con lo cual, si efectivamente se actuara bajo el respeto irrestricto del principio procesal penal de objetividad, debería bastar para determinar si realizar formalmente la imputación de una infracción penal es procedente o no.

Sin embargo, la realidad nos presenta un sin número de casos en los que esto no siempre sucede, es así que, el hecho de que el juez que sustancia la causa a partir de la audiencia de formulación de cargos no tenga facultades de control de la acusación fiscal, agrava los casos en los que el ejercicio de las facultades de Fiscalía es ejercida desde un punto de vista punitivista, pues no existe una instancia que valide desde la perspectiva de las garantías del debido proceso la legalidad y necesidad de los cargos presentados en contra de una persona.

## **De la función real del juez de garantías penales durante la audiencia de formulación de cargos y en el proceso penal en general.**

La naturaleza misma de la función del juez en la sociedad, encuentra sus orígenes conceptualmente primordiales en el siglo XIII, ello a través del Rey Juan Sin Tierra, quien en su Carta Magna expresó que ningún hombre libre podrá ser privado de su derecho a la libertad, el derecho a sus bienes, ni perjudicado de ninguna forma, sino solo en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley, concepto que ha sido desarrollado en el tiempo, sin embargo, el juicio a cargo de un juez imparcial con la ley de respaldo ha sido un concepto que se ha mantenido hasta el presente.<sup>14</sup>

Ahora bien, para poder establecer de manera precisa la función del juez de garantías penales en el Estado ecuatoriano, debemos partir por entender la razón por la que una persona a la que se le denomina “juez” ostenta el cargo y título que ostenta, y la razón responde, ni más ni menos a la protección estricta del debido proceso penal, debido proceso que se constituye como una garantía para los intervinientes en el mismo.

Esta garantía asegura que, durante el procesamiento de una persona para determinar o no su responsabilidad en cualquier contexto jurídico, debe ser controlado, validado y garantizado por un juez, el mismo que ejercerá jurisdicción en virtud de la competencia, la independencia y la imparcialidad.<sup>15</sup>

El máximo órgano de justicia constitucional del Estado ecuatoriano ha establecido a través de su jurisprudencia que, el debido proceso asegurado por un juez natural, desde su espectro como derecho, así como también, de garantía, tiene una dimensión objetiva, la misma que alude al deber de conservación de la integridad del proceso, y subjetiva que se refiere a la competencia del juzgador, las mismas que convergen y se efectivizan en la medida en que las

11 Ibidem. Artículo 5, numeral 21.

12 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ara Editores, Lima, 2005, p. 259.

13 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 443.

14 RODRÍGUEZ, Felipe, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Introducción al Derecho Procesal Penal & Principios Fundamentales*, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2023, p. 63.

15 OYARTE, Rafael, “Debido Proceso”, *Corporación de Estudio y Publicaciones*, Quito, 2020, p. 317.

reglas de trámite del proceso se cumplen, pues a través de ellas se regula el actuar de las partes durante el proceso, en especial, de aquellos que representan a instituciones del Estado.<sup>16</sup>

Es decir, el juez, y en especial, el juez de garantías penales tiene la función más importante en el sistema de justicia penal, pues es el garante de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, al respecto, Davis Echandía mencionó que lo distintivo del papel del juez, pues aplica la ley que siempre es general y abstracta a los casos particulares, interpreta su contenido y la hace evolucionar conforme la sociedad cambia, y la respeta actuando hasta donde la propia ley le impone límites, respetando siempre las reglas generales del derecho,<sup>17</sup> pues no representa al Estado como ente acusador, sino más bien, como garante del Estado de los derechos que les son propios a las personas.<sup>18</sup>

En esa línea, la Constitución de la República del Estado ecuatoriano determina claramente que, uno de los principios que rigen el ejercicio de los derechos dentro del Estado es que, para el mismo, su deber más alto es el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Magna.<sup>19</sup>

En tal virtud, se evidencia que, con el hecho de que el juez en la audiencia de formulación de cargos, lo único sobre lo que resuelva sea sobre la solicitud de medidas cautelares, es decir, al estar limitado y no poder hacer un control respecto de la imputación que Fiscalía realiza y los elementos en base a los cuales lo hace, se deslegitima su razón de ser como autoridad jurisdiccional del Estado. Por ello, consideramos que el juez de garantías penales, en este acto procesal debería poder realizar un control estricto de la imputación fiscal para efectivizar las garantías del procesado al ser sometido al poder punitivo estatal, pues se efectivizaría el debido proceso y el deber más alto del propio Estado, puesto que, “sin jueces dignos de su misión, la ley es letra muerta”.<sup>20</sup>

### **Breve contrastación de los conceptos del sistema penal inquisitivo y acusatorio adversarial como referencia para validar la importancia de un control jurisdiccional de la imputación fiscal.**

El Estado como estructura se compone por diversos actores que, al ejercer sus funciones deben cumplir con la finalidad propia que la Constitución ha determinado que tiene el Estado, esto es, garantizar y hacer garantizar los derechos de los miembros de dicho Estado.

En tal virtud, hemos clarificado en líneas anteriores la finalidad y función real, tanto de Fiscalía General del Estado a través de sus representantes, así como, en el tema que nos ocupa, de los jueces de garantías penales.

En esa línea de ideas, a fin de darle un fundamento adecuado a la propuesta de que el juez de garantías penales pueda ejercer un control de imputación debemos ubicarnos en tiempo y espacio en cuanto a lo que al sistema procesal penal ecuatoriano nos presenta actualmente, puesto que, como se ha dicho antes, en el momento en el que se realiza una imputación fiscal en contra de un ciudadano, no siempre existe mérito real para hacerlo, y sin embargo, hasta llegar al momento en el que dicha acusación se desvirtúe, la persona ha sido sometida a todo aquello que un proceso penal conlleva.

16 CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 2706-16-EP/21*, 26 de noviembre de 2021, párrafos 18-19.

17 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 2019, p. 62-63.

18 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 100-101.

19 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 11, numeral 9.

20 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general del proceso*, Op. Cit., p. 102.

Así las cosas, recordemos que el derecho procesal nace cuando se constituye ilícito el hacer justicia por propia mano, dando paso a que dentro de los Estados haya administradores de justicia imparciales, que ejercen su labor sometándose a normas previamente establecidas para hacerlo.<sup>21</sup> Ahora bien, bajo esta idea, de manera mas cercana a la realidad ecuatoriana, la administración de justicia penal se ha basado, primordialmente en dos tipos de sistemas, el inquisitivo y el acusatorio.

El sistema inquisitivo corresponde a aquel en el que, a la investigación de las infracciones penales se dedica el Estado, siendo su solución un interés general para contrarrestar una ofensa social, en donde el sistema procesal penal se activa bajo denuncia o de oficio y el juez que representa al Estado lo lleva de manera oficiosa hasta el final, en donde todo el proceso es escrito, lento y sin solemnidades sustanciales, reservado en su inicio, lo cual es una garantía para la honra, pero contrario al derecho a la defensa, sin embargo, la actuación del juez siempre está encaminada a la búsqueda de la verdad respetando la presunción de inocencia.<sup>22</sup>

Por otro lado, el sistema acusatorio corresponde a aquel en el que, se garantiza una intervención pronta del imputado para que pueda ejercer su derecho a la defensa, inclusive mientras está siendo investigado, en donde los argumentos se desarrollan principalmente de manera oral, y las pruebas se valoran bajo un sistema de libre convencimiento, en donde la acusación corresponde al Ministerio público, y la decisión sobre la consecuencia jurídica de todo lo actuado corresponde a un juez ajeno a la investigación,<sup>23</sup> proceso en el que el imputado siempre debe poder actuar en igualdad de condiciones, y donde el proceso es público.<sup>24</sup>

Así las cosas, hoy en día, el sistema penal ecuatoriano responde a un sistema acusatorio adversarial, el cual se fundamenta en la presunción de inocencia y en la obligación del Ministerio Público de probar la culpabilidad del imputado, en donde el ejercicio del derecho a la defensa juega un papel crucial y violentarlo supone nulificar lo actuado dentro del proceso.<sup>25</sup>

En esa línea, debemos comprender que el sistema penal acusatorio adversarial se rige bajo la optimización brindada por la correcta aplicación de los principios rectores del derecho procesal penal,<sup>26</sup> algunos de los más importante que vamos a matizar a continuación, y que como veremos, el contenido conceptual de cada uno de ellos<sup>27</sup> da cuenta de la necesidad de garantizar el ejercicio de la facultad de control de legalidad que tiene el juez de garantías penales en todo acto procesal, en donde la imputación fiscal contra el imputado en la audiencia de formulación de cargos, bajo ningún concepto puede ser considerado una excepción.

## **De los principios del derecho procesal penal como fundamento para validar la importancia de un control jurisdiccional de la imputación fiscal.**

Para iniciar este apartado es necesario abordar en primera instancia un principio que se constituye como un criterio rector devenido desde los instrumentos internacionales, el cual es la dignidad humana, el mismo que se constituye como una victoria del desarrollo del

21 Ibidem, p. 63.

22 Ibidem, p. 24-25.

23 BAÑOS, Javier & BUJÁN, Fernando, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Ediciones Lajouane, Buenos Aires, 2009, p. 45-46.

24 Ibidem, p. 24-25; PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Los principios generales del proceso penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2015, p.7.

25 VALDIVIESO, Simón, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones CARPOL, Cuenca, 2007, p. 340.

26 HOYOS, Estrella & CEPEDA, Duniesky, "Causales de aplicación del principio de oportunidad en el Derecho Penal Ecuatoriano", *Revista Científica Ecociencia*, Ecuador, 2023, p. 42-50.

27 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 5.

derecho procesal penal moderno, aunque se pone en peligro con los juicios extra judiciales cuando esferas distintas a la administración de justicia se toman atribuciones en nombre de la libertad de expresión o de la publicidad mal entendida,<sup>28</sup> por lo que, este principio determina que el ser humano jamás puede ser objeto de persecución penal; todo lo contrario, es objeto de derechos,<sup>29</sup> y una de las formas de garantizar que se ha observado este criterio rector radica en el respeto al principio de congruencia.<sup>30</sup>

En tal virtud, el hecho de que, en la audiencia de formulación de cargos la imputación fiscal sea un punto respecto del cual, ni la defensa, ni la autoridad jurisdiccional pueda oponerse, pone al procesado en una posición en la que su dignidad se encuentra en entredicho hasta un momento procesal posterior, lo cual se contradice con la garantía del derecho a la defensa<sup>31</sup> que alude a la igualdad formal y material de todos los sujetos procesales en todas las etapas del proceso.

Ello no lleva matizar otro principio que, al analizar su contenido conceptual completo nos lleva a determinar que, efectivamente, la limitación que tiene el juzgador respecto de no poder pronunciarse sobre la imputación que realiza Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos violenta los derechos y garantías de la persona procesa.

Este es el principio de contradicción, el cual, en un inicio, de su desarrollo normativo conceptual se podría colegir que existe para contradecir principalmente las pruebas que se presentan en contra de la persona procesada,<sup>32</sup> sin embargo, en la línea del actual sistema procesal acusatorio adversarial, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador nos determina que es un principio que debe observarse desde la misma etapa preprocesal del proceso penal.<sup>33</sup>

Entonces, debemos entender que, el hecho de que el Código Orgánico Integral Penal determine que la imputación de la infracción penal es una facultad meramente de Fiscalía General del Estado, ello nunca supone que, en la audiencia de formulación de cargos se pueda hacer una especie de paréntesis en el que, las garantías del derecho a la defensa se suspenden o pueden no efectivizarse.

Contrario sensu, el derecho a la defensa debe garantizarse, de acuerdo con Corte Constitucional, desde la misma etapa preprocesal, y debería ser un derecho efectivo en todo acto procesal, lo cual, de acuerdo a la dinámica actual de la audiencia de formulación de cargos no sucede, por ello, dotar al juez de la facultad de poder realizar un estricto control de imputación sería un mecanismo de efectivización de las garantías y derechos constitucionales que ya existen,<sup>34</sup> y que todos los días en todas las unidades judiciales penales del Estado ecuatoriano se ven violentados con la práctica actual.

28 RODRÍGUEZ, Felipe, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Introducción al Derecho Procesal Penal & Principios Fundamentadores*, Op. Cit., p. 124.

29 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 4.

30 PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Los principios generales del proceso penal*, Op. Cit., p.15.

31 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 76, numeral 7, literal h. “Art. 76. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías básicas: ...h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

32 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 5, numeral 13.

33 CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 585-22-EP/24*, 12 de septiembre de 2024, párrafo 33.

34 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 76, numeral 7, literal a. “... a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”.

Ahora bien, el principio rector del derecho procesal penal ecuatoriano que de manera flagrante se violenta con la dinámica actual de la audiencia de formulación de cargos es el principio de igualdad. O sea, el representante de la Fiscalía General del Estado puede poner a todas las personas involucradas en su investigación frente a un juez de garantías penales e imputarles un delito, mencionar, muchas veces de manera desorganizada los elementos que a su consideración son suficientes para hacerlo, y no recibir contradicciones sobre aquello. Esto a todas luces es desigual entre los sujetos procesales sometidos al poder punitivo del Estado ecuatoriano.

Al respecto, podemos referenciar lo que la doctrina ha desarrollado entorno a este principio, pues el punto de partida para la construcción del concepto del principio de igualdad responde, en primer instancia, al hecho de que todas las personas dentro de un Estado se rigen bajo un mismo ordenamiento jurídico,<sup>35</sup> y en segunda instancia, al hecho de que una persona sometida a un proceso judicial, máxime si es un proceso penal, debe tener las mismas oportunidades para poder hacer valer sus derechos que el organismo o persona que le imputa una infracción.<sup>36</sup>

A todas luces, el principio de igualdad se efectiviza en la medida en que la garantía del derecho a la defensa que alude a la igualdad formal y material en todas las etapas del procedimiento<sup>37</sup> se cumpla, el hecho de que en la audiencia de formulación de cargos no exista contradicción frente a la imputación que realiza el representante del Ministerio Público, y, el hecho de que el juez no pueda realizar un control de dicha imputación vulnera flagrantemente la igualdad<sup>38</sup> de los sujetos procesales.

Finalmente, el principio rector del derecho penal que sustenta la posición del autor del presente en cuanto a la consideración de la necesidad de implementar un control jurisdiccional de la imputación fiscal es el principio de presunción de inocencia. En esa línea, el hecho de que, en la audiencia de formulación de cargos, que es precisamente el acto procesal en el que se le imputa una infracción penal a una persona determinada, no pueda oponerse, y que no exista un control jurisdiccional sobre dicha imputación, contraviene el principio de presunción de inocencia.

Al respecto, la Carta Magna del Estado ecuatoriano determina que se presume la inocencia de toda persona, y debe ser tratada como tal, mientras no exista una sentencia en firme que determine lo contrario,<sup>39</sup> cuestión reglada legalmente también por el Código Orgánico Integral Penal, el cual determina que toda persona mantiene su estatus de inocencia mientras no se determine lo contrario en una sentencia condenatoria ejecutoriada.<sup>40</sup> Es decir, el permitir que el imputado pueda oponerse a la imputación fiscal en base a los argumentos que considere pertinentes, y a la par, que el juez de garantías penales pueda ejercer un control de la imputación en base a las alegaciones realizadas antes de que una persona sea sometida a un proceso penal completo y formal,<sup>41</sup> efectiviza el principio de

35 PÉREZ PINZÓN, Álvaro, *Los principios generales del proceso penal*, Op. Cit., p. 104.

36 RODRÍGUES, Víctor, "El debido proceso legal y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos", *Liber Amicorum*, Costa Rica, 1998, p. 1305.

37 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 76, numeral 7, literal a. "... c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones."

38 CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 889-20-JP/21*, 10 de marzo de 2021, párrafo 112.

39 ECUADOR, Constitución de la República, Op. Cit., Véase el artículo 76, numeral 2.

40 ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Véase el artículo 5, numeral 4.

41 ROXIN, Claus, & SHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, Op. Cit., p. 199.

presunción de inocencia que en ningún acto procesal en decurso de un proceso penal puede quedar en segundo lugar.

### **Utilidad de la implementación del control de la imputación fiscal a través del juez de garantías penales conforme la normativa comparada.**

Hemos referido al comenzar el presente trabajo, que la audiencia de formulación de cargos se constituye como el inicio formal del proceso penal ordinario conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que dicha diligencia es de máxima importancia en cuanto a la determinación de los límites marcados por el ente estatal acusador para que el procesado pueda ejercer su derecho a la defensa de manera técnica, y que así los jueces penales puedan resolver los argumentos que se le presenta.

Partamos por una realidad que no se necesita argumentar más allá de lo que la simple lógica y humanidad presenta, principalmente en países en vías de desarrollo como lo es el Estado ecuatoriano, y es que, la audiencia de formulación de cargos se constituye como ese acto procesal que formalmente pone a una persona de cara con el poder punitivo del estado, realidad que afecta la vida dicha persona desde toda perspectiva y esfera.

En tal virtud, la existencia de un estricto control jurisdiccional de la imputación fiscal, además de efectivizar los principios, garantías y derechos que el ordenamiento jurídico a preestablecido para toda persona, se constituiría como un límite más al poder punitivo del Estado, límite que nunca estaría demás si el derecho a la libertad de una persona está en discusión.<sup>42</sup>

En esa línea, de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y con la dinámica conocida de la audiencia de formulación de cargos en el Estado ecuatoriano, al ser una facultad vetada para los jueces y los imputados el oponerse a la imputación realizada por quien representa al ente estatal acusador, es necesario acudir a lo desarrollado en países con un sistema procesal penal similar al nuestro, puesto que, aquello permite fundamentar la posición del autor del presente, y también permite fundamentar posibles propuestas de mejoras normativas que refuercen la protección de las personas procesadas que son sometidas por el poder punitivo del estado, que como ya se ha dicho, siempre que sean constitucional y legalmente determinadas, nunca serán suficientes.<sup>43</sup>

Así las cosas, en Colombia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de dicho Estado, esto es, los artículos 286 y 336 en adelante del Código de Procedimiento penal; en cuanto a que el juez de instrucción pueda ejercer un control de la imputación que presenta el representante del Ministerio Público en la audiencia de formulación de la acusación como se la denomina en dicho país, no se determina alguna facultad para el juez de manera tácita,<sup>44</sup> siendo lo único que se especifica es su función garantista que se activa una vez iniciada la etapa de instrucción.<sup>45</sup>

Sin embargo, en el Estado colombiano tenemos un ejemplo jurisprudencial claro de la idea que se sostiene en el presente trabajo, esto es, que el juez de instrucción pueda ejercer

42 GARCÍA, Joaquín, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 231.

43 MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 219.

44 LORA, Álvaro, "Variación fáctica y jurídica luego de formulada la imputación en el sistema procesal colombiano de la ley 906 de 2004, antes de la acusación. Aspectos normativos y jurisprudenciales", *JUSTICIA*, Colombia, 2019, p. 251-270. Véase también CADAVID, Mario & BEDOYA, Luis, "La fase de investigación y la fiscalía en el sistema acusatorio colombiano", *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, Medellín, 2008, p. 133.

45 BERNATE, Francisco, *Sistema penal acusatorio*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 24.

un control de la imputación que en el proceso penal presenta el representante del Ministerio Público, en la cual la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que "... el juez de instrucción no es un mero observado de la actuación procesal de los sujetos procesales, sino más bien, es un actor proactivo en el decurso del proceso, el cual asegura que la persona procesada tenga posibilidad de defenderse en todo acto procesal, es decir, no actúa en base a un mandato formal, sino más bien, en virtud de una garantía material."<sup>46</sup>

En esa línea, entonces, debemos entender que, desde la perspectiva jurisprudencial del Estado colombiano, la audiencia de formulación de la acusación no se constituye únicamente como una diligencia meramente formal que se necesita agotar para poderle dar continuidad al proceso penal. Es más bien una oportunidad dada desde el inicio formal del proceso penal para equilibrar el poder punitivo del Estado mediante la precautela que el juez de instrucción otorga en el ejercicio de sus funciones,<sup>47</sup> además del constante perfeccionamiento del actuar de los representantes del Ministerio Público que el control jurisdiccional de la acusación significaría.

Por otro lado, a nivel latinoamericano, uno de los países que más a aportado al desarrollo del derecho procesal penal como una ciencia jurídica es Argentina. En este país, el proceso penal está regulado por el denominado Código Penal de la Nación, y es un ejemplo claro de la viabilidad e importancia que tiene el hecho de que el juez de instrucción tenga la facultad de realizar un control del mérito que tiene la imputación en contra de la persona procesada, el mismo que, conforme la normativa argentina es presentada por el Ministerio Público.<sup>48</sup>

Ahora bien, la normativa penal argentina determina que, es más, el mismo procesado en la audiencia de formulación de cargos puede oponerse a la imputación que recibe por parte del Ministerio Público, siendo uno de los posibles argumentos la falta de mérito de la acusación, ante lo cual, el juez puede revisar los elementos y determinar si es o no procedente iniciar el proceso penal,<sup>49</sup> lo cual, a todas luces evidencia que estas facultades igualan al procesado en posibilidades frente al ente estatal acusador,<sup>50</sup> puesto que, en caso de ameritar la oposición, es el juez de instrucción quien resuelve conforme las garantías del debido proceso.

Como punto de referencia de un país europeo en el que su sistema jurídico devenga del sistema romano germánico como lo es el ecuatoriano tenemos el Estado español. En este país, la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que, el juez que inicialmente conoce el proceso, puede no aceptar la imputación que realice el Ministerio Público.

El juez puede llegar a esa decisión una vez que se valore la oposición que por escrito puede presentar la persona imputada, escrito en el cual existe la posibilidad de argumentar las razones por las que se considere como imputado que la acusación es errada en base a los elementos que hasta el momento tenga el Ministerio Público,<sup>51</sup> siendo incluso una facultad de la autoridad jurisdiccional disponer el inicio del juicio civil si existiere daño civil verificado.<sup>52</sup>

46 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 276*, de 2020.

47 MARTÍNEZ, Gilberto, *Procedimiento Penal Colombiano: Sistema acusatorio*, Temis, Bogotá, 2006, p. 154.

48 CAFFERATA, José, *El Imputado: Estudios*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001, p. 25.

49 BIGLIANI, Paola, & COSTANZO, Mariano, "El olvido de la legalidad: Un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias", *Las garantías penales y Procesales*, Buenos Aires, 2001, p. 308-315.

50 GONZÁLEZ, José, "El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal", *Mejores Trabajos*, Antioquia, 2019, P. 48.

51 ESPAÑA, Boletín Oficial del Estado, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 14 de septiembre de 1882. Véase los artículos 641 – 655.

52 MATYAS, Eduardo, "El derecho de defensa en la ley 906 de 2004: Sin una actividad defensiva activa y material no hay derecho de defensa real", *Revista Republicana*, 2013, p. 137-139. Véase también BIGLIANI, Paola, & COSTANZO, Mariano, "El olvido de la legalidad: Un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias", Op. Cit., p. 308-315.

Es decir, la normativa española si permite realizar, por parte del encausado una oposición formal a los cargos que se le imputa, y si la argumentación de la oposición tiene fundamentos sólidos, entonces el juez, que al igual que en el Estado ecuatoriano es garantista, puede rechazar la imputación realizada por el Ministerio Público, lo cual evidencia que, al dotar de esa posibilidad al procesado y, de esa facultad al juzgador de instrucción, se garantiza el principio de igualdad entre las partes procesales, que como funciona hoy no se efectiviza en ese acto procesal,<sup>53</sup> y sobre todo, se garantiza la intervención de un juez que en todo acto procesal pueda realizar un control jurisdiccional de las actuaciones de dichas partes procesales.

Entonces, podemos apreciar el hecho de que, en otros países, tanto de la región, y también, un país europeo que a través de su desarrollo jurisprudencial influencia mucho en nuestro país, la opción de que el juez de instrucción pueda hacer un control de la imputación fiscal en la audiencia señalada para el efecto es una realidad y/o posibilidad, que desde todo análisis representa una forma de garantizar los derechos del encausado, lo cual, no es más que la efectivización del fin primordial del estado y del sistema de justicia, pues la imposición de una pena será legítima en la medida en que los derechos del procesado se hayan respetado en todo acto procesal.<sup>54</sup>

Para finalizar este apartado, recordemos que, ya en sistema procesal ecuatoriano, la audiencia de formulación de cargos es un momento crítico para el procesado, aunque en muchas ocasiones para fiscalía sea una mera formalidad que hay que cumplir, y la posibilidad de implementar para el procesado la opción de oponerse a la imputación recibida; y a su vez, permitir normativamente que el juez de garantías penales pueda realizar un control jurisdiccional de la imputación que fiscalía presenta, se constituye como un mecanismo para precautelar la integridad de la persona procesada, tanto personalmente como jurídicamente, pues la oposición a una imputación recibida siempre será un acto natural de voluntad que debe estar avalado por el ordenamiento jurídico,<sup>55</sup> cuestión que desde varios años se ha desarrollado como una prioridad desde los máximos organismos de desarrollo jurisprudencial de derechos humanos.<sup>56</sup>

### **Consideraciones finales que determinan la necesidad de implementar un control jurisdiccional de la imputación fiscal en el sistema penal ecuatoriano.**

Como se ha establecido a lo largo del presente trabajo de investigación, la formulación de cargos, al ser el inicio formal del proceso penal, es un acto procesal de primordial importancia para la persona procesada, en donde los principales principios, derechos y garantías, como el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia o el debido proceso son el respaldo más importante que el encausado tiene, por lo que, en este acto procesal, el actuar de un juez imparcial, que controle la actuación de las partes procesales, pero primordialmente del ente estatal acusador es fundamental.<sup>57</sup>

Partamos por el hecho de que la imputación que realiza Fiscalía General del Estado en una audiencia de formulación de cargos no es un mero comunicado del ente investigativo

53 TERÁN, Isaac, *La reformulación de cargos tipificada en el COIP, en función del principio de defensa y principio de congruencia*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, p. 81

54 MILA, Frank, "El procedimiento ordinario, instrucción", *Manual de derecho procesal ecuatoriano*, Otavalo, 2024, P. 373.

55 GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Civitas Ediciones, Madrid, 1962, p. 242.

56 LÓPEZ, Juan, "Prueba y proceso equitativo: Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho y Libertades*, España, 1994, p. 603 – 607.

57 GONZÁLES, José, "El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal", Op. Cit., p.50.

para el procesado en presencia de un juez, todo lo contrario, la imputación fiscal se constituye como un acto procesal sustancial formal y material, pues dicha imputación debe cumplir requisitos fácticos y normativos.<sup>58</sup>

En tal virtud, de acuerdo con el contenido normativo de los principios rectores del derecho procesal penal, desde nuestro punto de vista resulta ilógico desde la razón, e incompatible con el principio de la seguridad jurídica el hecho de que la audiencia de formulación de cargos sea un acto procesal en el que el fiscal comunica la imputación de un delito y cataloga al procesado como autor o cómplice del mismo,<sup>59</sup> sin recibir oposición, y peor aún, sin que su actuar sea sometido a un control jurisdiccional.

Ello aunado al hecho de que el derecho a la defensa no puede suspenderse en ninguna etapa del procedimiento, pues este es un derecho intemporal,<sup>60</sup> y como ya se ha referenciado en líneas anteriores, la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado que este derecho debe garantizarse por las autoridades del sistema de justicia, cuando de un proceso penal se trata, desde el inicio mismo de la investigación. Por ello, en la audiencia de formulación de cargos no puede hacerse una especie de paréntesis en donde los derechos y las garantías del procesado no pueden ser efectivizadas, y para ello, el rol de juez de garantías penales es primordial, pues es el garante de los derechos de los sujetos procesales.

Recordemos que la pena jamás será sin el proceso, pues los dos conceptos son dos caras de una misma moneda, en donde muchas veces, el “sufrimiento del inocente es el costo insuprimible del proceso penal”,<sup>61</sup> el problema radica en que la condena de un solo inocente es demasiado precio, pues muchas veces, ese “costo insuprimible” no solo deviene de condenas injustas, pues su origen radica muchas veces en acusaciones realizadas sin existir un fundamento real.<sup>62</sup>

Sobre esto, se debe reiterar que, si el representante del Ministerio Público puede formular cargos y someter a una persona a un proceso penal mediante un acto procesal, que no tiene oposición, y que no está sometido a un estricto control jurisdiccional, se está aceptando como Estado la injusticia de someter al escarnio público a una persona que, ni con una sentencia que ratifique su estado de inocencia se podrá revertir el daño causado.<sup>63</sup>

Así las cosas, no es necesario crear un derecho, no es necesario crear un principio o una garantía, es necesario reformar la normativa en un punto específico, ¿para qué?, para efectivizar y los principios, derechos y garantías que ya existen. La vigencia del Estado de derechos se clarifica en la medida en que los actores y poderes públicos actúan conforme a la ley, sin actos excepcionales para justificar arbitrariedades, por ello, el control jurisdiccional de la imputación en la audiencia de formulación de cargos garantiza un proceso penal justo e igualitario en todas sus etapas.<sup>64</sup>

58 PABÓN, Germán, “Errores de estructura en el acto de imputación que afectan el derecho a la defensa. Construcción de hechos jurídicamente relevantes. Imputaciones alternativas, ambiguas, inciertas e indeterminadas.”, *K'MINO A SHAMBHALA*, 2021. Obtenido de: <https://kaminoashambhala.blogspot.com/2021/07/errores-de-estructura-en-el-acto-de.html>.

59 MACHUCA, ZALO, “El procedimiento ordinario: La fase de investigación previa”, *Manual de derecho procesal penal ecuatoriano*, Ecuador, 2024, p. 348.

60 OSORIO, Camilo, “Formulación de imputación. ¿Un acto de mera comunicación? Aproximación jurisprudencial a la institución jurídico-procesal”, *CRITERIOS – Cuaderno de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Bogotá, 2017, p. 45-67.

61 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 1993, p. 52 – 53.

62 GONZÁLES, José, “El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal”, Op. Cit., p.108.

63 FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Gonzalo, *La pena de banquillo como vulneración del derecho de defensa*, Universidad de Oviedo, España, 2022, p. 16. Véase también MORATTO, Simón, “El principio de igualdad de armas: Un análisis conceptual”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, 2021, p.193.

64 APONTE, Alejandro, *Manual para el juez de control de garantías en el Sistema Acusatorio Penal*, Consejo Superior de la Judicatura,

En tal virtud, el fortalecer al juez de garantías penales con facultades como la de revisar la acusación realizada al imputado, valorar eventuales oposiciones por parte del procesado tanto del tipo penal imputado, así como respecto de los elementos utilizados para fundamentar la imputación, siempre que el principio de imparcialidad prime en el actuar del juzgador, el resultado siempre será un proceso penal que goce de mayor legitimidad.<sup>65</sup>

En esa línea, lo lógico sería que ese control jurisdiccional de imputación se realice post oposición de la parte procesada, puesto que, de todos los derechos y garantías reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, ninguno es más importante que el derecho a la defensa.<sup>66</sup>

Finalmente, resultaría un tanto atrevido el pretender en un espacio tan corto como el de este trabajo, el pretender desarrollar una especie de proyecto de ley, o ideas ultra elaboradas para reformar normativas, esa no es la intención.

El presente trabajo se enfoca en poner de manifiesto un problema que se ha identificado en el sistema procesal penal ecuatoriano, específicamente en la audiencia de formulación, audiencia en la que el fiscal imputa un delito a una persona, y donde los principios, derechos y garantías de la persona procesada se pone en entre dicho.

El presente trabajo se ha enfocado en determinar el porqué, el hecho de que no exista la posibilidad de oponerse a la imputación de cargos se constituye como una vulneración del derecho a la defensa, el cómo un control jurisdiccional de la imputación garantizaría la igualdad entre las partes y se efectivizaría el rol del juez de instrucción como garante de los derechos de los sujetos procesales.

En fin, la mayoría de matices jurídicos posibles a fin de poder llegar a influir para la construcción de un proceso penal más justo, equilibrado entre las partes, pero fundamentalmente garantista de los derechos de las personas que con o sin razón, se ven en la penosa obligación de enfrentar un proceso penal, hoy en día, con garantías sombrías y derechos plasmados en los cuerpos normativos, pero poco reflejados en los tribunales y juzgados de la República del Ecuador. En tal virtud, somos partidarios de la utilidad de implementar el control jurisdiccional de la imputación de Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos, post oposición del o la persona encausada.

## CONCLUSIONES

- La imputación que realiza Fiscalía General del Estado en la audiencia de formulación de cargos es un acto procesal trascendental en decurso de un proceso penal, pues formaliza el proceso. Un acto procesal que condiciona la vida de la persona procesada a partir de ese mismo momento, por lo que, en virtud de las funciones constitucional y legalmente otorgadas a la Fiscalía, no pueden darse imputaciones que no cumplan con un análisis minucioso y detallado de los elementos con lo que activa formalmente el proceso penal.
- El hecho de que no exista la posibilidad de realizarse un control jurisdiccional de la imputación que realiza Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos, pone en situación de desigualdad manifiesta al procesado frente al poder punitivo del estado, y este particular se constituye como una forma de desnaturalizar la función y el rol garantista del juez de garantías penales dentro del sistema procesal penal ecuatoriano.

---

Bogotá, 2006, p. 114.

65 ARANGO, Andrés, *Control Constitucional a la imputación de cargos: Una cuestión de dogmática procesal penal*, Ediciones Unaula, Medellín, 2014, p. 45.

66 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p.613.

- La imputación de cargos por parte de la Fiscalía General del Estado en la audiencia de formulación de cargos no es un acto procesal de mera comunicación del tipo penal y elementos a la persona contra quien se inicia el proceso penal. Es más bien un acto procesal formal y material, frente a lo cual, debe primar el principio de presunción de inocencia, la efectivización del derecho a la defensa y las garantías de poder contradecir en el mismo momento de la imputación y en igualdad de condiciones, lo cual significa respetar el debido proceso.
- Conforme la contrastación del derecho comparado con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe la necesidad de adelantar una reforma legal que tácitamente permita al procesado, en la audiencia de formulación de cargos, oponerse formalmente a la imputación fiscal si la misma no cumple parámetros mínimos de objetividad y congruencia, a fin de que, en el mismo sentido, legalmente el juez de garantías penales pueda realizar un control jurisdiccional de la imputación que garantice los principios, derechos y garantías que tutelan al procesado frente a la activación poder punitivo estatal.
- El control jurisdiccional de la imputación fiscal se constituye como un mecanismo de efectivización del debido proceso, respeto por el rol natural del juez de garantías penales que siempre motivará su decisión de iniciar formalmente el proceso penal, y un mecanismo convencionalmente aceptado para controlar los actos procesales de los funcionarios que representan a la Fiscalía General del Estado en el decurso de un proceso penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aponte, Alejandro. *Manual para el juez de control de garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Arango, Andrés. *Control Constitucional a la imputación de cargos: Una cuestión de dogmática procesal penal*. Ediciones Unaula, 2014.
- Baños, Javier y Fernando Buján. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Ediciones Lajouane, 2009.
- Bernate, Francisco. *Sistema penal acusatorio*. Universidad del Rosario, 2005.
- Bigliani, Paola y Mariano Costanzo. "El olvido de la legalidad: Un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias". *Las garantías penales y procesales*, 2001.
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal: Parte General*. Ara Editores, 2005.
- Cadavid, Mario y Luis Bedoya. "La fase de investigación y la fiscalía en el sistema acusatorio colombiano". *Reflexiones sobre el sistema acusatorio: Una visión desde la práctica judicial*, 2008.
- Cafferata, José. *El Imputado: Estudios*. Marcos Lerner Editora, 2001.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Temis, 1993.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Editorial Temis, 2019.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Editorial PPU, 1991.
- Fernández de la Riva, Gonzalo. *La pena de banquillo como vulneración del derecho de defensa*. Universidad de Oviedo, 2022.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2014.
- García, Joaquín. *Derecho Constitucional: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, 1994.
- González, José. "El control de la imputación: Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal". *Mejores Trabajos*, 2019.
- . "En defensa de la audiencia de imputación: Una propuesta de control material en el sistema procesal penal colombiano". *Nuevo Foro Penal*, 2020.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Civitas Ediciones, 1962.

- Hoyos, Estrella y Duniesky Cepeda. "Causales de aplicación del principio de oportunidad en el Derecho Penal Ecuatoriano". *Revista Científica Ecociencia*, 2023.
- López, Juan. "Prueba y proceso equitativo: Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Derecho y Libertades*, 1994.
- Lora, Álvaro. "Variación fáctica y jurídica luego de formulada la imputación en el sistema procesal colombiano de la ley 906 de 2004, antes de la acusación: Aspectos normativos y jurisprudenciales". *JUSTICIA*, 2019.
- Machuca, Zalo. "El procedimiento ordinario: La fase de investigación previa". *Manual de derecho procesal penal ecuatoriano*, 2024.
- Maier, Julio. *Derecho procesal penal, parte general: Sujetos procesales*. Editores del Puerto, 2004.
- Martínez, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano: Sistema acusatorio*. Temis, 2006.
- Matyas, Eduardo. "El derecho de defensa en la ley 906 de 2004: Sin una actividad defensiva activa y material no hay derecho de defensa real". *Revista Republicana*, 2013.
- Mila, Frank. "El procedimiento ordinario, instrucción". *Manual de derecho procesal ecuatoriano*, 2024.
- Moratto, Simón. "El principio de igualdad de armas: Un análisis conceptual". *Revista Derecho Penal y Criminología*, 2021.
- Osorio, Camilo. "Formulación de imputación: ¿Un acto de mera comunicación? Aproximación jurisprudencial a la institución jurídico-procesal". *CRITERIOS – Cuaderno de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, 2017.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Pabón, Germán. "Errores de estructura en el acto de imputación que afectan el derecho a la defensa. Construcción de hechos jurídicamente relevantes. Imputaciones alternativas, ambiguas, inciertas e indeterminadas". *Kímino a Shambhala*, 2021, [kaminoashambhala.blogspot.com/2021/07/errores-de-estructura-en-el-acto-de.html](http://kaminoashambhala.blogspot.com/2021/07/errores-de-estructura-en-el-acto-de.html).
- Pérez Pinzón, Álvaro. *Los principios generales del proceso penal*. Editorial Temis, 2015.
- Rodríguez, Víctor. "El debido proceso legal y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos". *Liber Amicorum*, 1998.
- Rodríguez, Felipe. *Tratado de Derecho Procesal Penal: Introducción al Derecho Procesal Penal & Principios Fundamentales*. Editorial Jurídica Cevallos.
- Roxin, Claus y Bernd Schünemann. *Derecho procesal penal*. Ediciones Diot, 2019.
- Terán, Isaac. *La reformulación de cargos tipificada en el COIP, en función del principio de defensa y principio de congruencia*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.
- Valdivieso, Simón. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones CARPOL, 2007.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 276*, de 2020.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 889-20-JP/21*, 10 de marzo de 2021, párrafo 112.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 2706-16-EP/21*, 26 de noviembre de 2021.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Sentencia Nro. 585-22-EP/24*, 12 de septiembre de 2024.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

- ECUADOR, Constitución de la República, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.
- ESPAÑA, Boletín Oficial del Estado, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 14 de septiembre de 1882.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La cooperación eficaz y su aplicación en el proceso penal ecuatoriano.

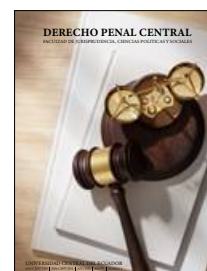
### Effective cooperation and its application in the ecuadorian criminal procedure.

MAGALY CAMILA RUIZ CAJAS

iD Investigadora Independiente

RICARDO REYES VASCO

iD Investigador Independiente



Recibido: 15/11/2025  
Aceptado: 10/12/2025

#### RESUMEN

La aplicación de la cooperación eficaz es uno de los temas actuales y que mayor controversia genera no solo para los actores del sistema de justicia penal, sino para la opinión pública en general, debido a las consecuencias que supone su aplicación en la reducción de la pena y en los ideales ciudadanos de acceso a la justicia. Ante este escenario, desde el ámbito del derecho procesal, resulta fundamental dar una respuesta técnica respecto de su aplicación y de las incidencias de la información aportada por los cooperantes en el uso de esta herramienta, así como su importancia en la desarticulación de estructuras criminales y la obtención de la verdad procesal. Con estas precisiones a lo largo de este artículo, buscaremos realizar una aproximación de su aplicación desde la perspectiva del Código Orgánico Integral Penal.

**Palabras Clave:** Proceso Penal, Reducción de Pena, Estructuras Criminales, Impunidad, Justicia.

#### ABSTRACT

The implementation of effective cooperation is one of the current and most controversial issues, not only for actors in the criminal justice system but also for the public at large, due to the consequences of its application on the reduction of the penalty and on the ideal citizens' access to justice. Given this idea, from the field of procedural law, it is essential to give a technical answer regarding its application and the incidence of the information provided by the cooperators in the use of this tool, as well as its importance in dismantling criminal structures. Based on these clarifications throughout this article, we will try to make an approximation of its application from the perspective of the Integral Penal Organic Code.

**Keywords:** Criminal Procedura, Penalty Abatement, Criminal Structures, Impunity, Justice.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v7i7.9609>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2026 Universidad Central del Ecuador

## INTRODUCCIÓN.

El 13 de diciembre de 2023, la Fiscalía General del Estado en coordinación con la Policía Nacional del Ecuador, efectuó uno de los allanamientos más grandes que ha tenido el país en el ámbito de corrupción judicial y narcotráfico, en el que intervinieron aproximadamente 600 servidores policiales y alrededor de 200 funcionarios del ministerio fiscal ecuatoriano, entre fiscales, secretarios, asistentes a escala nacional, efectuándose 62 allanamientos en las provincias de Pichincha, Santo Domingo de los Tsáchilas, Cotopaxi, Chimborazo, Manabí, Guayas y Loja, que concluyó con un total de 31 detenidos, 02 aprehendidos, 133 terminales móviles, 19 armas de fuego, 706 municiones, 31 alimentadoras, 82.023 dólares de los Estados Unidos de América; y 39 computadoras incautadas.

A la madrugada de ese día y una vez que la noticia fue ampliamente difundida la ciudadanía se encontraba conmocionada, era la primera vez, que se hacía realidad lo que hasta hace poco solo eran murmullos de pasillos en las altas cortes de justicia del país, el narcotráfico había captado a políticos, jueces, fiscales, secretarios, policías, peritos, guías penitenciarios; y, abogados particulares. Sin duda, la denominación del caso “Metástasis” dada por la fiscalía de alguna manera intentaba aproximarse a toda la podredumbre relacionada con la criminalidad que se había encontrado en la Administración de Justicia. Ese 14 de diciembre de 2023, el día de la audiencia de formulación de cargos, en palabras sencillas la Fiscalía le decía a la ciudadanía ecuatoriana que nuestra justicia estaba contaminada, gangrenada al borde del colapso y con ello el Estado Constitucional de Derecho.

Lo que ocurrió en la audiencia, fue el detalle de lo que se había encontrado en los equipos celulares del conocido narcotraficante Leandro Norero Tigua (+), en donde se habían almacenado un sin número de conversaciones de chats en las aplicaciones Whatsapp, Signal, Telegram, entre ellas, imágenes, fotografías, capturas de chats, audios, videos y documentos reservados que permitieron retratar como se negociaban resoluciones, sentencias y pericias; a cambio de conseguir la **seguridad, libertad, e impunidad** del narcotraficante y sus familiares, quienes se encontraban privados de la libertad por una causa iniciada en su contra por un delito de lavado de activos.

En el caso antes referido y en el desarrollo de la instrucción fiscal, una de las técnicas especiales de investigación utilizada por la Fiscalía General del Estado ecuatoriana, fue la herramienta de la “Cooperación Eficaz”, misma que contribuyó en el esclarecimiento de los hechos imputados, en la identificación de varios responsables y permitió neutralizar la consumación de otros delitos y principalmente a desarticular otras estructuras criminales.

Bajo estas ideas preliminares y al haber identificado un fenómeno de estudio a través de la causa antes mencionada, el presente análisis estará enfocado en brindar los parámetros básicos de aplicación de esta técnica especial de investigación desde la praxis, a fin de inteligenciar a jueces, fiscales, abogados, estudiantes de derecho; y, por qué no, al público en general desde políticos hasta periodistas, dotando al debate jurídico de aspectos convencionales, doctrinarios y normativos que se aplicaron y hasta hace poco eran desconocidos.

## LA COOPERACIÓN EFICAZ EN LA CONVENCIONALIDAD

Uno de los párrafos más importantes para quienes litigamos en el ámbito procesal penal, se encuentra en la convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que dice: “(...) Si la delincuencia atraviesa las fronteras,

*lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (...).<sup>1</sup>*

En este contexto, el artículo 20 de la citada Convención posibilita a los Estados parte la adopción de “Técnicas especiales de investigación” que permitan efectuar **entregas vigiladas, vigilancia electrónica, operaciones encubiertas** y “(...) alienta a los Estados a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para la utilización de técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional”,<sup>2</sup> pudiendo inclusive habilitar otras técnicas u herramientas con el objetivo de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

Así mismo, el artículo 26 ut supra determina medidas para alentar la cooperación en los delitos enmarcados en la convención, dentro del ámbito de las técnicas especiales de investigación, mismas que van orientadas a que las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos puedan proporcionar: (i) Información útil con fines investigativos y probatorios y (ii) Prestar ayuda efectiva y concreta que contribuya a privar de recursos o productos a los grupos delictivos. A cambio, los Estados pueden **mitigar la pena o la concesión de inmunidad judicial** de las personas acusadas que presten una cooperación que sirva para adelantar una investigación y sustentar una acusación en juicio.

De ahí, que la institución de cooperación eficaz es una herramienta diseñada por toda la comunidad internacional plasmada en la Convención de Palermo, instrumento creado para investigar, procesar y combatir el crimen organizado transnacional para hacer frente al flagelo de esta delincuencia como un problema mundial en todas sus manifestaciones.

Bajo este marco convencional, algunos países de Latinoamérica como Colombia y Brasil desarrollaron en sus legislaciones la corriente de la **delación premiada** con fines de exclusión de responsabilidad de los delatores, a cuyos cooperantes se les exime de responsabilidad penal. Por su parte, el Ecuador adoptó **la reducción de pena** como beneficio derivado de una cooperación eficaz, misma que se encuentra contemplada en el Código Orgánico Integral Penal.

## LA COOPERACIÓN EFICAZ EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

**Definición.** - Para al autor José Romero Romero, la cooperación eficaz es el “conjunto de instrumentos que facultan a los funcionarios judiciales a conceder rebajas de pena u otros beneficios similares, ante la efectiva colaboración de los delincuentes con la administración de justicia. Este derecho es aplicado en muchas legislaciones como instrumento para combatir determinadas formas de criminalidad, de manera particular las relacionadas con delitos como el secuestro, el narcotráfico, la subversión y el terrorismo”.<sup>3</sup>

1 Kofi A. Annan, Secretario General, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Prefacio, 2000, pág. 5

2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 20, segundo inciso.

3 Romero Romero José Enrique, “Beneficios por la colaboración eficaz con la Justicia” Corporación universitaria de la Costa, 2001, pág. 19.

En el Ecuador, la cooperación eficaz se encuentra reglada en el Código Orgánico Integral Penal en la Sección Tercera, denominada “Técnicas especiales de investigación”, con el siguiente texto: “Art. 491.- *Cooperación eficaz.- Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad así como la información que permita identificar el destino de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas*”.<sup>4</sup>

De esta cita, se extrae que la cobertura legal de la cooperación eficaz en el Código Orgánico Integral Penal se realiza bajo dos modalidades: (i) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios de los hechos investigados; y (ii) Suministrar información efectiva que permita a la Fiscalía identificar, desarticular y judicializar estructuras criminales; y minimizar la actividad delictiva atacando la economía de las empresas criminales.

En cuanto a la primera modalidad el cooperador se encuentra en condiciones de proporcionar:

1. La identidad de quienes se presume tienen participación en los hechos que se investiga, esto por cuanto la mayoría utiliza, alias, seudónimos o iniciales;
2. Que se realice una descripción cronológica de los hechos, integración de la estructura, jerga criminal, ubicación, actividades, de quienes son o puedan ser objeto de investigación; y
3. El detalle de los delitos que se hayan planificado, concretado o se encuentren en ejecución.

En cambio, en la segunda modalidad el cooperador debe prestar un suministro de información más amplio y suficiente que permita conocer las nuevas formas de criminalidad y desarticular grupos de delincuencia organizada, mafias, bandas armadas o grupos terroristas permitiendo principalmente entre otras:

1. Identificar los vínculos, nacionales o internacionales de líderes o miembros que estén investigados o que puedan ser objeto de investigación.
2. Entregar información societaria, económica, rutas de envíos, bienes, dinero, fondos, activos entre otros en territorio nacional o internacional que sean producto de actividades ilícitas.
3. Proporcionar números telefónicos o claves de dispositivos electrónicos de los principales líderes o miembros de la organización que son objeto de investigación.

Parámetros que deben considerarse por las y los agentes fiscales en cada una de sus investigaciones al constituirse en la base de la negociación respecto de su grado de participación y la determinación de la pena rebajada que se plasmara en el acuerdo, siendo este un beneficio procesal que se hará efectivo cuando el órgano jurisdiccional dicte sentencia en cualquier procedimiento determinado en la norma adjetiva penal.

## CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

En el Ecuador, esta técnica especial de investigación se efectúa bajo la conjugación de varias características y principios, que, si bien no están determinados de manera específica en el Código Orgánico Integral Penal, desde su operatividad son necesarias así:

4 Código Orgánico Integral Penal, art. 491, Cooperación Eficaz.

## Características

**Arrepentimiento.** - Es el reconocimiento expreso, libre y voluntario que se traduce a escrito ante la o el fiscal a cargo de la investigación respecto de los hechos y grado de participación que le imputa y forma parte del acuerdo de cooperación. En este contexto, la cooperación eficaz tiene como centro de atención la figura del arrepentido hacia un “*post patratum delictum*”, que implica el reconocimiento de las conductas delictivas cometidas de propia mano, así como la entrega de información suficiente, eficaz y capaz de influir sobre una situación jurídica concreta.<sup>5</sup>

**Colaborador.** - En el Ecuador es el investigado/a o procesado/a que, durante la fase de investigación, hasta la etapa de cierre de la instrucción fiscal aporta información trascendental, que luego de ser analizada y corroborada permite obtener elementos probatorios suficientes sobre la materialidad de la infracción y la participación de los demás investigados o procesados, permitiendo inclusive la apertura de nuevas investigaciones y desarticulación de estructuras criminales.

**Acuerdo de cooperación eficaz.** - Es el instrumento que se traduce a escrito en un solo ejemplar original y que contiene principalmente la cláusula de los comparecientes, el detalle de los hechos que conoce con la precisión de nombres, fechas, direcciones, cuentas, rutas de dinero entre otros, narrados con precisión, debiendo adjuntar el desglose de información suministrada y sus fuentes de corroboración, documento que es suscrito de manera específica por la o el agente fiscal, el colaborador y su defensa técnica.

Cabe resaltar, que en el acuerdo de cooperación escrito no se estipulan cláusulas sobre la rebaja de la pena a imponer por cuanto esta queda sujeta al análisis y corroboración efectiva del suministro de información que se realiza en la etapa de instrucción fiscal hasta la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, en donde la o el agente fiscal conjuntamente con el cooperador y su defensa técnica evalúan la eficacia de la cooperación con base al “expediente de colaboración” que contiene el detalle de la información aportada y se la categorizada bajo un termómetro de importancia entre alta, media y baja, el resultado del mismo permitirá efectuar un cálculo de la pena que es proporcional a la colaboración brindada.

En este punto se debe recalcar, que todo procedimiento de cooperación eficaz debe cumplir las reglas preestablecidas en la norma procesal, cumpliendo los parámetros adecuados de formalidad y legalidad.

**Expediente de colaboración eficaz.** - Es el expediente físico que no forma parte del expediente investigativo o judicial<sup>6</sup> que contiene: (i) el acuerdo original de cooperación eficaz, (ii) el detalle del suministro de información; y (iii) fuente de corroboración que sirven como elementos probatorios documentales, testimoniales o periciales.

El expediente es acopiado por la o el Fiscal o su delegado y se mantendrá bajo su custodia hasta que se haga efectiva la cooperación eficaz ante el órgano jurisdiccional quien, en audiencia reservada convocada para el efecto, realiza el control de cada uno de los elementos aportados por el colaborador y su importancia, de acuerdo con los parámetros antes descritos, aceptando la pena sugerida por el agente fiscal.

Una vez concluido el trámite de cooperación eficaz, el expediente debe remitirse al despacho de la o el fiscal general para su ingreso en la caja fuerte, cabe precisar, que no existe

5 SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Tomo II*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2024, pág. 1398.

6 Código Orgánico Integral Penal, art. 494, inciso segundo: “Todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales”.

normativa de regulación interna que permita establecer el plazo que debe permanecer en custodia ni la depuración o destrucción del expediente.

**Testimonio anticipado.** - Una vez, que la o el agente fiscal acepta la suscripción de un acuerdo de cooperación eficaz, el colaborador/a ingresa al Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participes en el Proceso Penal (SPAVT) fin de garantizar su integridad física, psicológica y social de las víctimas y de sus familiares de acuerdo con el informe de evaluación de riesgos y vulnerabilidad.<sup>7</sup>

Siendo una de las prioridades procesales la recepción del testimonio anticipado durante el curso de la investigación o instrucción fiscal ante el juez de instancia, conforme el procedimiento establecido en el artículo 592 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.<sup>8</sup>

Es importante señalar que el colaborador al ser una persona investigada o procesada, al momento de rendir el testimonio se sujeta a las reglas contenidas en el artículo 507 de la norma *ibidem*.<sup>9</sup> En el caso, “Metástasis” por ejemplo, hubo una mixtura colaboradores que se sujetaron a las reglas del testimonio de la persona procesada y luego del interrogatorio efectuado por la Fiscalía se acogieron al derecho al silencio, por su parte, otros colaboradores si permitieron que se les realice el contrainterrogatorio, sin que este particular constituya una afectación al derecho a la defensa, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su sentencia No. 2170-18-EP/20, párrafos 84 y 85 que dice:

*“84. En este sentido, cabe advertir que los testimonios de los coacusados, al ser un medio de defensa, constituyen prueba, pues cada procesado maneja su teoría del caso y cuenta con libertad probatoria para sustentarla; por lo tanto, pueden ser valorados siempre que aquello no implique autoincriminación.*

*85. De allí que, no se evidencia que la valoración de los testimonios de los coacusados resulte en una afectación a la garantía de obtención o actuación de prueba con violación de la Constitución o la ley”.*

**Beneficio-** Una vez entregada la información, analizada y comprobada la o el agente fiscal como titular de la acción penal se encuentra facultado a solicitar una pena rebajada, debiendo considerarse en el cálculo las circunstancias atenuantes o agravantes conforme el artículo 44 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

7 Registro Oficial, edición especial No. 581 de 12 de octubre de 2018, Reglamento Sustitutivo para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal, Art. 2.- Definición. - (...) es un conjunto de acciones lideradas y articuladas por la Fiscalía General del Estado en coordinación con las distintas instituciones del sector público, privado y organizaciones de la sociedad civil, cuya misión es salvaguardar la integridad física, psicológica y social de las víctimas, testigos y otros participantes que se encuentran en situación de riesgo como consecuencia de su participación efectiva en una causa penal de acción pública, acción privada o contravención penal en todas sus etapas, incluía la fase preprocesal, en coordinación jurídica con la autoridad que solicitó el ingreso de la persona protegida al SPAVT

8 Código Orgánico Integral Penal, artículo 504, numeral 2.- La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de intermediación y contradicción.

9 Código Orgánico Integral Penal, artículo 507 Reglas. - La persona procesada podrá rendir testimonio en la audiencia de juicio, de conformidad con las siguientes reglas: 1. El testimonio de la persona procesada es un medio de defensa. 2. La persona procesada no podrá ser obligada a rendir testimonio, ni se ejercerá en su contra coacción o amenaza, ni medio alguno para obligarlo o inducirlo a rendir su testimonio contra su voluntad. 3. Si decide dar el testimonio, en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir la verdad, pudiendo los sujetos procesales interrogarlo. 4. La persona procesada tendrá derecho a contar con una o un defensor público o privado y a ser asesorada antes de rendir su testimonio. 5. La persona procesada deberá ser instruida por la o el juzgador sobre sus derechos. 6. La inobservancia de las reglas establecidas en los numerales 2 y 3 hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que corresponda.

La concesión del beneficio de rebaja de pena es propuesta por la o el agente fiscal ante el órgano jurisdiccional que dicte sentencia y se efectúa bajo dos parámetros:

**Regla general.** - Esta no puede ser menor al veinte por ciento del mínimo de la pena fijada para la infracción en que se halle involucrado el cooperador, así lo describe el primer inciso del artículo 493 en concordancia con el 491 de la norma ut supra.

**Regla excepcional.** - En casos de alta relevancia social y cuando el testimonio permita procesar a los integrantes de la cúpula de la organización delictiva, se podrá solicitar una pena no menor al diez por ciento del mínimo de la pena fijada para la infracción contra la persona procesada que colaboró eficazmente conforme el inciso segundo del artículo 493 en concordancia con el artículo 491 antes citado.

Hay que señalar que la pena que impone el juzgador no puede exceder de los términos del acuerdo logrado entre el cooperador, su defensa y el agente fiscal.

En el caso “Metástasis”, se obtuvieron 12 sentencias en procedimiento abreviado, en cuatro de estas resoluciones se consideró la rebaja de pena como beneficio por ser colaborador eficaz, reduciendo su pena inclusive a 15 meses de privación de libertad.

**Reserva.**- Una de las características más importantes en la aplicación de esta técnica especial de investigación es la reserva desde su inicio y posterior ejecución (actuaciones fiscales y judiciales) reserva que se consigue en la fiscalía con la suscripción de acuerdos de confidencialidad con una duración de cinco años que son suscritos por todos los partícipes de la misma (investigado, procesado que adquiere la calidad de cooperador), funcionarios de la fiscalía (agente fiscal, secretario, delegado/os de la máxima autoridad según el caso que se encuentre en investigación) y agente policial delegado para el caso, conforme el inciso dos del artículo 494 del Código Orgánico Integral Penal que dice: “Todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales”.<sup>10</sup>

**Autónomo.** - La cooperación eficaz, si bien es una técnica especial de investigación, es una herramienta que no requiere de autorización judicial, inicia a solicitud de la persona investigada o procesada al agente fiscal a cargo de la investigación, siendo este el único que tiene la facultad de aceptar o negar; no existiendo recurso de impugnación de la negativa.

**Ámbito de aplicación.** - Si bien el Código Orgánico Integral Penal no hace una distinción en su catálogo de delitos, debemos hacer énfasis en que la cooperación eficaz es una herramienta esbozada en la Convención de Palermo y diseñada como instrumento para investigar, procesar y combatir la corrupción y el crimen organizado.

## Principios

**Voluntariedad.** - Como se dejó anotado en líneas anteriores el acuerdo de colaboración eficaz, únicamente se suscribe a petición libre y voluntaria de la persona investigada o procesada con el acompañamiento de su defensa técnica de confianza. En dicho ejercicio y bajo las consideraciones que tendría un testigo que ha presenciado sucesos criminales, se aportarán elementos de imputación e información relacionada con el objeto del procesamiento o uno de sus aspectos.<sup>11</sup>

**Comprobación.**- Desde la fecha en que se suscribe una cooperación y durante el decurso de la instrucción fiscal el colaborador/a de manera directa o a través de su defensa técnica le corresponde remitir o solicitar al agente fiscal la práctica de las diligencias fiscales tendien-

10 Código Orgánico Integral Penal, art. 494. Inciso segundo, reserva de la cooperación eficaz

11 Maier J., Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo II, Parte General, Actos Procesales*, AD-HOC, Buenos Aires, 2011, Pág. 130.

tes a obtener los elementos de corroboración que sustenten la cooperación eficaz, pudiendo inclusive la fiscalía actuar de oficio y ordenar actuaciones especiales de investigación como por ejemplo allanamientos, incautaciones, recepción de versiones, interceptaciones entre otras, conforme el artículo 475 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

Esta comprobación tiene relación directa con el deber de investigar la verdad respecto del objeto del procedimiento y bajo la consideración de aportar las justificaciones del caso o dotándoles de los recaudos materiales necesarios.<sup>12</sup>

En el caso “Metástasis” de la información proporcionada por los colaboradores y que es de dominio público, no solo fue posible realizar un ejercicio de corroboración de los alias, los números de teléfonos, los chats encontrados en los dispositivos electrónicos y las aplicaciones utilizadas por varios de los procesados, sino también se abrieron otras investigaciones en torno a una estructura criminal que operaría en la Corte Provincial de Justicia del Guayas, lo que llevo a que se investigue a un Asambleísta, a la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, varios jueces y personal administrativo de la Dirección del Consejo de la Judicatura de esa provincia, quienes se habrían articulado para conceder fallos favorables para el ex Asambleísta, a cambio de resoluciones de archivo o prescripciones en procedimientos disciplinarios, o beneficios económicos.

Este operativo efectuado por la Fiscalía y personal de la Policía Nacional (UNIF) se realizó la madrugada del 04 de marzo de 2024, con la realización de 43 allanamientos y 12 detenciones, conocido como el caso “Purga”.

En este contexto, otro aporte significativo para la administración de justicia fue proporcionado por otro colaborador quién a través de su testimonio anticipado, retrato una presunta articulación de varios Vocales del Consejo de la Judicatura para obstruir la justicia y obtener impunidad, caso que investigo un potencial tráfico de influencias y que aún se encuentra pendiente de juicio.

**Eficacia.** - Al ser una técnica especial de investigación autónoma que no requiere de autorización judicial para su perfeccionamiento, los agentes fiscales se encuentran facultados a actuar de oficio de manera célere en la obtención de evidencia, lo que coadyuva principalmente en la prevención de delitos, sanción de culpables y desarticulación de estructuras criminales.

Así, la información proporcionada por el colaborador deberá ser útil e importante para la investigación en curso, lo que conlleva que se evite la continuidad de los sucesos criminales, así como su permanencia e inclusive su consumación. La eficacia del acuerdo se verá reflejada en la identificación de los autores y partícipes, la individualización los medios o instrumentos utilizados y las rutas de los efectos, ganancias y bienes derivados de la conducta delictiva,<sup>13</sup> entre otras de igual trascendencia.

**Proporcionalidad.** - Como se dejó anotado, el principio de proporcionalidad en una cooperación eficaz está directamente relacionado con la rebaja de pena; y, esta a su vez, con la calidad de la información proporcionada por el colaborador y la confirmación efectuada durante el decurso de la instrucción fiscal sea a través de medios documentales, periciales o testimoniales, conforme los incisos tercero y cuarto del artículo 493 del Código Orgánico Integral Penal.

12 Sánchez Velarde, Pablo, Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal, en “La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal”, 2004, pág. 249.

13 Sánchez Velarde, Pablo, Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal, en “La Reforma del Proceso Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal”, 2004, pág. 250.

**Oportunidad.** - La solicitud de una cooperación eficaz puede efectuarse durante la fase de investigación previa hasta antes del cierre de la instrucción fiscal. En este sentido, el principio de oportunidad posee como uno de sus axiomas a la no obligación del ejercicio del derecho de acción ante el conocimiento de una noticia del delito, siendo preciso indicar la obligación legal de ente investigador público respecto de los presupuestos de imputación en cada una de las etapas del proceso penal.<sup>14</sup>

## TRÁMITE DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

La cooperación eficaz inicia con la solicitud efectuada por la persona investigada o procesada dirigida al agente fiscal que se encuentra en conocimiento de la investigación previa o causa judicial.

Una vez que el agente fiscal avoca conocimiento de la solicitud se encuentra facultado a tramitarla en expediente a parte y reservado respecto de los demás sujetos procesales, procediendo a valorar si la información se enmarca en los presupuestos del artículo 491 del COIP.<sup>15</sup> Si es así, se procede a la suscripción del acuerdo de cooperación eficaz, y de no subsumirse la información en este presupuesto, la negativa del agente fiscal no es susceptible de impugnación.

Con la suscripción del acuerdo de cooperación eficaz, el colaborador/a ingresa al Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participes del Proceso Penal y durante el decurso de la instrucción fiscal se receptorá su testimonio anticipado, sujetándose a las reglas de los artículos 502 numeral 2, 507 y 566 del Código Orgánico Integral Penal al tratarse de un testigo protegido.

Continuando con el trámite y una vez cerrada la etapa de instrucción fiscal y previo a que el órgano jurisdiccional competente señale fecha y hora para la realización de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la o el agente fiscal convocará al colaborador/a y a su defensa técnica a una reunión con carácter reservado en dónde se analizará los resultados de la cooperación y se categorizará con importancia alta, media o baja a cada uno de los elementos aportados debidamente corroborados con sustento en el expediente físico, siendo el resultado de este análisis el porcentaje de concesión del beneficio de la cooperación eficaz, que se elevará a escrito en un acta de “verificación de acuerdo de cooperación eficaz” para que esta sea conocida por el juez competente conforme lo prevé el artículo 493 del COIP.<sup>16</sup>

El momento procesal para solicitar la realización de una audiencia privada para que el órgano jurisdiccional conozca los resultados de la cooperación eficaz, es una vez concluida

14 Fairén Guillén, Víctor, La acción, derecho procesal y derecho político, en “*Estudios de Derecho Procesal*”, Madrid, 1955, pág. 97 y siguientes.

15 Código Orgánico Integral Penal.- Art. 491 (Sustituido por el Art. 84 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).- Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad así como la información que permita identificar el destino de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas.

16 Código Orgánico Integral Penal, Art. 493.- Concesión de beneficios de la cooperación eficaz. - (Reformado por el Art. 85 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).- La o el fiscal propondrá a la o al juzgador una pena no menor del veinte por ciento del mínimo de la fijada para la infracción en que se halle involucrado el cooperador. En casos de alta relevancia social y cuando el testimonio permita procesar a los integrantes de la cúpula de la organización delictiva, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador, una pena no menor al diez por ciento del mínimo de la pena fijada para la infracción contra la persona procesada que colaboró eficazmente.

la fundamentación del proceso abreviado por parte de la Fiscalía o previo a efectuar el alegato de cierre de encontrarse en audiencia de juicio.

La audiencia privada se realiza con la presencia del juez de instancia o tribunal de juicio, el colaborador, su defensa técnica, la o el agente fiscal y su personal de confianza, y cumple con las mismas formalidades determinadas en el artículo 563 del COIP; en la que el agente fiscal exhibe el acuerdo de colaboración eficaz, enuncia cual fue el suministro de información y su fuente de corroboración sea documental, pericial, testimonial, y justifica de manera motivada el porcentaje de rebaja de pena que debe aplicarse, misma que no puede ser modificada por el órgano jurisdiccional.

Finalmente, en la diligencia de reinstalación de la audiencia pública sea de procedimiento abreviado o de la etapa de juicio según sea el caso, el agente fiscal solicita al juez o tribunal de juicio se imponga la pena en concreto con el detalle del componente de esta y la especificación del porcentaje correspondiente a la rebaja por concepto de beneficio de cooperación eficaz.

Concluido el trámite de cooperación eficaz, el expediente será remitido a la máxima autoridad para ingreso a la caja fuerte, conforme ya se dejó anotado.

## CONCLUSIONES

La aplicación de esta técnica especial de investigación constituye uno de los avances más significativos en materia de lucha contra la criminalidad organizada transnacional. En el Ecuador se ha utilizado esta herramienta para el procesamiento de casos de alta complejidad como los que han sido brevemente explicados en este análisis crítico de aplicación normativa.

En este sentido, la norma procesal ecuatoriana establece el uso de la cooperación eficaz bajo determinados presupuestos normativos, mismos que son de obligatorio cumplimiento y que van de la mano de la misión y el objeto de la Fiscalía General del Estado, en el ejercicio de la investigación penal y de los principios procesales que rigen nuestro sistema acusatorio adversarial.

Finalmente, la aplicación de esta herramienta en el procesamiento de casos de fuero de Corte Nacional de Justicia por parte de los servidores judiciales ha permitido trazar un norte en la costumbre procesal ecuatoriana respecto de la aplicabilidad y la forma de poner en marcha un acuerdo de cooperación eficaz; y, justamente este excursus busca divulgar prácticas judiciales uniformes en todas la instancias y jurisdicciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal [COIP]*. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 (Última modificación: 2024).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. *Prefacio de Kofi A. Annan*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2000, [www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf).
- Fairén Guillén, Víctor. "La acción, derecho procesal y derecho político". *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- Maier, Julio J. *Derecho Procesal Penal: Actos Procesales*. Tomo II, Parte General, AD-HOC, 2011.
- Presidencia de la República. *Reglamento Sustitutivo para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el Proceso Penal*. Registro Oficial n.º 581, 12 de octubre de 2018.

Romero Romero, José Enrique. "Beneficios por la colaboración eficaz con la Justicia". *Corporación Universitaria de la Costa*, 2001.

San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Editora Jurídica Grijley, 2024.

Sánchez Velarde, Pablo. "Criminalidad organizada y procedimiento penal". *La Reforma del Proceso Penal Peruano: Anuario de Derecho Penal*, Fondo Editorial PUCP, 2004.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## El delito de enriquecimiento privado no justificado en la legislación ecuatoriana.

The crime of private enrichment not justified under ecuadorian law.

GUADALUPE ROCÍO GALARZA PALADINES

iD Investigadora Independiente

### RESUMEN

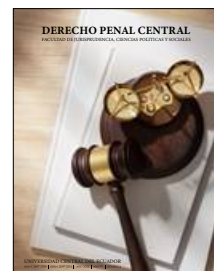
Una de las estrategias político-criminales para combatir las estructuras criminales ha sido implementar medidas de control de sus economías con la finalidad de boicotear el funcionamiento de estas empresas delictivas. En Ecuador, el legislador introdujo el delito de enriquecimiento privado no justificado con el objetivo antes propuesto y con la visión de sancionar aquellas conductas que dan origen a malversaciones, coimas y sobornos, y que provienen de ilegalidades. En este artículo haré un breve análisis del tipo penal con la finalidad de esclarecer su investigación y su procesamiento.

**PALABRAS CLAVE:** Delito, Enriquecimiento, Control, Dinero, Financiamiento.

### ABSTRACT

One of the political-criminal strategies to combat criminal structures has been to implement measures to control their economies in order to boycott the operation of these criminal enterprises. In Ecuador, the legislator introduced the offence of unwarranted private enrichment with the objective proposed above and with a view to penalizing conduct that gives rise to embezzlement, bribes and gratuitous acts. In this article I will make a analysis of the criminal type in order to clarify its investigation and prosecution.

**KEYWORDS:** Crime, Enrichment, Control, Money, Financing.



Recibido: 16/11/2025  
Aceptado: 16/12/2025

## INTRODUCCIÓN

Uno de los principales fenómenos que afectan la institucionalidad y Estado de derecho son los actos de corrupción, mismo que benefician el tráfico económico proveniente de conductas delictivas. Es en este escenario que se pueden ubicar a servidores públicos investidos de poder y que ilegalmente ofrecen y reciben grandes sumas de dinero, producto de sobornos, estafas e inclusive de delitos graves como el narcotráfico y la delincuencia organizada.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v7i7.9610>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2026 Universidad Central del Ecuador

ISSN-e 2697-3359  
ISSN-i 2697-3251  
[fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec](mailto:fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec)

En este orden de ideas, no es de extrañarse que los controles regulares ya sea del sistema financiero o del régimen fiscal se vean vulnerados, ya que lo que buscan estas economías es ocultar sus ingresos; y, por otro lado, los servidores del Estado ocultar el dinero y evitar su identificación, llegando a valerse de personas particulares alejadas de faro de los controles dirigidos al servicio público.

En este sentido y entrado en materia, si bien el escenario planteado nos podría hacer pensar que el incremento ilícito del patrimonio se centra en los funcionarios públicos, los acontecimientos de última data han motivado al legislador ecuatoriano a incorporar un tipo penal en el que el protagonista es el particular, cuando se detecta la obtención de un incremento injustificado en su patrimonio; debiendo precisar que las prácticas comerciales desleales, las defraudaciones tributarias, los engaños al consumidor y las acciones de esta naturaleza corresponde a otro objeto de protección normativo.

Ahora bien, uno de los principales detonantes para la comisión del delito objeto de análisis, es que el Ecuador figura como un país de tránsito y distribución de narcóticos a través de sus puertos, para aquello se vulneran constantemente los controles fronterizos o de aduanas; en donde tanto funcionarios públicos, como ciudadanos particulares reciben grandes cantidades de dinero a cambio de beneficios u omisiones en los controles de tránsito de paquetes contaminados con sustancias sujetas a fiscalización.

Con esta conceptualización nos encontramos ante un fenómeno con orígenes políticos, sociales y culturales, lo que implica exponer brevemente los principales factores a considerar en su evolución:

- Entre los siglos XVI al XIX, bajo la administración de las colonias por parte de España y el inicio de la vida republicana es posible identificar un fenómeno inicial de prácticas corruptas, así como la concentración del capital económico y político en determinada elite, por lo que se puede identificar en este periodo prácticas de acumulación de dinero provenientes de la explotación del trabajo indígena y las practicas agrarias abusivas.
- Durante el siglo XX, nuestro país atravesó graves crisis económicas y políticas, periodos de dictaduras y varios golpes de Estado, a consecuencia de todo tipo de prácticas corruptas, y justamente desde una perspectiva popular debido a nuevamente la intención de las elites políticas y empresariales de hacerse con la mayor cantidad de recursos públicos y privados
- A partir de los años 2000, el legislador empieza a introducir políticas de lucha contra la corrupción y los órganos de justicia empiezan con el procesamiento de casos emblemáticos como son el Caso Odebrecht y el Caso Isspol.

En síntesis, vemos un fenómeno endémico que siempre estuvo presente históricamente en la sociedad ecuatoriana, pero que en la actualidad es una conducta penalmente relevante, por la cual, se han procesado a varias personas del ámbito privado en el país.

Justamente estas precisiones preliminares, me llevaron en un principio a plantearme ciertas hipótesis de las garantías del debido proceso en el procesamiento de este delito, lo que concluyo en mi tesis de maestría en la Universidad Central del Ecuador;<sup>1</sup> y, ahora, después de un abordaje investigativo procesal amplio, pretendo particularizar este aporte académico

1 véase en Galarza Paladines, G. (2024), “Análisis de la carga de la prueba versus el principio de presunción de inocencia en el delito de enriquecimiento privado no justificado establecido en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano”. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador. [www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/a597823d-0b0c-44b4-b4d5-5c8b77a5eecd](http://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/a597823d-0b0c-44b4-b4d5-5c8b77a5eecd)

en una interpretación del tipo penal de “*enriquecimiento privado no justificado*”, esta vez, desde la perspectiva de la dogmática de la parte general.

## EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO

Previo a la tipificación de este delito en el Código Orgánico Integral Penal, esta figura se aplicaba en el ámbito del Código Civil para el pago de las deudas de una persona en el ámbito del pago de tributos, aspecto parecido a lo que ocurre con la figura de defraudación tributaria dentro del Código Tributario. Así, la ausencia de un marco legal concreto en materia punitiva propiciaba el incremento de actos ilícitos vinculados a la corrupción, debido a que tanto los jueces como la fiscalía no poseían las herramientas jurídicas necesarias, al no existir un tipo penal que permitiera la persecución de estas conductas.

Es decir, se introdujo esta figura como una herramienta fundamental para erradicar y disminuir las prácticas de corrupción, ya que la configuración del delito de enriquecimiento privado ilícito faculta la investigación y procesamiento de los ciudadanos que tengan un aumento desmedido de su patrimonio personal, lo que ha llevado incluso a vincular a otros participantes intermedios que actúan como testaferros o a quienes encubren dádivas o sobornos a servidores públicos.

Este comportamiento delictivo, en la mayoría de los casos, tiene una relación con conductas corruptas y el narcotráfico, debido a que ciertos individuos han visto en la función estatal el nicho perfecto para acumular enriquecerse y acumular activos ilegales mediante acciones ilegales. Sin embargo, como se analizaremos en este artículo, la procedencia ilícita de los fondos como elemento constitutivo de este tipo penal, puede ser de diversa clase.

Bajo esta conceptualización, resulta imprescindible, efectuar una revisión de cada uno de los elementos que componen este tipo penal. Al respecto, el Código Orgánico Integral Penal define a una infracción penal: “*Es la conducta típica, antijurídica, y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código*”. (COIP, 2023)

Para entender las modalidades de conducta resulta fundamental considerar que “*la acción es un movimiento corporal voluntario y pensado frente a la norma, que modifica el mundo exterior, mientras una omisión es, precisamente, la ausencia de una acción: es no hacer nada frente a una acción específica*” (Rodríguez, 2022, p. 60).

Así Mir Puig, (2005) determina:

*“Se llaman delitos de acción aquéllos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva. Son de omisión aquéllos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo. Pero en ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside, pues, en el plano del comportamiento —siempre positivo—, sino en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión”* (p. 228).

Bajo la consideración antes expuesta comprendemos que en la conducta activa el agente realiza, de manera voluntaria y deliberada, movimientos corporales determinados por el ordenamiento jurídico, mismos que se subsumen con exactitud en el delito que consta en el catálogo de la parte especial de la norma penal.

Por otro lado, en cuanto a la modalidad omisiva, el sujeto omite la prestación debida o realiza una actividad distinta a la ordenada por la norma, esta forma de no hacer, de inactividad o desviación del mandato legal, produce igualmente un resultado jurídicamente relevante. En este sentido, las conductas penalmente relevantes requieren la concurrencia de presupuestos específicos que se ajusten estrictamente al comportamiento investigado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. **Tipicidad.** - Es la figura penal representada como delito dentro de la norma. Pues el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal dice: “(...) Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes (...)” (COIP, 2023).

Considerando así, que todo actor del sistema de justicia penal debe conocer que no se puede imponer una pena por una conducta que no se halle taxativamente descrita en la norma. Justamente, este concepto es el límite que responde a los principios de legalidad y presunción de inocencia, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 5, incisos 1 y 4, del Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido, estas precisiones del ordenamiento jurídico penal describen taxativamente tanto las conductas activas como las omisiones, mismas que adquieren trascendencia jurídica para el Derecho Penal al momento que son cometidas, por lo que una conducta se considerará antijurídica cuando se ajuste a un tipo penal específico y cuando un bien jurídico sea puesto en peligro, lo que ratifica el principio de “*nullum crimen sine lege*” o “*no hay crimen sin ley*”.

En este contexto Guamán, S. indica:

*“La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenido en la ley. Si un comportamiento es “típico” (es decir, que ha violado la norma y que coincide con el supuesto de hecho del delito). (Guamán, S. 2015, p. 34)*

Por su parte, Plascencia define al delito como:

*“En el caso de Wolf, calificó a su hallazgo como una verdad penal y lo definió con una función de garantía al modo como lo hace el principio de legalidad del delito: “no hay delito sin tipo”, en tal sentido, los tipos penales contendrán descripciones de comportamientos antijurídicos. Esto es, el mundo de significación y trascendencia jurídico penal está contenido en los tipos. Lo que no es típico no interesa a la valoración jurídico penal. En el caso de Von Weber y Graf Zu Dhona, el tipo penal se hizo descansar en el tipo objetivo.*

*Mientras que, para Welzel, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida”.* (Plascencia, 2000, p. 92, 93)

Bajo esta perspectiva, el juicio de tipicidad consiste en el ejercicio de verificar el comportamiento fáctico de una persona con el presupuesto normativo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, basado en los elementos que componen la tipicidad objetiva y que funge como un mecanismo de garantía y salvaguarda para la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Esta idea enriquece la misión fundamental del acceso a la justicia cons-

titucional, que es la salvaguarda de los intereses jurídicos primordiales de un Estado de derechos y que se cristaliza a través del catálogo de delitos, mismo que activan el reproche estatal ante su cometimiento.

En base a lo antes expuesto es fundamental realizar un análisis sobre la conducta:

Así, podemos identificar una única modalidad de ejecución, la cual es de carácter activo y podemos desglosar los componentes del tipo penal desde su vertiente objetiva para un análisis pormenorizado:

El sujeto activo se define como aquel que ejecuta el comportamiento tipificado y en el contexto del artículo 297 del COIP, esta persona sin características cualificadas, es decir que, recae exclusivamente en un individuo sin condiciones específicas, lo que marca una diferencia sustancial con el enriquecimiento ilícito del artículo 279 del mismo cuerpo legal, el cual si exige la existencia de un sujeto calificado como servidores o funcionarios públicos en ejercicio de funciones estatales.

Por su parte, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado, considerando que el artículo 297 dentro del capítulo de infracciones contra el régimen de desarrollo señala que la titularidad corresponde al Estado ecuatoriano. Y, por otro lado, bajo el concepto integrador del artículo 441 del COIP, la víctima es quien padece el menoscabo directo del delito, rol que en este precepto asume el Estado a través de sus diversas instituciones.

En cuanto al objeto jurídico y el bien jurídico protegido:

La figura del enriquecimiento privado no justificado fue insertada por la voluntad legislativa en la sección quinta de las infracciones contra el régimen de desarrollo, compartiendo este apartado exclusivamente con la defraudación tributaria; ambas categorías se agrupan, a su vez, en el capítulo relativo a los delitos contra la responsabilidad ciudadana, por lo que, la lesión jurídica trasciende al orden económico y social, puesto que la acumulación de activos sin sustento por parte de civiles (no funcionarios públicos) distorsiona la estabilidad financiera y el progreso de la colectividad; en relación al objeto material, entendido como el ente sobre el cual se materializa la acción, en el artículo 297 del COIP identifica al patrimonio de los particulares.

Elementos descriptivos: Se refieren al lenguaje coloquial empleado por el legislador para facilitar la comprensión ciudadana; así, mientras que en el homicidio el núcleo es 'matar', en el presente caso es 'obtener' un aumento patrimonial sin sustento.

Elementos normativos: Requieren un lenguaje especializado cuya interpretación demanda el auxilio de otras áreas del derecho o disciplinas técnicas; por ejemplo, el concepto de "patrimonio" o "capital" debe entenderse bajo criterios financieros, y la determinación del monto base exige remitirse a la norma vigente respecto del salarios básicos del trabajador en general a la época de los hechos.

Elementos valorativos: Exigen una labor de apreciación por parte de los jueces sobre el deber jurídico y su transgresión. En este tipo penal, el eje de valoración reside en la "justificación" o falta de ella respecto al incremento de activos del imputado.

Finalmente, desde el plano subjetivo, se colige que el enriquecimiento privado no justificado es una infracción de naturaleza estrictamente dolosa, lo cual excluye cualquier posibilidad de comisión por imprudencia o culpa.

**2. Sobre la antijuridicidad.** - Es la conducta contraria al derecho, que lesiona sin justa causa al bien jurídico protegido de conformidad con el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal y que señala: "*Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código*". (COIP, 2023)

Al respecto, Plascencia (2013) señala que la antijuridicidad material y formal son: *“La antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto es dable señalar que por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad”* (p. 42).

Cerezo Mir (2005) indica:

*“Toda (...) conducta (...) comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de (...) conductas (...) dolosas o imprudentes será antijurídica si no concurre una causa de justificación. Si al tipo de lo injusto pertenecen todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, no podrán existir acciones típicas jurídicamente neutrales, indiferentes para el Derecho o meramente no prohibidas. Carecerá también de sentido la consideración del tipo como simple expresión del desvalor de la acción, relegando el desvalor del resultado (lesión o peligro del bien jurídico) a la antijuridicidad. La ausencia del desvalor del resultado no determina, por otra parte, la licitud de la conducta, como se advierte, por ejemplo, en la tentativa y en los delitos de peligro abstracto. Si concurre una causa de justificación la acción típica será lícita, conforme a Derecho”*. (p. 189)

En el mismo sentido, Luzón Peña, D. (2004) establece que:

*“Antijuridicidad en general es contrariedad a normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Pero en virtud del carácter fragmentario del Derecho penal no toda conducta antijurídica es penalmente antijurídica, sino que —al menos en principio— sólo son tipificadas como penalmente antijurídicas las conductas más graves”*. (p. 341)

En consecuencia, al examinar la descripción legal del delito, resulta esencial precisar el bien jurídico tutelado; en este caso, dicha identificación permitirá verificar si el comportamiento se subsume en un tipo penal concreto, debiendo considerarse que, aunque una acción vulnere o amenace el interés protegido y sea calificada como típica, no siempre poseerá el carácter de antijurídica si concurre alguna causa de justificación (en nuestra legislación: legítima defensa, estado de necesidad y las que determine el Código Orgánico Integral Penal).

**3. Sobre la culpabilidad.** - Se refiere al daño causado por un individuo a otro, violando un derecho o bien jurídico e implica que una persona podría haber optado por actuar de manera diferente, sin infringir la ley y no lo hace.

El artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal establece: *“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”* (COIP, 2023).

En esta línea, la culpabilidad, conforme lo estipula el artículo 34 del COIP, regula el marco de la responsabilidad penal, delimitando los presupuestos para sancionar actos con relevancia penal y carentes de causa de justificación, es decir la responsabilidad recae sobre individuos imputables que, poseyendo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y con pleno conocimiento de la prohibición normativa, optan por ejecutar la acción, haciéndose merecedores de un reproche penal del Estado a través del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

En este sentido, Roxin (2000) lo define como:

*“La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía al-*

*canzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico penal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V.gr. en el estado de necesidad disculpante (...) el legislador parte — con razón — de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho. Si no, no podría exigir que se actúe conforme a Derecho y que se soporte peligro en los casos del (...) sin infringir el principio de culpabilidad” . (p. 791)*

Para efectos de esta investigación, la atribución de responsabilidad penal en el enriquecimiento privado no justificado depende de un examen integral de los elementos constitutivos del delito, considerando responsables a quienes, tras un aumento injustificado de activos, actúa con dolo y afecta el ordenamiento económico del Estado y que una vez superado el juicio de antijuridicidad por falta de justificación legal, centrar su análisis en la culpabilidad del sujeto imputable, quien, pudiendo haber adecuado su conducta al derecho, optó por la vía de vulneración de la norma.

En este sentido, es deber de los operadores de justicia garantizar una adecuada aplicación de la teoría del delito y garantizar las garantías del debido proceso, debiendo considerar la coexistencia de este ilícito con la defraudación tributaria en el COIP, lo que motiva un análisis comparativo profundo, motivado por sentencias de casación que han rectificado sentencias de enriquecimiento en favor de investigaciones por defraudación tributaria. No obstante, este artículo se propone también dilucidar si la estructura de este tipo penal colisiona con el principio de inocencia al obligar, *de facto*, al procesado a probar el origen de sus bienes en la investigación (invirtiendo intrínsecamente la carga de la prueba).

## LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS

En el panorama jurídico global se establece que todo individuo acusado de una infracción debe gozar del derecho a defensa oportuna, con todos los medios disponibles y de su elección, además de no ser objeto de juicios anticipados o mediáticos, salvaguardando los principios del debido proceso; esta presunción rige hasta que una resolución judicial, debidamente fundamentada (en firme), declare la culpabilidad del procesado.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) blinda y resguarda este derecho en su artículo 76, numeral 2, al disponer que toda persona será tratada como inocente mientras no exista una sentencia ejecutoriada que determine su responsabilidad, configurándose la trascendencia de este principio en el Derecho Penal que es de carácter absoluta, no solo como la valoración exhaustiva de la prueba y la convicción plena del juzgador en la etapa de juicio pueden desvirtuar este estado, sino manteniendo al sujeto en la condición de inocente durante todas las fases del proceso penal

En paralelo, el principio de culpabilidad actúa como un dique de contención frente a la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*), ya que este principio exige que, para la imposición de una pena, el hecho ilícito sea plenamente atribuible al autor a título de reproche, siendo imprescindible entender sus dos pilares fundamentales:

**Principio de personalidad de las penas:** Prohíbe la responsabilidad penal por actos ajenos.

**Principio de responsabilidad por el hecho:** Establece que el Derecho Penal sanciona conductas y hechos fácticos (con sus elementos dolosos o culposos), rechazando cualquier castigo basado en la “forma de ser” o la pertenencia a un grupo (Derecho Penal de autor).

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-387 de 2014) refuerza la idea de que la presunción de inocencia es un mecanismo de salvaguarda de la libertad y el debido proceso frente a la arbitrariedad, ya que en un sistema democrático y de derechos, la inocencia trasciende todas las instancias y solo se extingue cuando la sentencia adquiere firmeza (ejecutoriedad), incluso tras el agotamiento de recursos como la apelación y la casación.

El proceso penal colombiano es similar al ecuatoriano, cuya estructura posee etapas claras: indagación (nuestra investigación previa), investigación (nuestra instrucción fiscal) y juicio (etapa principal), con audiencias intermedias de acusación y preparación (nuestra audiencia de preparación y evaluación de juicios), siendo importante en cualquiera de estos dos procesos garantizar que el procesado o los imputados lleguen al juicio oral protegidos por sus garantías constitucionales.

Siguiendo esta línea garantista, la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia 53-20-IN/21) y la Corte IDH han señalado que el Estado tiene prohibido emitir juicios de valor o condenas informales ante la sociedad antes de acreditar la responsabilidad penal conforme a la ley y de acuerdo a lo que determina la Constitución y la norma interna.

Bajo estas consideraciones resulta imperativo que todos los componentes del tipo penal sean probados fehacientemente, lo que nos permite realizar presunciones fundamentadas sobre estos elementos, como ocurre en la verificación de ciertas agravantes; de lo contrario, los actos investigativos resultarían inconstitucionales; por tanto, es posible afirmar que el principio de culpabilidad se sostiene en una tríada: la presunción de inocencia, el libre desarrollo de la personalidad y la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

En este contexto, el profesor Ricardo Vaca Andrade sobre esta tríada indica:

*“El razonamiento de los autores y estudiosos no es de fácil comprensión para ciertos – no pocos, lamentablemente – miembros de los distintos cuerpos de investigación con que cuenta nuestra policía, e inclusive para algunos fiscales o jueces, quienes al investigar el hecho denunciado o en la etapa de Instrucción, llegan a exigir al sospechoso o procesado, o a su abogado defensor que presente pruebas para demostrar su inocencia. Para estas personas, desde el momento en que se inicia el proceso y se señala a un ciudadano como presunto responsable se cambia la presunción de inocencia en presunción de culpabilidad; y por ello se exige que, por todos los medios posibles, legales o ilegales, morales o inmorales, privado de la libertad e impotente como está, muchas veces, el ciudadano presente pruebas de descargo para demostrar que es inocente (...) Lamentablemente, la norma es una y la realidad es otra. Al sujeto cuya conducta o comportamiento ha despertado sospechas se le somete a torturas físicas y mentales; y luego, como si haber pasado por manos de la “investigación policial” no fuese suficiente martirio, se le introduce en un largo y complicado proceso penal obligándole a que presente pruebas para demostrar que no es culpable, pues, si no lo hace se pone en grave peligro de ser condenado, o cuando menos, de ser llamado a juicio, sobre la base de presunciones de culpabilidad (Vaca, 2014, p. 49, 50)”.*

Un tema controvertido y un desafío crítico es la condena social previa, la Corte IDH advierte que la exposición mediática de sospechosos (por ejemplo, con uniformes carcelarios o esposas en redes o medios de comunicación) genera un prejuicio colectivo difícil de revertir,

incluso tras una sentencia de inocencia; por lo que, para mitigar estos efectos, tanto en el Derecho Anglosajón como en el ecuatoriano (Art. 466 del COIP) han implementado protocolos como la Cámara de Gesell, donde se procura que los imputados vistan prendas neutras (prendas de colores y diseño particular) y que los demás participantes tengan características similares para evitar que el testigo sea condicionado por su apariencia de “procesado” y asegurar que la identificación no sea fruto de un sesgo.

A pesar de los avances normativos en Ecuador, la presión mediática sigue representando un riesgo para la imparcialidad judicial, ya que el fortalecimiento del principio de inocencia requiere no solo reformas legales, sino una evolución cultural y una capacitación constante de todos los operadores del sistema de justicia penal, siendo importante indicar que la aplicación correcta del delito de enriquecimiento privado no justificado, así como la vigencia de las garantías del debido proceso son el barómetro de la salud democrática y del respeto a los derechos humanos en un sistema penal.

## CONCLUSIONES

Uno de los hallazgos fundamentales de este es que el tipo penal de enriquecimiento privado no justificado (Art. 297 del COIP) no conlleva, por regla general, una inversión del *onus probandi*, ni una transgresión al estado de inocencia.

No obstante, se identifican escenarios excepcionales, particularmente en situaciones de flagrancia relacionadas con la tenencia o transporte de activos de gran cuantía. En estos supuestos, el ciudadano se ve compelido a acreditar el origen lícito de los valores ante la fiscalía; de lo contrario, la insuficiencia de dicha explicación deriva en su judicialización inmediata.

Pese a estas particularidades, la investigación reafirma la vigencia del sistema acusatorio ecuatoriano, donde la carga de la prueba recae sobre la fiscalía, quien debe desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, ya que da la naturaleza del Derecho Penal, resulta improcedente importar mecanismos de carga dinámica propios del derecho civil; lo que nos lleva a que sea imperativo que el Estado tutele el derecho a la defensa, permitiendo que el procesado opte libremente por la estrategia que mejor ampare sus derechos constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General II. Teoría jurídica del delito*. 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 2005.
- Guamán, S. *Análisis de los requisitos de culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal*. 2015, [www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/4952](http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/4952).
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*. Editorial Universitas, 2004.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7.<sup>a</sup> ed., Reppertor, 2005.
- Plascencia, Raúl. *Teoría del Delito*. 2020, [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf).
- Rodríguez, Felipe. *Curso de Derecho Penal: Parte General. Teoría del Delito*. Tomo II, Editorial Cevallos, 2022.

Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Civitas, 2000.

Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal*. Tomo I, Ediciones Legales EDLE, 2014.

## **INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES**

1. Revista Derecho Penal Central es una publicación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, que difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.
2. Al presentar sus contribuciones a la revista Derecho Penal Central, los autores declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas y la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Si el autor llegare a presentar un artículo ya publicado en otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec a la atención de Revista Derecho Penal Central
4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:
  - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio e incluirán en su primera página título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones en revista Derecho Penal Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la Modern Language Association (mla) o del Modelo Editorial Latino (ml) de pie de página.
  - Deberán ser escritos en formato .doc (Microsoft Word), en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1,0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
  - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
  - Debido a que la revista Derecho Penal Central se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.
  - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
  - Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser: «publicable», «no publicable» o «publicable con observaciones».
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial o un miembro del consejo y otro que será escogido por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
  - si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación;
  - comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar); y
  - sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).





Este libro, que usó tipografía *Palatino* tamaño 11, se terminó de diagramar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de marzo de 2026 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Patricio Espinosa y director de Editorial Universitaria MSc. Edison Benavides.

