



# UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

## **Análisis Jurídico de la Autoría Mediata en las Organizaciones Criminales en el Ecuador**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de:  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:  
Dr. Álvaro Román

**AUTORA:**  
**ANDREA ELIZABETH LÓPEZ JARAMILLO**

Año  
2012

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

Álvaro Román  
Doctor  
C.I.: 170726178-8

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Andrea López  
C.I.: 172008388-8

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por haberme dado la vida y ser mi compañero en cada amanecer, llenándome siempre de bendiciones y alegrías.

A mi papá, por brindarme siempre todo su apoyo y acompañarme en cada etapa de mi vida siendo un padre ejemplar y mi base de formación.

A mi mamá, por ser mi mejor amiga y maestra en la vida, enseñándome el camino correcto e inculcándome que el éxito no termina nunca.

A mis hermanos, por compartir maravillosas vivencias y guiarme con sus sabios ejemplos siendo además mis amigos y mejores consejeros.

Al Dr. Álvaro Román, por creer en este proyecto aportando con sus valiosos aportes, críticas, correcciones y sugerencias.

A mis profesores y a la Universidad de las Américas, alma mater, especialmente a mi Escuela de Derecho, en la que me formé como profesional y sobre todo como persona.

## **DEDICATORIA**

Mi tesis se la dedico primero a Dios, quien me dio la oportunidad de vivir y tener una familia maravillosa.

Con mucho cariño y especialmente a mis padres, quienes me dieron la vida y han estado conmigo en todo momento, dándome la educación y una carrera para mi futuro, gracias por creer en mí, apoyándome con todo su amor para cumplir con mis objetivos como persona y profesional. A mis hermanos por acompañarme en el largo camino, brindándome todo su cariño y enseñándome que la vida está llena de satisfacciones. A mis cuñados y sobrinos, quienes han llenado la casa con amor y alegría. Y a todos aquellos amigos que compartieron tantos momentos agradables durante los cinco años de estudios, gracias de todo corazón por hacer que este sueño se convierta en realidad.

## RESUMEN

La presente investigación, se realizó con el objetivo de dar a conocer una nueva figura legal en nuestra legislación ecuatoriana, que ha sido analizada y acogida en legislaciones extranjeras. La Autoría Mediata en Organizaciones Criminales, se enfoca en el estudio y análisis de la participación criminal en el Código Penal, y específicamente la actuación delictiva de un líder dentro de una organización criminal clandestina fuera del marco de la ley.

En el primer capítulo se analiza en un contexto general la potestad punitiva del estado, así como sus limitantes, con énfasis en el delito, desde el punto de vista criminológico y sociológico. En el segundo capítulo se examina al autor, las teorías de la autoría y se realiza una breve referencia de la figura de autoría mediata y la polémica de ésta. El tercer capítulo se centra básicamente en la estructura, características y formas de autoría mediata haciendo una importante distinción con otras figuras penales como la inducción y coautoría. Y finalmente en el cuarto capítulo se exponen los criterios de la autoría mediata a través de organizaciones criminales, analizando el crimen organizado en nuestra legislación y destacando dos jurisprudencias importantes, tanto a nivel nacional como internacional, las mismas que fueron un pilar importante para la propuesta de reforma a nuestro Código Penal.

## SUMMARY

This research was performed in order to present a new legal figure in our Ecuadorian law, which has been tested and accepted in foreign law. Authorship Mediate in Criminal Organizations focuses on the study and analysis of criminal involvement in the Criminal Code, and specifically the criminal actions of a leader in a clandestine criminal organization outside the framework of the law.

The first chapter discusses in a general context the punitive power of the state, and its limitations, with emphasis on the offense, from the standpoint of criminology and sociology. In the second chapter the author examines the theories of authorship and is a brief reference to the figure of authorship and mediates this controversy. The third chapter focuses primarily on the structure, characteristics and forms of mediated authorship making an important distinction with other criminal as induction and co-authorship. And finally in the fourth chapter discusses the authorship criteria mediate through criminal organizations, analyzing organized crime in our legislation and jurisprudence highlighting two important both nationally and internationally, they were an important basis for the proposal to reform the penal code.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>2</b>
<b>1 NOCIONES GENERALES DEL DELITO .....</b>	<b>2</b>
1.1 QUÉ ES EL IUS PUNIENDI .....	2
1.2 PRINCIPIOS PENALES LIMITANTES DEL IUS PUNIENDI .....	3
1.3 EL DELITO .....	6
1.4 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD .....	9
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>14</b>
<b>2 NOCIONES GENERALES DE LA AUTORÍA .....</b>	<b>14</b>
2.1 BREVE REFERENCIA DE LA AUTORIA .....	14
2.2 CONCEPTO DE AUTOR .....	15
2.3 TEORÍAS DE LA AUTORÍA .....	18
2.4 LA COAUTORÍA .....	23
2.5 LA INSTIGACIÓN .....	25
2.6 LA AUTORIA MEDIATA .....	26
2.7 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO .....	28
2.8 FIGURA DE AUTOR TRAS EL AUTOR Y LA POLEMICA DE ÉSTA .....	31
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>33</b>
<b>3 LA AUTORÍA MEDIATA .....</b>	<b>33</b>
3.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA AUTORÍA MEDIATA .....	33
3.2 ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA .....	35
3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORÍA MEDIATA .....	37
3.4 FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA .....	38
3.5 CONCEPTOS DE COAUTOR Y DISTINCIÓN CON LA AUTORÍA MEDIATA .....	42
3.6 CONCEPTOS DE INDUCCIÓN Y DISTINCIÓN CON LA AUTORÍA MEDIATA .....	45
3.7 REGULACIÓN LEGAL Art. 42 DEL CODIGO PENAL .....	46
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>51</b>
<b>4 LA AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE ORGANIZACIONES CRIMINALES .....</b>	<b>51</b>



4.1	ORGANIZACIONES CRIMINALES: CONCEPTO.....	51
4.2	CONSTRUCCIÓN DE ORGANIZACIONES CRIMINALES.....	55
4.3	LA AUTORIA MEDIATA MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.....	57
4.4	REQUISITOS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES.....	59
4.5	FIGURAS PENALES RELATIVAS A LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	63
4.6	ESTRUCTURA DEL DELITO DE NARCOTRÁFICO VINCULADO A ORGANIZACIONES CRIMINALES (SITUACIÓN ESPECÍFICA DE AUTORÍA MEDIATA DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL).....	70
4.7	JURISPRUDENCIA (TRÁFICO DE PERSONAS) ANÁLISIS DE LA FIGURA DE AUTOR MEDIATO EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	74
4.8	JURISPRUDENCIA CASO ALBERTO FUJIMORI (ANÁLISIS DE LA FIGURA DE AUTOR MEDIATO).....	77
4.9	AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS EN ALGUNOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA (ACEPTACIÓN DE LA DOCTRINA).....	82
4.10	PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL.....	84
<b>CAPITULO V.....</b>		<b>86</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>86</b>
5.1	CONCLUSIONES.....	86
5.2	RECOMENDACIONES.....	89
<b>Bibliografía.....</b>		<b>90</b>

## INTRODUCCIÓN

Cuarenta y cinco años atrás, Roxin saca a relucir su construcción de un esquema llamado “La Autoría Mediata por aparatos de poder jerarquizados, desde ese entonces han existido diferentes doctrinas, opiniones, análisis, argumentos a favor y en contra de esta teoría y de si debe o no ser aplicada para casos concretos.

En nuestro país no existe la definición de autoría mediata, ni un análisis a la aplicación de ella. En el actual Código Penal se tiene la definición de tres tipos de responsabilidad: autoría, complicidad y encubrimiento. Fundamento legal con el que se ha condenado a miles de infractores.

En relación a la autoría mediata, la doctrina ha reconocido en casos concretos la satisfactoria aplicación de esta figura, incluyendo además, tres tipos de autoría mediata. El primer tipo es el del “dominio por error”, en la que el autor mediato domina la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que este realiza, es decir un significado distinto al que realmente es. El segundo, lo llaman “dominio por coacción”, que quiere decir que el hombre de atrás (autor mediato) direcciona la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar. Por último, el tercer tipo es llamado “autoría mediata por dominio en aparatos de poder organizados, cuyas características, presupuestos y requisitos serán objeto del análisis del presente trabajo.

# CAPÍTULO I

## 1 NOCIONES GENERALES DEL DELITO

### 1.1 QUÉ ES EL IUS PUNIENDI

La Constitución de la República establece principios y garantías que cada ciudadano debe cumplir y hacer cumplir, y la doctrina ha venido desarrollando una concepción importante sobre los principios penales, para regir a las conductas de la sociedad que pueden ser o no, contrarias al ordenamiento jurídico. La palabra castigo, que es asociada con la palabra ius puniendi, viene desde hace siglos atrás, y es una palabra utilizada hasta el día de hoy como consecuencia de una mala acción, especialmente tratándose de la criminalidad. El Estado, quien es el que tiene el control social, ejerce una serie de facultades para expresar su soberanía, y existen momentos en que una intervención por parte del Estado es fundamental, especialmente en el Derecho Penal, en donde se trata de reprimir ciertas actividades que operan fuera del marco de la ley.

En cuanto a la definición de ius Puniendi, el autor Mir Piug expresa que:

... se trata de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. (Gómez Ángela, 2011).

Muñoz Conde agrega que el ius Puniendi, “proviene del modelo fijado en la Constitución y de los pactos o tratados internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, (...) que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.” (Gómez Ángela, 2011).

El *Ius Puniendi*, es un término latino; *ius* es igual a DERECHO, y *puniendi* es igual a CASTIGO, lo que significa potestad punitiva. Es la facultad que tiene un Estado de sancionar el cometimiento de un delito, a través de un determinado sujeto u organismo, para imponer las respectivas medidas de seguridad o en su defecto una pena ante la comisión de delitos. Con esto se quiere decir, que este término se convierte en el ejercicio de un derecho subjetivo que posee el Estado, al imponer acciones que restrinjan actividades delincuenciales.

El reproche de culpabilidad es el término usado para asignar el castigo a un individuo que de acuerdo a normas constitucionales y penales comete un delito. Esta facultad subjetiva del Estado se puede convertir en una problemática al momento de impartir la pena, ya que implica una estrecha relación en cuanto al individuo o sociedad con el Estado punitivo, en donde éste último puede adoptar valores o reglas que pueden ser diferentes a los valores de la sociedad. Lo cierto es que la facultad sancionadora sirve para evitar que en la convivencia entre humanos, exista un mayor número de actividades ilícitas que opaquen la seguridad ciudadana.

La protección de los bienes jurídicos se ha vuelto tarea primordial del Estado, es así como se trata de garantizar y proteger a la sociedad de los delincuentes y prevenir de manera general y específica la realización de cualquier acto delictivo. El castigo ante determinadas conductas, sirven para corregir tales actuaciones y es así como se establecen algunos principios importantes que ponen límite a este poder o facultad del Estado de imponer penas.

## **1.2 PRINCIPIOS PENALES LIMITANTES DEL IUS PUNIENDI**

Como ya se ha visto, el *Ius Puniendi* es una facultad subjetiva, el Estado de derecho vela por los intereses de los ciudadanos, especialmente precautelando sus vidas y demás bienes jurídicos que podrían ser perjudicados. Para Ferrajoli, el poder punitivo aparece desde los tiempos del iusnaturalismo de la Ilustración en los siglos XVII y XVIII, en donde se encuentran varios principios incorporados actualmente en algunos Estados de derecho, tales como:

“nulla poena sine crimine”,		no hay pena si no hay acusación
“nullum crimen sine lege”	→	no hay delito si no hay ley
“nulla lex (poenalis) sine necessitate”	→	no hay ley si no hay necesidad
“nulla necessitas sine iniuria”	→	no hay necesidad sin lesión
“nulla iniuria sine actione”	→	no hay lesión sin acción
“nulla actio sine culpa”	→	no hay acción si no hay culpa
“nulla culpa sine iudicio”	→	no hay culpa si no hay juicio
“nullum iudicium sine accusatione”	→	no hay juicio sin acusación
“nulla accusatio sine probatione”	→	no hay acusación sin prueba
“nulla probatio sine defensione”	→	no hay prueba sin defensión”

(Gómez Ángela, 2011).

Estos principios coinciden con otros aplicados en la actualidad por varias legislaciones, especialmente en la nuestra, que está enmarcada en un sistema garantista, donde se puede encontrar las siguientes:

Principio de Legalidad: Este principio supone que únicamente la Ley previamente aprobada por el Parlamento está encargada de tipificar los delitos y establecer las sanciones para cada uno de ellos. Al momento de su materialización en la ley suprema, crea en los individuos una coacción, un sentimiento psicológico de lo que deben hacer y no hacer, esto es importante para la prevención de delitos ya que positiviza las conductas y acciones para el conocimiento de todos los ciudadanos. Será delito lo que se establece en las leyes penales. (Cubas Juan, 2011)

Como ejemplo aplicado de este principio, se tiene al Art. 76 numeral 3 de la **Constitución de la República del Ecuador** que textualmente dice:

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:

...3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como

infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento...”.

**El Código Penal ecuatoriano** en su Art. 2 señala expresamente que: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida...”

**El Código de Procedimiento Penal** igualmente en su Art. 2 manifiesta que: “Legalidad.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto...”

Principio de Lesividad: O también llamado de exclusiva protección de bienes jurídicos, trata de mantener el buen desarrollo de la vida social entre los ciudadanos, precautelando la vida y demás bienes jurídicos de las personas; es así como se ponen las cartas en el asunto cuando uno de los bienes jurídicos establecidos en la ley como tales se encuentra en peligro, o haya sido lesionado por conductas ilícitas. Si no se ha comprobado la existencia de violación a ellos, no se podrá establecer responsabilidad penal. ([http://www.slideshare.net/catita\\_potter](http://www.slideshare.net/catita_potter))

Principio de Subsidiariedad: Este principio también llamado de la mínima intervención, trata de que el Derecho Penal sea única y estrictamente usado como último recurso con respecto a un conflicto, cuando éste sea extraordinariamente grave, y cuando los demás recursos utilizados para la solución del mismo hayan fracasado, es decir, solo para los casos o ataques específicamente graves.

Principio de Efectividad: Este principio cumple con la finalidad de lograr que el Derecho Penal sea eficaz y tenga capacidad para realizar su tarea en la protección de bienes jurídicos. (Kelsen Hans, 1995, p. 143)

Principio In Dubio Pro Reo: Significa que en materia penal, cuando exista duda en algún caso concreto en el que se quiera acusar a un individuo por un acto delictivo, se actuará en beneficio del reo o la norma deberá ser interpretada a favor del mismo.

Principio de Proporcionalidad: Sirve para establecer una pena proporcional al delito. Se debe respetar la eficacia del Derecho Penal, es así, como la pena debe ir acorde a la gravedad de la conducta delictiva que levanta alarma social ante los ciudadanos. Proporcionalidad entre infracción y sanción.

Principio de Culpabilidad: Se relaciona con el principio de igualdad y proporcionalidad. Además de existir proporcionalidad entre el delito y la pena, igualmente debe existir proporcionalidad en la culpabilidad del individuo con la pena. Tiene que ver con la responsabilidad penal, pues no hay culpabilidad sin responsabilidad. (Fernández Mónica, 2011).

Principio de Responsabilidad por el Hecho: Está íntimamente ligado con el principio de culpabilidad, pues como ya se dijo anteriormente, debe existir la infracción que ponga en peligro cualquiera de los bienes jurídicos en un acto, para que se le asigne la responsabilidad y con ella la culpabilidad al infractor.

Principio de Humanidad y Resocialización: Este principio tiene mucho que ver con los derechos humanos, pues el Derecho Penal, además de tratar la prevención delictiva, lo que hace es garantizar los derechos que tiene el delincuente en un Estado social y democrático. Además el punto focal es también la resocialización del individuo para evitar que este vuelva a delinquir, mediante un tratamiento especial penitenciario.

### **1.3 EL DELITO**

Al hablar de la sociedad, de las reglas, de las desviaciones conductuales normales, se toma en cuenta que nos encontramos en un medio donde la

seguridad personal se ha convertido en una lucha incansable, especialmente en los países subdesarrollados, donde cometer un acto ilícito, desde el robo de un simple celular hasta la cruel muerte de una persona, es tema de actualidad día tras día, razón por la cuál es necesario hacer un breve análisis de lo que es un delito, para adentrarnos en lo que tiene que ver con organizaciones criminales o también llamada delincuencia organizada.

Delito en términos generales se refiere a una conducta peligrosa que la sociedad la considera como contraria a sus principios, a sus valores, y que por ende, la persona que la realice debe tener un castigo, una sanción ya sea moral o material. En términos legales y de acuerdo a la doctrina y legislación, el delito es un acto, una conducta que posee tres características esenciales, que con la ausencia de ellas no constituiría la figura de delito. Estas son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En primer lugar se encuentra la acción, que es el centro de estas características que posee el delito. La evolución de la teoría del delito ha dado un gran giro en cuanto a la doctrina, y tomando como base la teoría finalista, se considera a la acción como “aquel acto basado en la dirección del comportamiento del autor con una finalidad previa” (Núñez de Arco José, 2011). El acto no es más que una conducta humana que al hacerlo, causa un resultado, pero en este caso es necesario el conocimiento y el dominio de la situación para alcanzar el objetivo.

La tipicidad se refiere a que debe existir un tipo que la describa, una figura que se puede encontrar en nuestro Código Penal y que encaje perfectamente con la palabra delito. Es decir, el hecho esta previsto en la ley y este debe constituir la existencia de un delito. Característica que a mi parecer tiene mucha relación con el principio de legalidad, dado a que el acto delictivo debe estar establecido en la norma, materializado.



La antijuridicidad contempla la peligrosidad de la conducta, el hecho debe contrariar la norma jurídica. Y para que sea antijurídico, la conducta debe ser típica ya que con ella se confirma la descripción del tipo penal de la norma, y se podrá considerar si el acto fue realizado conforme a derecho o por el contrario, viola la norma descrita en la legislación.

La culpabilidad se refiere al reproche contra el autor por el hecho ilícito realizado, es así que son necesarias las dos características anteriores para llegar a la culpabilidad. Está relacionada con la responsabilidad, ya que lo que trata es de atribuir la culpa o responsabilidad penal a determinada persona por el hecho injusto, y la realización de éste, viene a ser necesario para la existencia del delito.

Por ello, el análisis general del delito es importante para entender su esencia, y adentrarnos en el fenómeno delictivo. La lucha contra él cada vez es más avanzada gracias al desarrollo de la doctrina y al desarrollo mismo de las legislaciones. El delito se encuentra enmarcado de violencia dentro de una sociedad, manifestado por diversas causas que transgreden las normas jurídicas en un Estado subdesarrollado, que trata de ampliar y concretar el tema de grupos delictivos organizados para frenar el cometimiento de delitos.

En el Ecuador, los índices delincuenciales ascienden por diversos motivos que pueden ser el desarrollo mismo de la sociedad, los malos gobiernos, la ambición, la tecnología, entre otros, aspectos que han causado desempleo y por ende delincuencia, violaciones, asesinatos, asaltos, actos que han ido violando por repetidas veces las normas que la Constitución de la República emana, convirtiéndose nuestro país en un sistema cada vez más represivo. En delitos de acción pública, la Fiscalía es la institución que representa al Estado, con fines de investigación para lograr una sentencia condenatoria al implicado en un hecho delictivo. Lo cierto es que nuestra legislación en ciertos aspectos, a la hora de responsabilizar a un supuesto delincuente, carece de normas

jurídicas que le permitan al juez tener los suficientes elementos para dar una sentencia a plena satisfacción.

#### **1.4 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

Con todos los principios expuestos en líneas anteriores, es necesario analizar con mayor profundidad el de Culpabilidad, término que envuelve ciertas características importantes para relacionarlo con la responsabilidad penal.

Como ya se conoce, el delito es un acto típico, antijurídico y culpable, y ante el cometimiento de este, es necesario asumir la imposición de una pena respectiva equivalente con al acto, a la cual la persona que lo realiza debe someterse, luego de un proceso en el que haya sido declarado culpable.

Para la imposición de una pena, que como ya se dijo, es la principal consecuencia penal ante el cometimiento de un delito, no basta que la comisión del hecho sea típica y antijurídica, siendo así que un hecho con estas dos características quede exento de responsabilidad penal. Es decir que no es suficiente la antijuridicidad y la tipicidad, ya que siempre será necesaria una tercera categoría cuya aplicación dará lugar a la imposición de una pena y es la culpabilidad.

El examen de culpabilidad envuelve la cuestión de si un hecho puede ser atribuible personalmente al autor, es así que ésta se enmarca en una valoración negativa en cuanto al autor, por no haber tenido una conducta conforme a lo que la ley exige, es decir, conforme a Derecho.

Durante la época antigua, se crea una concepción de culpabilidad, basada en un principio fundamental que ha tenido trascendencia hasta las legislaciones modernas, y es que no puede existir delito sin culpa (*nullum crimen sine culpa* – no hay delito sin culpabilidad). Posteriormente en la edad media, aparece un concepto de culpabilidad con una mejor estructura, siendo anfitrión el derecho

penal italiano, brindando una teoría al respecto, la misma que perduro durante siglos posteriores.

En el siglo XX, se da inicio a un concepto más normativo de culpabilidad, cuyo representante fue Frank y posteriormente Goldschmidt. Luego Freudenthal desarrolla un concepto de culpabilidad al decir que “culpabilidad consiste precisamente en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma” (Aguilar Miguel, 2005, p. 348). Es decir, supone la valoración negativa formulada al autor por la inobservancia del Derecho en su conducta.

Sin embargo, esta definición acertada de culpabilidad tuvo mas desarrollo en la doctrina finalista, en la que relaciona al hecho con la actitud deficiente interna de la persona, de la que nace la decisión de realizar la conducta delictiva, y pone énfasis en la reprochabilidad del delito. Por tanto se establecieron algunos presupuestos tales como la imputabilidad como presupuesto de la reprochabilidad, la cognoscibilidad del hecho humano que aparenta ser ilícito, y la omisión de una causa de no exigibilidad de otra conducta, como por ejemplo el estado de necesidad.

Como consecuencia de lo dicho, después del acto delictivo debe venir un reproche de culpabilidad, un principio reconocido y aceptado por la sociedad y será un Juez el que de acuerdo al estudio pormenorizado de los hechos y circunstancias del caso, y en base a un análisis e interpretación lógica del sentido de la ley, dictaminara si una persona es o no culpable del cometimiento de un delito.

Por otro lado, Jakobs relaciona al principio de culpabilidad con el fin, que en este caso seria el reconocimiento de la norma, pero para poder determinar la culpabilidad tiene que definirse la persona a la que correspondería cargar con el peso del conflicto. Es así, que asignando la culpabilidad y el respectivo

castigo al comportamiento delictivo, se puede nuevamente estabilizar la confianza en el orden jurídico que ha sido destruido por éste.

La culpabilidad para el autor Miguel Ángel Aguilar López, constituye “el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y culpable sea penalmente responsable de la misma” (Aguilar Miguel, 2005, p. 353), concepto corto y claro para determinar cuando una persona es culpable del cometimiento de un delito tipificado en la ley.

El principio de culpabilidad está estrictamente relacionado con el principio de responsabilidad. Nuestro **Código Penal**, en su artículo 32 manifiesta que “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia. La ley señala claramente dos presupuestos que se deben cumplir para que un individuo pueda ser o no considerado como culpable, voluntad se refiere a “la potencia o facultad de alma que lleva a obrar o a abstenerse”. (<http://www.wordreference.com>). Mientras que conciencia, “es el conocimiento que el ser humano posee sobre sí mismo, sobre su existencia y su relación con el mundo”. (<http://www.wordreference.com>)

A la culpabilidad se la puede definir como un “juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (Plascencia Raúl, 2004). De ello se desprende la culpabilidad formal y la culpabilidad material; la primera trata de el ámbito subjetivo, es decir, presupuestos que el ordenamiento jurídico admite como válidos para que al sujeto pueda serle imputado subjetivamente la realización de un hecho ilícito, en tanto que en la culpabilidad material, entran a consideración características específicas de la acción o del autor, para fundamentar dicha culpabilidad.

Para Hans – Heinrich Jescheck:

... el concepto de culpabilidad se subdivide en el principio de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medida de la pena. El primero afirma que la pena criminal solo puede ser fundamentada si al autor le puede ser reprochado el hecho y que la pena solo es admisible dentro de los límites de la culpabilidad. La culpabilidad como fundamento de la pena es la encarnación de los requisitos que pueden excluir o fundamentar la reprochabilidad del hecho en atención a la existencia de la amenaza penal. Finalmente, la culpabilidad como medida de la pena es el conjunto de las circunstancias que responsabilizan al autor y que son tenidas en cuenta en la determinación de la pena. (Heinrich Jescheck, 2002, p. 434).

La responsabilidad es un principio que va de la mano con el de culpabilidad y funcionan de manera secuencial. Se trata en términos generales de la facultad de asumir un hecho realizado por nosotros, sea este malo o bueno. Cabanellas, menciona un significado básico de responsabilidad como la *“obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”*. Este concepto conlleva a la reparación de un daño, pero cuando habla de un concepto de responsabilidad criminal, dice que es *“la aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable y carente de excusa absolutoria”*. (Cabanellas Guillermo, 2003, p. 103). De esta acepción se puede establecer la relación entre estos dos principios penales, ya que la persona que sea declarada como culpable será penalmente responsable de la reparación del daño causado.

El artículo 76 de la **Constitución**, señala las garantías básicas incluidas en el debido proceso, y en su numeral dos claramente manifiesta: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*. Dicha acepción, nos otorga un significado amplio en cuanto a las consecuencias penales de la ejecución de un delito, y el lugar de inocencia que ocupa toda persona hasta no ser declarada judicialmente responsable.

La Responsabilidad Penal, acepta la imposición de una pena frente al cometimiento de un delito, impone un examen de culpabilidad, para cuestionar si al autor puede serle reprochado un hecho, y como consecuencia de ello, si el autor no ha observado una conducta conforme a derecho, entra la figura de responsabilidad frente a esta valoración negativa. Ello quiere decir que no sólo es necesario la culpabilidad del autor, sino también la asignación de la pena respectiva.

Es así como el principio de culpabilidad constituye el conjunto de presupuestos o condiciones que ayudan a determinar que el autor de un acto típico, antijurídico y culpable es plenamente responsable del mismo. De este modo se puede comprender el desarrollo único que ha tenido esta teoría en la actualidad no solo en el ámbito teórico sino en la práctica jurisprudencial.

Saliendo un poco del tema doctrinario de la responsabilidad, se puede establecer, que el principio de culpabilidad encarna también un deber social, una obligación de responder ante la sociedad y el estado por nuestros actos, especialmente si no hemos actuado conforme a lo que la ley ordena, pues en ese momento se tiene que asumir con las consecuencias jurídicas.

## CAPÍTULO II

### 2 NOCIONES GENERALES DE LA AUTORÍA

#### 2.1 BREVE REFERENCIA DE LA AUTORIA

La vida en comunidad, el Estado, y las relaciones interpersonales se tornan cada vez más complejas, y esto conlleva a un desarrollo inesperado de la sociedad, gracias a la tecnología y la ciencia en los últimos años. Es así, como los actos, hechos y negocios jurídicos también van modificándose en base a este desarrollo; la doctrina jurídica también va tomando nuevas formas con el pasar del tiempo y con ello, se desprende el apareamiento de nuevas teorías doctrinales que en muchos casos resultan escasas para abordar el tema de las relaciones entre humanos y el Estado. De este modo la teoría del delito vuelve a cobrar fuerza en su estructura pero a su vez nacen cuestiones que no se han resuelto, como por ejemplo la relación de las personas en un delito.

Es presupuesto para el cometimiento de un delito, la intervención de una o varias personas, y se dice varias, porque cada vez los actos delictivos poseen una mejor estructura y condiciones en donde intervienen no solamente una, sino algunos delincuentes que adecuan sus acciones para lograr un fin concreto. Con este planteamiento, se puede decir que la persona que interviene es autor de un delito en particular, pero la problemática está cuando los que han tomado parte en la consumación son varios. La ardua investigación se hace más compleja y el proceso quizá más largo.

El problema al momento de determinar el grado de injerencia de una persona que actuó como criminal se resuelve mediante las normas legales, en este caso el Código Penal, y es así como los jueces penales elaboran sentencias condenatorias basándose en la ley, doctrina y jurisprudencia. Nuestro Código Penal establece una definición de autor un poco extensa que puede llegar a

crear un problema jurídico al momento de dictar una pena, confundiendo otras figuras tales como la instigación o la coautoría, pero que en todo caso, sirve de modelo para establecer la responsabilidad de un infractor en nuestro país.

## **2.2 CONCEPTO DE AUTOR**

En la actualidad, el índice de delitos cada vez se torna más alto, y el área penal se vuelve cada vez más amplia, es así como ha ido evolucionando aquella llamada teoría del delito, la cual establece presupuestos que deben concurrir para probar la existencia de un delito y por tanto calificado como tal. De tal manera que podemos afirmar que para la conformación de un delito es fundamental la existencia de una persona, de un ser humano que haya actuado de una manera que dio lugar a la consumación del mismo, o a su vez de varias personas. Existen delitos que necesitan de la concurrencia de muchas personas, por ejemplo la rebelión, tipificado en el Art. 218 del Código Penal; otros que requieren la actividad de dos personas, por ejemplo el duelo, tipificado en el Art. 481 del mismo Código. Tales formas son llamadas según Alberto A. Campos como participación, y sobre esto menciona que: “Para hablar de participación es preciso que alguien asuma al menos en una mayor medida que otros, el carácter de lo que podríamos llamar dirigente, conductor, líder.... Se colige pues que estos casos de pluralidad de individuos, uno será considerado autor y los demás partícipes del hecho” (Campos Alberto, p. 54). Esta afirmación lo discutiremos más adelante, y al momento nos enfocaremos en el concepto puro de autor.

Todos sabemos que al momento que se comete un delito, hay una acción y un accionante, el mismo que será la piedra angular del proceso penal seguido contra este. Por lo tanto es muy importante el estudio de la autoría y las definiciones o teorías que versan sobre este tema.

Un concepto interesante es el que realiza el autor Jiménez de Asúa, quien define al autor como “aquel que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito in species”. (<http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho>)



De acuerdo a este criterio, autor es el realizador de la conducta delictiva, es a quien un tipo penal lo señala como su realizador.

Para Guillermo Cabanellas, autor es “el sujeto activo del delito, y el que coopera a su realización como cómplice o autor moral” (Cabanellas Guillermo, 2003, p. 44). Se refiere al autor como el núcleo del tipo penal, que está íntimamente relacionado a la realización del hecho punible y al ser un sujeto activo se convierte en un elemento del delito, esta afirmación por parte de este autor además de ser corta deja una brecha abierta en cuanto a la interpretación de sujeto activo, pues no sabemos si puede ser uno o varios sujetos activos que participen en el cometimiento del delito, y no existe una especificación clara que nos permita deducir el real significado de sujeto activo en este concepto, por cuanto esta apreciación puede llegar a ser obsoleta.

La evolución del concepto de autor ha ido avanzando conforme a la doctrina, el causalismo y el finalismo son las principales teorías en cuanto a la autoría. En la doctrina penal, según el modelo causalista “es autor quien es causador de un delito” (Daza Carlos, 2011). Posteriormente nace la teoría del finalismo, mediante la cuál “la calidad de autor se caracteriza en virtud de la actuación final del sujeto perturbador del orden jurídico” (Daza Carlos, 2011). Teorías que se mencionarán posteriormente y más detallado.

Por otro lado, es necesario realizar un análisis algo importante, y se trata del concepto de sujeto activo que esta relacionado con el concepto de autor. Estas dos acepciones pueden estar íntimamente relacionados pero en la práctica no pueden tener el mismo nivel de significación, la apreciación de autor se relaciona por el hecho criminal cometido, es decir contiene la responsabilidad por el mismo, mientras que a mi parecer el sujeto activo es única y exclusivamente quien realiza la conducta típica, y puede o no ser considerada como autor.

El Art. 42 de nuestro **Código Penal** manifiesta que:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

Si lo analizamos desde el punto de vista de otra legislación, el Código Penal Español, específicamente en su Art. 28 se menciona que: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. (<http://abogadospenal.fullblog.com.ar>)

Al mencionar estos conceptos en ambas legislaciones, se llega a la conclusión de que la Legislación Española declara que la persona que realice el tipo penal será autor del delito y requerirá de un castigo, parece evidente que no podría existir mas autores que los reconocidos en este articulo pero a su vez, este concepto general de autor se complementa con cada tipo penal, ya que es deber de la doctrina y jurisprudencia determinar el alcance y contenido de la autoría. En nuestro Código Penal, el concepto de autor parece más amplio y

completo y a su vez, se torna más complejo, al mencionar la perpetración del delito, se está afirmando que se trata de la ejecución del mismo, por tanto la persona que ejecute el acto punible pues será considerado como autor.

A su vez entra en este concepto la instigación y coautoría, y con lo que a nuestro interés nos conviene saber, el artículo también hace mención de que es autor quien determine la perpetración del delito y lo efectúe valiéndose de otras personas, entonces surge la pregunta si ¿Encajaría esta afirmación en la figura de autoría mediata?

Como conclusión se puede establecer que autor es la persona que ejecuta la acción, quien quiere el hecho como propio, realizando el proceso de la lesión típica, del acto punible, es decir quien tiene interés en la producción del mismo, como lo dice Jiménez de Asúa y para saber si es o no acto punible, pues entra de por medio la teoría del delito.

También es importante tomar en cuenta el tipo penal, el cual ayuda a configurar la autoría, de acuerdo a características de cada uno de estos tipos penales, es por eso que la doctrina y jurisprudencia desempeñan un papel sumamente importante en la definición de autor, ya que cada vez surgen nuevas teorías y el derecho penal se desarrolla en todos sus ámbitos, por lo que las definiciones en las legislaciones pueden quedar obsoletas.

### **2.3 TEORÍAS DE LA AUTORÍA**

Una vez claro el concepto de autor, entraremos al análisis de las teorías de la autoría. La comisión de una conducta punible, se relaciona con el concurso de personas en el delito, cuando en la realización de este que supuestamente es descrito para que ejecute una sola persona, intervienen varias. Esta pluralidad de individuos intervinientes, está prevista en las formas de autoría y participación.

Pues bien, es importante aprender a diferenciar estos dos dentro del marco tan evolucionado de los mismos, ya que este estudio conducirá a obedecer a la necesidad de aplicar una pena justa y equitativa, el castigo que realmente corresponda a cada uno, analizando su concreta intervención en la ejecución del delito, de donde se deriva el grado de responsabilidad que correspondería a cada interviniente de acuerdo a su aporte y obviamente la pena respectiva que sin lugar a duda puede conllevar mucha polémica.

Esta diferenciación en cuanto a las formas de intervención, se da en la época de la Edad Media, donde se crean las bases sentadas en dos concepciones; la realización de una acción ejecutiva, o la realización de una acción de mero auxilio, posteriormente hasta la actualidad esta delimitación se plasma en el Código Penal Francés.

En la ejecución de una conducta punible, por un número plural de personas, los aportes de todos los intervinientes da lugar a las consecuencias, es decir al resultado, estos vienen a ser causa de dicho resultado, sin importar la intensidad del aporte de cada uno de para cometer el delito, siendo este una obra global, una tarea en conjunto. La doctrina ha ido evolucionando y desde esta perspectiva global del delito cometido, no se puede tener como autores a quienes han tenido menor aportación trascendental en el mismo y a su vez resulta poco convincente tener de partícipes a quienes han tenido una aportación tal que el hecho haya sido ejecutado como suyo, de tal manera que resulta imperativo diferenciar entre los autores y partícipes en la comisión de la conducta.

Es por esto que empieza a perfilarse el concepto de autor como “aquel que realiza el hecho, que viola directamente la norma y, al hacerlo, lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, en tanto que partícipe será aquel que colabora en la comisión de un delito ajeno” (Velásquez Jorge, 2010, p. 263)

El autor Alberto Campos, menciona que para hablar de participación se habla de colaboración, “la participación en el sentido propio de la palabra es colaborar, cooperar en algo ya dado, perfeccionado, completo, que no le hace falta nada para encuadrar en una figura delictiva” (Abeledo Campos, p. 55) y pues para hablar de participación es preciso que alguien asuma en mayor medida la figura de dirigente o líder, en este caso este último se puede considerar como una clase de autoría.

De todas estas acepciones, surgen diferencias fundamentales entre autoría y participación como figuras dentro de una conducta delictiva en la realidad jurídica y apego a la legalidad. De aquí derivan algunas teorías fundamentales en el desarrollo de esta distinción y las más importantes son las siguientes:

**Las teorías subjetivas:** Sugieren que la diferenciación entre estas dos figuras se da en un plano subjetivo, es decir autor será quien actúa con ánimo y voluntad de autor, mientras que partícipe, quien actúa con voluntad y ánimo de partícipe. Spindel es uno de los autores que más defiende las teorías subjetivas para esta distinción y la principal característica que lo lleva a diferenciar el uno con el otro es el interés del individuo en el hecho delictivo o en su caso, el dolo; es decir del propósito de cada uno de los intervinientes, si el delincuente actuó con ánimo de autor o de partícipe, eso influirá para la imputación personal.

Entonces se puede establecer que el ánimo se mide a través de dos teorías, la del dolo y la del interés. De acuerdo a la primera, el autor concurrirá con una voluntad autónoma y el partícipe con una voluntad dependiente de la del autor, es decir si el autor quiere la producción de un delito, el partícipe lo querrá; o en su defecto si no quiere el autor, el partícipe tampoco. (Bellatti Carlos, 2011).

En visión personal, esta teoría tiene poco desarrollo ya que entrar únicamente en la subjetividad del individuo puede ser muy complicado para efectos de determinar su responsabilidad, pues dependería exclusivamente de la intención

de cada uno de estos, lo cual resulta complejo y no viable, por lo que dicha escuela quedó obsoleta, a partir de las abundantes críticas a la doctrina en los casos “Badewannenfall” y “Staschynski”

**Las teorías restrictivas:** Estas teorías aparecen para confrontar la teoría de que no todos los intervinientes en un delito son autores, es decir limita el concepto de autor exclusivamente a quien sea realmente y poder diferenciarlo de los partícipes. En esta escuela empieza la distinción real entre autor y partícipe, dando características propias a la autoría para que pueda configurarse como tal, lo cual me parece una concepción acertada y viable que el accionar del individuo deba encajar en el tipo penal para que sea considerado autor.

**La teoría objetivo formal:** Menciona como fundamental el principio de legalidad, que básicamente expone en este caso y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, que el comportamiento debe coincidir con la descripción del tipo penal establecido en las leyes penales. Esta teoría es interesante ya que habla del comportamiento externo que adquiera la persona considerada autor para que sea considerada como tal, dicho comportamiento debe coincidir con la descripción del tipo penal, pero si no encaja en la definición legal y aun así aporta en su ejecución, debe ser considerado como partícipe. Además de incorporar el principio de legalidad dentro de estas figuras, la teoría objetivo formal, hace relación con el comportamiento de la persona que pueda abarcar todos los elementos de un tipo penal. Es decir el autor será quien lesione, quien mate, quien robe y el aporte para la realización de estos delitos lo hará la persona llamada partícipe.

**La teoría objetivo material:** Toma en consideración la peligrosidad para diferenciarlos, mayor peligrosidad para el bien jurídico tutelado, pues será autor y menor grado, será partícipe, además de la causa del resultado que encierra al autor y la aportación de la condición encierra al partícipe. El pilar fundamental en esta teoría es la llamada causalidad que estima que “entre las distintas

fuerzas que han contribuido a la causación del resultado se puede diferenciar entre causa y condiciones, afirma que en tanto el autor es la causa, el cómplice resulta ser la condición del resultado típico” (Bellatti Carlos, 2011). Se puede establecer que no se sabe a ciencia cierta si los procesos causales tienen importancia a la hora de determinar si el acto realizado ha sido la condición del resultado que se ha producido.

Por otro lado la peligrosidad dentro del hecho no se puede determinar solamente por los factores externos causales, sino también tiene participación la subjetividad, es decir, la planeación de los intervinientes en el delito. Lo que quiere decir que esta escuela dogmática ha dejado de lado una parte importante de la autoría y es la subjetividad del individuo y únicamente le da relevancia a lo objetivo.

**Las teorías mixtas:** Dentro de éstas, surgieron diferentes posiciones, una de las cuales fue la del dominio del hecho, la cual se basa en que el sujeto activo será quien tenga el dominio del hecho, el que puede decidir sobre aspectos fundamentales de la ejecución del delito o por el contrario interrumpir el mismo.

Con un breve análisis de las teorías señaladas, es preciso que para la distinción entre autor y participe, exista una base fundamental en el concepto de autor como el realizador del hecho punible, el causante del mismo, a quien o a quienes se atribuya la pertenencia de la consumación del delito.

El autor Esteban Pérez Alonso, menciona un principio que vendría a convertirse en fundamental en cuanto a la autoría y participación y es el de la accesoriadad. Este principio consiste en “tomar parte en el hecho ajeno realizado por el autor, la participación se concibe como un simple concepto de referencia, pues no puede hablarse de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa” (Pérez Alonso, 2006, p. 160)

El autor destaca tres tipos de accesoriedad:

Accesoriedad cuantitativa, que plantea que si el hecho se ha consumado en su totalidad, el partícipe responde sobre un delito consumado, mientras que si se ha realizado el hecho parcialmente, responderá sobre un delito intentado. Es decir este límite cuantitativo, se sitúa en la ejecución del hecho ajeno.

Accesoriedad cualitativa, la cual dice que para que resulte punible la participación en el hecho delictivo, se debe establecer los requisitos mínimos cualitativos que debe cumplir el hecho principal.

La intervención dolosa del partícipe, que a mi parecer enmarca la subjetividad del mismo, la cual se sitúa para establecer la responsabilidad, ya que este lo que hace es cooperar a la realización del hecho ajeno.

Es así que para la distinción de autor y partícipe, cabe basarse en el concepto de autor como aquel que realiza el hecho, y que tiene el hecho como suyo, mientras que el partícipe tiene el hecho como ajeno pero coopera en la realización del mismo, por tanto las escalas de criminalidad no son las mismas y no pueden ser categorizados simultáneamente dentro de una misma línea de responsabilidad.

## **2.4 LA COAUTORÍA**

Dentro de las formas de autoría y participación se sitúa la Coautoría, analizada por penalistas de gran prestigio y mencionada indirectamente también en nuestro Código Penal, la misma que posee aspectos interesantes al momento de analizar la responsabilidad penal. Además la coautoría presenta algunas peculiaridades en cuanto al tema del análisis de la autoría mediata, por lo que es necesario ponerlo de manifiesto. Cabe destacar entonces algunas concepciones de la doctrina.



La coautoría es para el autor Jorge Velásquez “la ejecución por parte de varias personas de un delito previamente convenido y aceptado por todos como propio pero con división funcional de tareas, de tal forma que cada aporte, individualmente considerado, no recorre los elementos del tipo penal, pero estructurados dentro del plan criminal previo, resulta necesario para la consecución del objeto preconcebido”. (Velásquez Jorge, 2010, p. 162)

Para Mezger, coautor es *“el que como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y querida”*. (Mezger Edmund, 1990, p. 311). Esta llamada cooperación o aportación, puede surgir con anterioridad al hecho, durante la ejecución del mismo, o posterior a que este se haya realizado. Esta acepción es algo complicada ya que menciona al autor mediato como coautor, y esto puede convertirse en un problema al momento de establecer la responsabilidad penal ya que no se sabe si en la práctica el infractor será considerado como autor mediato o coautor del delito.

Es importante destacar la división funcional de tareas que menciona Velásquez. En la práctica es muy común asignar roles distintos a varios individuos que intervengan en la realización de un hecho punible, pero surge la idea de quién es el hombre que asigna los roles o que está detrás de todas las personas que actuarán en la escena en sí. La cooperación es otro tema importante dentro de la coautoría, las personas que actúan como cooperadores del hecho no pueden tener el dominio del hecho sino únicamente ayudan para la consecución del fin propuesto.

En términos generales podemos decir que el coautor, es quien toma parte en la ejecución del hecho, esta ejecución del hecho es un presupuesto fundamental que en el caso de autor, restringe la conducta consumativa del delito. De ello se puede establecer que tomar parte en la ejecución del hecho, no es lo mismo que ejecutar el hecho, la aportación es importante en la realización de un delito, por tanto un hecho que se encuentra debidamente planeado, necesitaría de un

aporte, este aporte lo realizará el coautor, siguiendo el modelo del hecho en la forma concretamente planificada.

## 2.5 LA INSTIGACIÓN

Dentro de las formas de autoría y participación también se sitúa la instigación, que ha causado mucha polémica dentro del tema de la autoría mediata y ha dado lugar a diversas teorías de autores y un cambio en la doctrina penal, por lo que cabe mencionarla para su posterior análisis y comparación con la autoría mediata. De un sinnúmero de definiciones podemos mencionar las más acertadas. “Inductor, es aquel que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico. Es decir, el inductor determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva”. (<http://es.scribd.com/doc>)

Para Cabanellas, inducción es “la instigación, consejo, persuasión para obrar en determinado sentido; y, más estrictamente, para cometer un delito o colaborar en su perpetración” (Cabanellas Guillermo, 2003, p. 203). Cabanellas es claro al decir que se trata del convencimiento, de hacer nacer la idea en otro de cometer un delito o colaborar en la ejecución del mismo, esta persona no es la que cometerá el hecho sino únicamente persuadirá con la finalidad de que una determinada persona lo haga tal como consta en la planeación.

Es claro que el modelo de inducción debe ser considerado tomando en cuenta de que es dirigida a una persona determinada para que realice un delito igualmente determinado, no podría haber inducción en un delito en el que el autor ya esté decidido a realizarlo, sería algo ilógico ya que la finalidad de esta figura es hacer que nazca en otra persona la realización de un acto criminal.

El famoso penalista Gimbernat Ordeig, pone como un claro ejemplo el exterminio de los judíos por el régimen nazi en Alemania, donde Hitler y sus cercanos hicieron surgir la idea del genocidio, convenciendo a otros para que

llevaran a cabo dicho acto criminal. En este caso, Hitler y sus otros dirigentes nazis pues serían calificados como inductores.

De acuerdo con la teoría del dominio del hecho, los instigadores o inductores son una especie de instructores del hecho, tratan mediante consejos y mediante el poder de convencimiento que otra persona realice un hecho. De esta concepción, han nacido algunas críticas comparando al inductor con el autor mediato, acogiendo unas teorías e impugnando otras. Lo cierto es que de inductor a autor mediato existen diferencias transcendentales que en líneas posteriores serán analizadas.

## **2.6 LA AUTORIA MEDIATA**

Es norma general que los tipos penales descritos en el Código Penal, conlleven una conducta realizada por una persona, la cual de ser considerada culpable vendría a ser el autor de un delito, pero existen circunstancias en que el hombre actúa con la colaboración de otros, quienes con la realización de múltiples actividades ayudan a la consumación de la conducta delictiva. Estas múltiples actividades dan como resultado la complejidad de las relaciones sociales, panorama sumamente importante para el legislador al momento de redactar cada tipo penal.

Una de las formas de autoría en el derecho penal es la mediata, figura que ha ocupado un papel preponderante en el estudio general de los tipos de autoría. Cada vez vienen apareciendo nuevas apreciaciones y tesis sobre la autoría mediata, con el fin de perfilar su alcance y contenido, a su vez, ha sido uno de los aspectos más polémicos que se ha producido en cuanto a este tema. Esta figura se encuentra estructurada a partir del dominio del hecho (tesis que la estudiaremos mas adelante). Cabe destacar algunas definiciones importantes para establecer un criterio más claro y conciso de lo que es la autoría mediata y al final enmarcarla dentro del ámbito de una organización criminal.

Para Edgardo Alberto Donna, el autor mediato, es “quien comete el hecho por medio de otro, quien para la ejecución de un hecho punible que se comete dolosamente, se sirve de otro ser humano, pero usando a este ultimo como instrumento” (Donna Edgardo, 2001). Este autor defiende su tesis fundamentándose en la teoría del dominio del hecho, la cual es paternalizada por Welzel en 1939 y remite a Hegler en 1915, el desarrollo que ha dado Donna a esta definición es muy acertado para llegar a estos casos ilícitos que recaen en manos ajenas.

Gunther Jakobs, explica que el autor mediato al igual que cualquier autor puede usar instrumentos mecánicos para cometer sus actos delictivos, se puede utilizar a otras personas de la misma manera como seres activos o personas actuantes en la escena del crimen, mediante el error o la coacción.

Por otro lado, otro concepto acertado es el de Jorge Velásquez Niño, quien dice que es autor mediato “el que ejecuta el delito, pero no personalmente, sino utilizando a otra persona como instrumento” (Velásquez Jorge, 2010, p. 264). El Código Penal Alemán explica que autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro, al que lo usa como instrumento. Por coacción o error sobre el que ejecuta, el llamado “hombre de atrás” tiene completamente el dominio del hecho.

Es así que se puede establecer que autor mediato es quien tiene el dominio de la voluntad, quien ejecuta el hecho usando a un tercero como instrumento mecánico. El autor inmediato será el hombre usado como instrumento, consecuencia de lo cual al autor mediato se lo llama “el hombre de atrás”, nombre también utilizado para llamar a este tipo de criminales, es así que el autor mediato se ubica “atrás” del individuo instrumento, teniendo el control del hecho delictivo.

A manera de conclusión dentro de la figura de autoría mediata, podemos decir que para que la ejecución del delito se pueda dar, se necesita una persona

humana instrumentalizada, por un lado; y por otro, un sujeto (el hombre de atrás) que utiliza a esta persona como instrumento para la ejecución del delito.

El punto fundamental para la autoría mediata, es el dominio del hecho. Lo que se trata de decir es que la idea de esta figura es la de instrumentalizar a una persona que actúa directamente, ésta persona será simplemente un mero instrumento del “hombre de escritorio”, es decir del autor mediato.

En nuestra legislación no existe un concepto preponderante de la figura de autoría mediata y ni siquiera se la define en alguna parte, es por esto que es necesario recurrir a otras legislaciones las cuales han dado hincapié para mantener una teoría lógica y moderna, como la alemana, española e incluso la legislación colombiana que directa o indirectamente positivizan la autoría mediata, para poder estructurar, comparar y aplicar este tipo de autoría acogida por muchos autores y aplicada en varias legislaciones.

En síntesis, la autoría mediata se puede definir como la realización de un hecho ilegítimo a través de otro que vendría a ser en el caso, el autor inmediato; de manera que para que se logre esta acción, se necesita de una situación fáctica. La acogida de esta tesis ha ido evolucionando y en cuanto al tema se han ampliado diversas situaciones como es el caso de la autoría mediata a través de organizaciones criminales o aparatos de poder organizados, tema central de este trabajo, y el cual será analizado en el capítulo IV respectivamente, con detalles.

## **2.7 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO**

Anteriormente se analizó las teorías importantes para llegar a la distinción entre autoría y participación, y gracias al desarrollo legal de la doctrina aparece una teoría fundamental para aclarar esta diferenciación, que se basa en la capacidad del individuo de dominar o controlar el acto delictivo y es la Teoría del Dominio del Hecho, propuesta por Claus Roxin con gran acogida en la

doctrina penal; además de tener gran éxito para determinar la problemática de la autoría mediata en las legislaciones.

El término de dominio del hecho lo utilizó primero Hegler en 1915, en una monografía llamada “Los elementos del delito”, pero aun no adquiría el significado y valoración que tiene en la actualidad, después Welzel adoptó esta teoría dándole mas forma, y afirmando que existe autoría cuando se dan los siguientes requisitos: “a. Dominio final del hecho, b. Requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado), c. Los requisitos subjetivos, como el animo de lucro o la tendencia lasciva, d. los requisitos del delito de propia mano” (Donna Edgardo, 2001, p. 296). Sin embargo el problema estaba en que Welzel no aceptaba que el hombre de atrás pueda ser autor, situación que condujo a otros autores a analizar el caso.

Es así como posteriormente Maurach y Gossel, le dan más consistencia a la teoría del dominio del hecho, sosteniendo que es autor quien abarcado por el dolo, tiene en sus manos el curso causal del hecho, es decir el que impida o deje avanzar la conducta punible a su albedrío, hasta su resultado final.

Cabe mencionar con énfasis la legislación española para ejemplificar la teoría del dominio del hecho. Tal es el caso que el Art. 28,1 del Código Penal Español, manifiesta ciertas características que debe poseer la persona que se reputa como autor, relacionándola perfectamente con la teoría del dominio del hecho, que ofrece una formulación más completa y definida. Este artículo dispone que:

- a) son autores quienes realizan el hecho por si solos: autoría inmediata como dominio de la acción; b) son autores quienes realizan el hecho conjuntamente: coautoría como dominio funcional del hecho, y c) son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento: autoría mediata como dominio de la voluntad. (Pérez Alonso, 2006, p. 159)

De lo expuesto, se puede establecer que el criterio del dominio del hecho, es aplicable a los delitos de dominio. En esta teoría, la voluntad que conduce al suceso aparece como el hecho típico, pero además de la voluntad es importante el aspecto material de la parte que cada interviniente es responsable en el hecho.

De acuerdo con esta teoría, autor es quien tenga el dominio, el control directo sobre el acontecimiento del ilícito; pero con relación al tema que nos compete, es autor mediato quien teniendo el dominio de la voluntad de otra persona, la utiliza como instrumento para cometer el acto delictivo.

El pensamiento de Claus Roxin, el máximo exponente del concepto de dominio del hecho, consiste en distinguir entre las figuras de autoría y participación, de aquello se desprende la crítica clave para entender el ámbito que envuelve el concepto de autoría mediata. Y en este aspecto cabe mencionar la diferenciación que hace Roxin en cuanto a autoría directa y autoría mediata basándose en elementos cualitativos que trata del dominio de la acción y el dominio de la voluntad. La autoría directa siempre será material y personal, esta encaja perfectamente en el dominio de la acción, en cuanto al sujeto activo que posea el dominio del hecho en virtud de la acción típica será autor directo, es decir quién materializó el acto antijurídico por mano propia. En el caso de ocupar a una tercera persona como instrumento influyendo y tendiendo especialmente el dominio sobre su voluntad, aquella persona que comete el ilícito querido usando a un tercero como instrumento será autor mediato, en cuanto al margen de organizaciones criminales surge un análisis importante, y es que, en estos casos, dicho dominio de la voluntad no es de un sujeto en particular, sino que existe un dominio de una voluntad indeterminada, es decir que no importa quien cometa el hecho punible, puede ser una u otra persona, y el hecho igualmente ocurriría.

## 2.8 FIGURA DE AUTOR TRAS EL AUTOR Y LA POLEMICA DE ÉSTA

Al hablar de la autoría mediata se ha podido establecer que hay distintos tipos o fases dentro de ésta, en la evolución del concepto de autoría mediata se ha llegado a concebir tres fases fundamentales que han obtenido su desarrollo con el pasar del tiempo. La primera evolución enmarca distintos tipos o etapas que son: el error y la coacción, es decir el autor mediato es aquel hombre de atrás que se vale de una tercera persona como instrumento para cometer un delito, instrumento a quien controla por error o coacción.

En el desarrollo de un segundo criterio, nace la idea de responsabilizar a quien está detrás del ejecutor material, es decir figurando ser autor mediato en la escena, pero logrando controlar la voluntad del instrumento quien puede ser intercambiable libremente, y aprovecha la estructura preconfigurada de una organización criminal. Todas estas concepciones, especialmente la última, han tenido una gran acogida en los más altos tribunales europeos e iberoamericanos, en cuanto al tratamiento de castigo a un delito.

El dominio de la voluntad, según la teoría de Roxin, tiene a su vez tres distintas modalidades que son: “mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor...; También, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error...; asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales...; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso...” (Roxin Claus, 2000, p. 164). Estas fases se resumen en dominio de la voluntad por coacción, dominio de la voluntad por error, por utilización de instrumentos inimputables o menores de edad, o mediante aparatos organizados de poder.

El objetivo de Roxin ha sido defender esta tesis creada por él, justificando esta nueva forma de dominio de la voluntad, en la cuál la figura de autor tras el autor



se vuelve tema de polémica y discusión al momento de la aplicación de una pena. El autor mediato no actúa directamente en la ejecución material del hecho, no es quien lo ejecuta con mano propia, éste aparece fuera del esquema delictual, únicamente controla y dispone desde atrás el resultado del hecho tal y como él quería, utilizando al tercero como instrumento, el autor mediato está atrás del autor material.

La instrumentalización de la persona, es lo que da lugar a que exista la concepción de un autor tras otro autor, para dar una breve explicación, estamos frente a una estructura compuesta por tres miembros:

Hombre de atrás: Es quien toma la posta, es el instrumentalizador, dominará la voluntad del hombre de adelante y será autor mediato.

Hombre de adelante: Este hombre sería en palabras entendibles autor inmediato, no domina la voluntad, más es dominado por el hombre de atrás, es el ejecutor material del hecho.

Víctima: Quien es atacada físicamente por el hombre de adelante, y resulta afectado su bien jurídico.

En otras palabras el hombre de atrás será el autor, el hombre de adelante el ejecutor y la víctima. La autoría mediata únicamente puede darse si la persona o autor tiene el dominio sobre el ejecutor al haberlo instrumentalizado.

El autor mediato (hombre de atrás) es a quien se le atribuye la responsabilidad por la realización de un tipo establecido, pero éste no lo realiza, sino que instrumentaliza a una tercera persona para que lo ejecute materialmente y dé el resultado deseado por el autor mediato.

## CAPÍTULO III

### 3 LA AUTORÍA MEDIATA

#### 3.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Una vez definido lo que es autor y autor mediato, debemos referirnos a la Autoría Mediata mediante aparatos de poder organizados u organizaciones criminales. Claus Roxin, estructuró la teoría de autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder, o como es del caso, por medio de organizaciones criminales, para explicar las situaciones en las cuales el autor mediato u “hombre de atrás” ejerce dominio de la voluntad sobre los integrantes de aquella organización y de quien comete el delito por mano propia. Con esto quiero decir que esta teoría sería acertadamente aplicable a la criminalidad organizada actual.

El primer caso sonado fue el de Adolf Eichmann, dirigente de la Alemania nazi, a quien se lo acuso de genocidio, sin poder probar que dio muerte a alguien. Se trataba de un funcionario que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, y por tal, era el encargado de perseguir, seleccionar y aprehender a los judíos europeos para llevarlos al campo de concentración, posteriormente, después de los homicidios cometidos, es capturado en el extranjero y juzgado en Israel, donde fue condenando como autor de estos delitos.

Como un importante antecedente que dio origen a la creación de esta teoría, también fue el caso del agente Staschynski, quien como parte de un servicio secreto extranjero, asesino a dos políticos de prestigio que se encontraban exiliados. Posteriormente lo condenan como cómplice, mas no como autor, ya que no cometió los delitos por cuenta propia sino en beneficio de quien lo mando.

Ante estos hechos, Roxin comienza a estructurar su teoría en 1963, para tratar de dar respuesta a aquellos actos delictivos, donde la conducta punible es ejecutada por este tipo de organizaciones, siguiendo órdenes de un superior jerárquico, que en este caso sería jefe de dicha organización, quien es la persona que no interviene directamente en la ejecución del delito, pero es capaz de dominarlo, planificarlo, programarlo y decidirlo, por lo que existe un dominio de voluntad. Es así como en efecto Roxin pudo constatar que los ejecutores materiales de los actos mencionados anteriormente integraban un aparato de poder organizado y que cumplían órdenes de sus superiores, cumpliendo así efectivamente el papel de “hombres de atrás”, al controlar el hecho por medio de un instrumento.

Otro antecedente pasado fue el tema de la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, acusado de delitos relacionados a los Derechos Humanos. Caso en el cual dentro del material probatorio, el tema central fue el de calificar a Alberto Fujimori de autor mediato de dichas violaciones a los derechos humanos.

Queda entendido que la figura de autoría mediata dentro de un aparato organizado de poder, tiene su fundamento en el control superior de un directivo sobre este. Un criterio importante es el de Jorge Velásquez Niño, al decir que “el que ejerce dominio sobre la máquina de poder y bajo tal condición da una orden, tiene una autoría propia del hecho, con independencia de la autoría del ejecutor material, pues la estructura del aparato de poder que controla le garantiza que el hecho será realizado” (Velásquez Jorge, 2010, p. 271)

Cabe señalar que la autoría mediata ocupa desde tiempos atrás un papel muy importante en el estudio de las formas de participación en general, pero sin duda viene dejando precedentes esenciales en el estudio de la autoría mediata a través de organizaciones criminales, tema objeto de esta investigación y que será analizado posteriormente.

### 3.2 ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Al momento de analizar la autoría mediata, las doctrinas más antiguas ponían toda su atención únicamente en la persona que actúa adelante, el ejecutor que realiza con mano propia un delito, con lo que las teorías de admitir la realización de un delito a través de otra persona iban reduciéndose. Posteriormente, y gracias al desarrollo de la doctrina y las legislaciones, le dan importancia y gran enfoque a la conducta del hombre que actúa atrás del ejecutor material, ampliándose así el concepto de autoría mediata y admitiendo varios supuestos muy distintos pero que están enmarcados en una misma figura.

El autor mediato, será siempre autor, por lo que tal apreciación lo conduce a no ser partícipe, independientemente de quien sea el instrumento. Como anteriormente se señaló acerca de la teoría del dominio del hecho, es importante también mencionar que para Donna, quien utiliza esta tesis como fundamento, la autoría mediata se compone de elementos objetivos y subjetivos.

El autor señala que desde el punto de vista objetivo “consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica. Se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo” (Donna Edgardo, 2001, p. 298). Es decir el autor según este criterio, es quien tiene en sus manos el hecho punible, aquel que mediante su voluntad puede hacer que se dé la realización del hecho o por el contrario desistir del delito antes de la consumación. Desde el punto de vista subjetivo “es necesario que el autor tenga dolo de autor, esto es, la voluntad del dominio fáctico del hecho” (Donna Edgardo, 2001, p. 298). El autor mediato subjetivamente quiere el dominio del hecho, el conoce de dicho dominio y se aprovecha de él para que otra persona cumpla con sus fines sin necesidad de que éste aparezca en la escena del delito.

Por otro lado, Matilde Bruera, menciona que dentro de la figura de autoría mediata se encuentra un factor muy importante que es la cambiabilidad del tercero interviniente, a voluntad de quien da las órdenes. Dentro de este contexto señala que existen dos autores, el mediato, “que domina la voluntad porque da la orden pero a su vez es el señor de la ejecución” (Donna Edgardo, 2001, p. 262), y el ejecutor directo, quien si no sigue la orden, puede ser reemplazado por otro, ya que existe una organización detrás que maneja la realización del hecho. Este enfoque me parece muy importante ya que al ser dos autores, el ejecutor directo también será plenamente responsable y habrá de responder como autor culpable, al igual que el hombre de atrás quien desde su perspectiva visualiza al ejecutor como una figura sustituible.

El dominio de una organización, como aparato de poder organizado u organización criminal, solo existe donde ese poder se encuentre en su totalidad y fuera del marco de la ley, ya que para esta autora, si no existiere este aspecto, solo se estaría frente a iniciativas particulares, donde los autores mediatos y la fungibilidad de los ejecutores, no aplicaría a esta figura, y el propio poder estatal podría evitar la realización de estos actos mediante recursos legales. El hombre de atrás, dentro de una organización criminal y en poder del dominio de la voluntad tendría una magnitud más limitada para considerarlo autor mediato.

Por otra parte, Donna realiza un análisis importante en cuanto a los elementos de la autoría mediata al decir que el dominio del hecho por parte del autor mediato, es base fundamental para determinar la Autoría Mediata, por tal razón que este autor mediato será siempre autor, tal condición no lo lleva a ser partícipe en un delito. Este dominio del hecho del autor, no puede exonerar el dominio del hecho de los otros, ni siquiera del autor inmediato, quien actúa supuestamente en forma justificada y viene a ser el “autor de adelante”.

Desde el punto de vista subjetivo, un aspecto importante del hombre de atrás, es que debe tener la voluntad característica del dominio del hecho. Cuando

este elemento pertenece al dolo, tal desconocimiento del dominio del hecho, conlleva a error de tipo y por tanto el dolo queda excluido. Cuando el autor mediato cree que el autor de adelante desconoce la situación, aunque tiene este el dominio del hecho, aquí existiría solo el elemento subjetivo del dominio del hecho más no el objetivo.

### **3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORÍA MEDIATA**

La autoría de un hecho tiene que ser atribuible no solo a quien lo ejecuta con sus propias manos y valiéndose de él mismo, sino también a quien tiene el dominio de la voluntad de otro, y se vale de ese tercero como instrumento, es decir el autor mediato. Al ser una figura nueva dentro de los tipos de autor, resaltan ciertas características importantes que hacen destacar a esta figura y ubicarla en un importante ámbito.

En el concepto de autor mediato, un requisito importante es el uso de un tercero como instrumento, es así que se deduce de aquello la primera característica del sujeto activo del delito, este no lo ejecuta por sí mismo, sino que utiliza a otra persona a modo de instrumento, para hacer que haga “el trabajo sucio” y logre su fin propuesto que es la ejecución del hecho punible.

Dentro del contexto acertado de Donna, al decir que autor mediato es quien realiza la acción por medio de otro, resalta también la característica del dominio de la voluntad de otro, consecuencia del uso como instrumento de un tercero. Este hombre de atrás es quien realiza el tipo penal, pero no por mano propia sino mediante otra persona, que será la pieza fundamental para que este autor de atrás consiga sus fines criminales.

El autor mediato no colabora ni motiva un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo este hecho propio, aunque sea mediante la incorporación de un tercero humano para la comisión del hecho. Es por tal que su fundamento tiene valor en el dominio del hecho, para Donna deben existir presupuestos objetivos y

subjetivos para que se cumpla como tal, es decir objetivamente, tiene en sus manos el curso de la realización del hecho, mientras que subjetivamente hablando, éste conoce, desea y quiere este dominio del hecho. En la autoría mediata, se hablara siempre de un hecho propio.

El principio de responsabilidad es muy importante al momento del análisis del autor mediato y llega a convertirse en la formación de una característica fundamental dentro de esta figura y es la responsabilidad predominante en virtud del poder de decisión del autor mediato. El superior dominio de decisión que éste tiene, da como resultado la imputabilidad de quien ostentó ese dominio del hecho.

Por lo dicho anteriormente, el autor mediato en actuación delictiva dentro una organización criminal tiene poder, es el dirigente de la realización del acto, es decir lo característico de esta figura es la responsabilidad predominante de este autor mediato, en virtud de que tiene un dominio de decisión superior frente al instrumento, quien queda en categoría de un medio material para consumir el delito del dirigente.

### **3.4 FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA**

Tomando nuevamente como fundamento la teoría del dominio del hecho, Roxin estructuro tres formas de autoría que son: a) autoría inmediata como dominio de la acción, b) coautoría como dominio funcional del hecho; y, c) autoría mediata como dominio de la voluntad. Seguimos ejemplificando a través del Código Penal Español, el mismo que al respecto dice en su artículo 28: “son autores los que realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento...” (<http://liberalismodemocratico.wordpress.com>). Ante esto, la teoría del dominio del hecho de Roxin encaja correctamente en estos tres tipos de autores que menciona en su primer párrafo el Código Penal Español, lo que quiere decir que es la base para encajar en la figura de autoría mediata.

Pero Roxin al igual que estructuró las formas de autoría, lo hizo también para la autoría mediata, ya que siendo una figura que enmarca mucho análisis, surgían ámbitos amplios que debían ser delimitados por circunstancias y nombres distintos, es así como este autor, en la estructura clásica de la autoría mediata señala dos presupuestos básicos:

- a) El error que padece el ejecutor a instancias del autor mediato, o
- b) La coacción ejercida por este sobre el primero.

Circunstancias que fueron llamadas de esta forma como consecuencia del régimen nazi y los crímenes cometidos por la dictadura camboyana, los asesinatos en masa en Ruanda o las matanzas en la ex Yugoslavia. Posteriormente con el ejemplo de los actos ocurridos y el apareamiento de personas que empezaron a impartir órdenes para el cometimiento de múltiples delitos, faltaba una figura que no enmarque únicamente la facultad de lograr doblegar la voluntad de la persona que ejecuta (coacción), ni el desconocimiento de los ejecutores del injusto material (actuación bajo error). El problema era imputar como autores mediatos a las personas que impartían ordenes sin que hayan concurrido en coacción ni error en la persona del ejecutor, es así como radicaba el funcionamiento de un aparato de poder que se encontraba a completa disposición del autor mediato, y surge la idea del dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder como tercer presupuesto de autoría mediata, y que de igual forma puede presentarse en dos panoramas distintos:

- 1) El Estado dictatorial y
- 2) Las organizaciones clandestinas que se comportan como un Estado dentro del Estado. Ésta es el objeto de un análisis posterior dentro del presente trabajo.

En la actualidad, se distinguen tres tipos de autoría mediata. En la doctrina clásica, como se pudo observar únicamente se reconocían dos, pero gracias al



desarrollo que ha alcanzado esta nueva figura en el ámbito penal, se incluyó esta tercera, cabe destacar que en todas ellas, el agente domina la voluntad del intermediario utilizado, es por eso que el dominio del hecho juega un papel muy importante para cada tipo, es decir, dirigiendo o controlando el comportamiento del individuo destinado a cometer un acto delictivo. Por tanto, las formas de autoría mediata son:

- 1) Autoría mediata de “dominio por error”: El ejecutor posee perfecto conocimiento de lo injusto material de la conducta propia, es decir utiliza el engaño sobre el ejecutor y las condiciones y circunstancias reales del hecho a cometerse, o a su vez, dándole un significado erróneo a lo que verdaderamente corresponde el acto delictivo. Utiliza a la persona destinada a cometer el delito como un instrumento ciego.
- 2) Autoría mediata de “dominio por coacción”: Aquí el hombre de atrás logra doblegar la voluntad del ejecutor, intimidándolo o empleando el uso de la amenaza para lograrlo, es decir forzando al agente, de tal forma que la conducta realizada solo se le podría imputar al ejecutor como obra suya.
- 3) Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”: Aquí el autor mediato no utiliza el conocimiento erróneo o defectuoso del ejecutor ni suprime su libertad de decisión, sino que este únicamente lo que hace es apretar un botón para dar la orden confiando en que esta se va a cumplir sin ser necesario que conozca al ejecutor.

Como mencioné anteriormente, Roxin expuso dos modalidades dentro de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, las cuales tienen el poder de una organización al margen de la ley y son:

El Estado: son los casos en los que se usa el Estado como aparato y se suspenden las garantías constitucionales, tal es el caso de los golpes de estado al margen de la legalidad en América Latina y que dieron inicio a la

persecución de políticos opositores mediante múltiples crímenes que constituyeron un terrorismo, como por ejemplo Chile, Brasil, entre otros.

Organizaciones Clandestinas: es el segundo supuesto de autoría mediata, en el cual se cometen actos delictivos al margen de organizaciones criminales, secretas, clandestinas y son obviamente contrarios a lo que establece el ordenamiento jurídico, vulnerando derechos y garantías constitucionales.

Por otro lado, el autor Álvaro Márquez Cárdenas, Especialista en Criminología en Madrid, hace mención de las formas de instrumentalización para cometer un delito que puede usar el autor mediato y señala las siguientes:

1. Instrumento que actúa sin dolo: Se usa a una tercera persona que actúa con error de tipo, como medio para conseguir el propósito criminal, es decir aprovechándose de la ignorancia de esta a través de la incidencia directa del hombre de atrás. Por ejemplo: el cruza la frontera en su vehículo transportando droga sin saberlo pero encomendado por el sujeto de atrás.
2. Instrumento que obra sin culpabilidad: Cuando el tercero interviniente obra de manera inimputable como por ejemplo un menor de edad, un enfermo mental, etc.; o cuando el tercero obra con error de prohibición, siempre y cuando sea inevitable, es decir, cuando le falta la capacidad para actuar de otra manera y el autor mediato se aprovecha de tal incapacidad del tercero usado como instrumento.
3. Instrumento que obra de acuerdo a derecho: En este caso, el autor mediato al usar al instrumento crea una justificación tal, para que la actuación del instrumento no sea antijurídica ni típica y peor aun culpable, este último actúa conforme a derecho. Como por ejemplo un policía quien de buena fe hace una detención en virtud de una falsa acusación, él no sabe la ilicitud de la acusación, pero a la final lo que importa es que la actuación en general se ajuste al derecho.

4. Instrumento que actúa coaccionado: El instrumento actúa obligado o sometido a adoptar una decisión por el autor mediato, privándolo de su libertad y amenazando su voluntad. Por ejemplo el padre, quien al saber que su hijo está secuestrado, transporta drogas a otro país, en virtud de la amenaza de que si no lo hace, matarán a su hijo.
5. Instrumento que no obra típicamente: Aquí se habla de la autolesión, que queda siempre en impunidad, y el hombre de atrás, quien no ejecuta directamente la acción que produce el resultado típico, actúa viciando la voluntad del tercero y este es el titular que lesiona su propio bien jurídico. Tal es el ejemplo de ciertos casos de suicidio.
6. Aparatos organizados de poder: Esta forma de instrumentalización, es independiente de la coacción y del error, el autor mediato posee el dominio de la voluntad de la persona utilizada como instrumento quienes son ejecutores de las órdenes de este autor mediato y se fundamenta en la fungibilidad de los individuos de la organización.

Como conclusión a lo expuesto, el autor mediato es el sujeto de atrás quien instrumentaliza a otro sujeto y manipula el factor causal que conducirá al resultado propuesto por el primero. En forma general las formas de instrumentalizar al sujeto que actúa como instrumento son tres: mediante error o engaño, mediante coacción y mediante aparatos de poder organizados.

### **3.5 CONCEPTOS DE COAUTOR Y DISTINCIÓN CON LA AUTORÍA MEDIATA**

Analizar la tesis de la coautoría, sirve también para establecer su conexión con las organizaciones criminales en el Ecuador, (tema de interés en el presente trabajo) tal como nos indica el Profesor Bacigalupo, que son coautores “los que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho” (<http://es.scribd.com/doc/52625986>). Es decir, la coautoría se hace presente

cuando existe común acuerdo de varias personas para tomar parte en la realización misma del delito, en la fase ejecutiva, todo esto, con codominación por parte de todos los intervinientes. Además este autor menciona tres requisitos importantes:

- La necesidad que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo.
- Todos y cada uno de los intervinientes deben dominar el hecho necesariamente.
- El coautor tiene que aportar en plena fase ejecutiva.

Un sector de la doctrina alemana, conjuga esta figura con los aparatos organizados de poder ya que ahí se comparte el dominio del hecho entre todos los intervinientes, manteniendo una estrecha relación en cuanto a las funciones que cada uno realiza de mutuo acuerdo, para poder consumar su acto delictivo, es decir, obran en conjunto e individualmente pueden ser imputados como coautores del hecho.

Como menciona el profesor Bacigalupo, “para la existencia de coautoría, es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito”. (<http://es.scribd.com/doc/52625986>)

A nuestro criterio, para que se pueda determinar la coautoría, el común acuerdo es fundamental y actuar en plena fase ejecutiva es requisito esencial. Con esto quiero decir que no es suficiente la voluntad de una sola persona para que se cumpla esta figura, sino debe existir un mutuo acuerdo entre los que intervienen en la realización del acto delictivo para su común interés. Es necesario que para la coautoría, no exista subordinación a la voluntad de una o

varias personas que tengan en sus manos la decisión de la realización del delito, como sucede en la autoría mediata.

Es necesario dejar en claro estas dos figuras, que son distintas para que no exista confusión, al ser analizadas por autores anteriormente señalados. La coautoría se basa en el presupuesto de una comisión conjunta, es decir aquí esta la primera diferencia, ya que en la autoría mediata el “hombre de atrás” y el ejecutante puede ser que ni siquiera se conozcan ni tampoco acuerden algo conjuntamente, ni tengan decisiones conjuntas de igual rango. La ejecución juega un papel muy importante en estas dos figuras, ya que la autoría mediata se basa en una orden y no en una decisión ni ejecución conjunta.

Por otro lado también y a propósito de mencionar el tema de ejecución conjunta, cabe mencionar que el “hombre de atrás”, se sirve de instrumentos para cometer el delito, es decir éste no ejecuta nada por su propia persona. Para la coautoría se exige una cooperación esencial de todos sus ejecutores, lo que es requisito importante como se señaló anteriormente; mientras que el autor mediato, quien imparte la orden no participa en esta ejecución y puede ser que se de el caso en que ni siquiera conozca el momento, lugar, ni hora de la ejecución. El hombre de atrás no coopera al momento de la ejecución, la función de este únicamente es la planeación y motivación del hecho.

Para concluir, es importante hacer una comparación de la estructura de estas dos figuras. Esta claro que la autoría mediata se basa en la comisión del delito a través de otro y que la coautoría se basa en una comisión conjunta. Pues bien, al respecto y llegando a una conclusión lógica, la primera tiene una estructura de pirámide vertical, al ser el “autor de escritorio” el que emane las ordenes a sus ejecutantes; la segunda tiene una estructura horizontal, al ser estos ejecutantes, los cooperadores del hecho y estar en igual rango.

### 3.6 CONCEPTOS DE INDUCCIÓN Y DISTINCIÓN CON LA AUTORÍA MEDIATA

En cuanto a la admisión de una inducción dentro del tema de autoría mediata, algunos autores han sido seguidores de esta concepción, como Rotsch, Kohler y Renzikowski. Como se analizó en el tema anterior, existen diferencias fundamentales entre la autoría mediata y la coautoría, así mismo es necesario hacer una comparación lógica entre la inducción y la autoría mediata.

La inducción y la autoría mediata son dos figuras que en algún momento han sido confundidas en casos complejos pero que en su esencia y estructura son distintas, y una de las diferencias radica en los ejecutores. En la primera es necesario determinar a la persona a la cual se va a inducir para que cometa un determinado hecho antijurídico, mientras que en la segunda, las piezas ejecutoras son cambiables, es decir son meros instrumentos para alcanzar la consumación del delito, por lo que una determinada persona no es imprescindible para que el autor mediato alcance sus fines criminales.

Por otro lado tomando en consideración la ejecución del hecho, en la inducción, el inductor no es la figura central dominante para la ejecución de un delito, no depende de la voluntad de este la realización del tipo. En la autoría mediata es distinto, el “hombre de escritorio”, es la figura que domina la realización del tipo penal, ordenado por el, este dominio no lo tiene el inductor.

El autor de escritorio no necesita buscar un autor, este únicamente necesita dar la orden dentro de la organización criminal, no importa el tercero utilizado como instrumento, esto pasa a segundo plano, el fin del autor mediato es cumplir con la consumación del delito sin importar quien lo realice. En la inducción no pasa esto, el inductor tiene que buscar a la persona que cometa el delito, contactarse, ganárselo para poder ejecutar su plan y superar su resistencia.

Rogall, dice en el Libro “Homenaje de la Ciencia dedicado al BGH”, que “cuando el director de un aparato de poder solamente fuera penado como

inductor, no se volvería claro que la ejecución inmediata de la infracción de la norma ha sido cuestión suya más allá de la inducción” (Roxin Claus, 2005, p. 22). De esta forma, la imputación a la autoría mediata sería la solución más factible.

La diferencia fundamental radica en el dominio del hecho, es decir, cuando el hombre de atrás no tenga el dominio del hecho y el ejecutor sí lo tenga. El hombre de atrás únicamente hace nacer en otro la idea de cometer el hecho delictivo, y el hombre de adelante se decide a cometerlo. En este caso el hombre de atrás será partícipe (inducción), y el otro será autor porque es quien tiene el dominio.

### **3.7 REGULACIÓN LEGAL ART. 42 DEL CODIGO PENAL**

Una vez que hemos visto las diferentes teorías de la participación, es prudente que se analice el Art. 42 del Código Penal, en cuanto a las formas de participación delictual, lo que nos lleva a desmenuzarlo parte por parte, y para esto será necesario una vez más remitirnos a lo que dice textualmente:

#### Artículo 42 del Código Penal:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

La definición de autor en nuestro derecho es bastante amplia y en su estructura se encuentran figuras consideradas formas de participación, entre ellas la coautoría y la instigación. Vamos a dividir este concepto por partes para poder determinar las figuras que se encuentran en el mismo artículo.

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción:

Sea de una manera directa o indirecta: De manera directa asumimos que quiere decir autoría material, realizando el hecho con sus propias manos y propiciando la consumación del delito. La forma indirecta se podría decir que se trataría de una autoría intelectual, es decir que no lo realiza el hecho con sus propias manos pero fue quien tuvo el hecho como propio, efectuándolo otra persona. Esta apreciación es importante ya que puede calzar en la figura de autoría mediata, aunque solo fuera el inicio para un arduo análisis.

Sea aconsejando o instigando a otro para que lo cometa: En este punto el artículo 42 menciona claro y conciso que se trata de una instigación, nuestra legislación reputa autor al instigador, quien es el que hace nacer en otro la idea de cometer un acto delictivo, el instigador no hace, hace hacer, y siempre actuará dolosamente. “En la instigación la inducción debe tener resultado, ningún partícipe es punible si el autor no ha dado al menos comienzo de ejecución del delito” (De la Torre Javier, 1994, p. 113).

Cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito: Se trata igualmente de instigación, determinando la persona que el instigador quiere que cometa el hecho punible. Los actos que realiza el instigador, nacen desde su aspecto subjetivo, es decir la acción del instigador de determinar a otro que cometa un delito. Entonces existen dos aspectos fundamentales en la instigación, la determinación de un delito y la determinación de una persona en particular para que lo cometa.

Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución: Es decir quien pudo haber evitado que se cometa el delito y sin embargo no lo hizo será



considerado como autor del mismo porque tuvo en sus manos la ejecución de un acto delincencial pero no vendría a ser autor material.

Los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas imputables o no imputables: Aquí en este pedacito del artículo es importante detenernos. Esta claro que será autor quien determine la perpetración del delito, es decir este tiene el hecho como propio pero no lo realiza en sí, con sus propias manos sino que se vale de un tercero para cometerlo. Esta concepción encaja en la figura de autoría mediata, teniendo en cuenta que autor mediato es quien efectúa el tipo penal sirviéndose de otra persona como instrumento para que ésta lo ejecute. La legislación ecuatoriana no menciona en ningún artículo una definición de autor mediato, pero en el artículo 42 sobre la participación, específicamente en cuanto a autor se refiere, señala a breves rasgos las características que debe cumplir una persona para que sea responsable penalmente como autor. En este caso no se necesita determinar a una persona en particular para que lo cometa, pues lo que le interesa al autor mediato es la consumación del delito mas no la persona dispuesta a hacerlo, si una se niega, habrá otra que pueda ejecutar la acción.

Como imputables se debe entender personas que tienen la capacidad para entender que las conductas que ellos pueden realizar están ligadas a una pena establecida en la ley y que afectan o lesionan un bien jurídico, entendiendo de tal forma que las consecuencias de su obrar son atribuibles a ellos. Los inimputables son las personas exentas de responsabilidad criminal, la legislación ecuatoriana la enmarca en dos aspectos fundamentales, uno volitivo y otro cognoscitivo. El primero se refiere a un pleno conocimiento por parte de la persona del acto enjuiciado y plenamente responsable, es decir que sea un auténtico acto humano” (Fernández Clara, 2011).

Mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo: Esta concepción encajaría en la figura de instigación al inducir a otro a cometer un delito, siempre y cuando sea éste una persona determinada,

habiendo de por medio cualquiera de las características mencionadas en estas líneas del artículo. Por otro lado encajaría también como parte de la figura de autoría mediata, ya que este autor, al momento de utilizar a otro como instrumento para cometer un acto, puede servirse de él a cambio de dinero, impartiendo órdenes desde su nivel jerárquicamente superior.

Los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción: La palabra coadyuvar es un ejemplo claro de que esta parte del artículo hace referencia a una coautoría. “La coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos” (Márquez Álvaro, 2007, p. 71)

Además se necesita una distribución o división de roles entre los que formarán parte en la consumación de un delito. La legislación ecuatoriana responsabiliza penalmente como autores a los que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia son realmente coautores. Esta figura no ha sido parte de una investigación doctrinal que nos permita aclarar en alcance del artículo 42 del Código Penal, por lo que se torna algo confusa la extensividad que posee el mismo.

Los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin: De igual forma podría considerarse un tipo de inducción.

De acuerdo a lo establecido, dentro del artículo están contempladas otras figuras como la coautoría, la instigación y también breves rasgos de la autoría mediata. Al momento de realizar una separación sistemática de estas figuras se podría determinar el verdadero sentido y alcance de la figura de autoría.

Para concluir, podemos decir que el artículo 42 del Código Penal, necesita de un detenido análisis al momento de estudiar la figura de autoría mediata. La importancia de reformarlo está dada en cuanto se pretende divulgar la necesidad de los jueces y fiscales de ejercer su labor con leyes de contenido claro, para que puedan responsabilizar penalmente con figuras fundamentadas en el estudio doctrinal o con un criterio dogmático, evitando la impunidad de personas que actúan detrás de la escena de un crimen.

## **CAPÍTULO IV**

### **4 LA AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE ORGANIZACIONES CRIMINALES**

#### **4.1 ORGANIZACIONES CRIMINALES: CONCEPTO**

Actualmente se habla mucho de modernidad, figura que parece estar siempre delante de la propia realidad, conllevando a la realización de un nuevo mundo. El sistema legal cada vez recibe una amplia gama de nuevas estructuras que resultan del desarrollo de las sociedades, es por esto que la legislación penal tiene que ir de la mano con este desarrollo de la sociedad. Al hablar de organización criminal, los primeros términos que se nos vienen a la mente son criminalidad, delincuencia, delito, etc.

Organización criminal en términos generales viene a ser una nueva conducta delictiva y el futuro del derecho penal. Esta nueva forma de delito, tiene un aspecto muy importante y es su internacionalidad, y su causa proviene también del fenómeno de la globalización como lo afirma Kofi A. Annan, cuando aduce que “Los mismos medios tecnológicos que fomentan la mundialización y expansión transnacional de la sociedad civil, también proporcionan la infraestructura para ampliar las redes mundiales de la sociedad “incivil” (Annan Kofi, 2011)

Por lo tanto, para que se pueda entender la existencia de una organización criminal, es necesario analizar las características fundamentales del crimen organizado. Cabe destacar que el crimen organizado se fundamenta en las diferentes sociedades, de tal forma que alcanza un nivel tanto transnacional como internacional.

La criminalidad se caracteriza por la violencia extrema, el alto grado de intimidación que de esta se obtiene, es decir los miembros de una organización actúan de forma impersonal, cumpliendo su “trabajo” y así posibilitan la expansión del crimen organizado.

Otra característica muy importante es que el crimen organizado necesita conexiones, es decir más grupos delictivos para consolidar sus actuaciones en masa y obtener más poder, a cambio de valores monetarios.

Por otra parte, y como ya se dijo, el desarrollo tecnológico juega un papel muy importante en cuanto al tema se refiere, el uso de la tecnología moderna de medios de comunicación, fabricación de armas, etc., lo que ha dado lugar ha que su expansión no solamente sea local sino también internacional, diversificando sus delitos. Característica fundamental de destacar aunque solo me competa el tema en cuanto a nuestro país.

Por esto, es preciso señalar que en la Conferencia Ministerial Mundial, se adoptó la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles, en donde la comunidad internacional puso énfasis en establecer una definición acertada de organización criminal para los fines internacionales legales, y es así como en 1998, la Acción Común de 21 de diciembre de ese año, define por primera vez organización delictiva como:

Una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad.  
(Annan Kofi, 2011)

Cuando se realizó la “Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional” en Palermo, Italia, la Unión Europea no se mostró ningún desacuerdo con la definición establecida por las Naciones Unidas, afirmando que un grupo delictivo organizado consiste en:

... un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. (Annan Kofi, 2011)

Actualmente en el **Proyecto de ley del Código Integral Penal**, en el cuál se han realizado algunas modificaciones a la legislación penal ecuatoriana, se encuentra en el capítulo sexto de “Infracciones contra la Seguridad Pública del Estado y su Organización”, el Art. 352, el mismo que hace referencia al Crimen Organizado y señala expresamente lo siguiente:

Se considerará como crimen organizado la perpetración de cualquier infracción prevista en este Libro siempre que la misma revista las siguientes características:

1. Exista acuerdo con tres o más personas de cometer una infracción con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;
2. La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer las infracciones en cuestión, participe activamente en:
  - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; o,
  - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; o,
3. La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de una infracción que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

Será sancionado con el doble de la pena prevista en el tipo penal correspondiente hasta un máximo de treinta y cinco años de privación de libertad.

El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el numeral 1 del presente artículo se inferirán de circunstancias fácticas objetivas.

En el caso de que en la perpetración de una de estas infracciones haya intervenido una servidora o servidor público, se impondrá el doble de la pena que le hubiere correspondido, aumentada en un tercio, hasta un máximo de treinta y cinco años.

De lo dicho, se puede establecer que todos los conceptos guardan una estrecha relación, y se adquiere una concepción de crimen organizado bastante similar. Claro está que la organización criminal tiene que estructurarse por tres o más personas, y la finalidad tiene que ser el cometimiento de un delito con miras a obtener beneficios económicos o de orden material. Se puede igualmente hablar de un grado de actividad criminal, en donde estas definiciones concuerdan que si mediante esta figura, se realizan diferentes tipos legales establecidos en las normas, serán penados respectivamente.

En este caso, habría que tomar en cuenta que los conceptos dados tanto en el ámbito internacional como en el nacional, señalados en párrafos anteriores, ponen en claro que si una persona o grupo de personas cometen un delito establecido en las normas internacionales y nacionales respectivamente, serán sancionados de acuerdo a la ley. Conforme a lo leído me parece incompleto al no mencionar la pena a las personas que conforman estas organizaciones criminales, es decir, únicamente por la pertenencia a estos grupos criminales, independientemente de los delitos cometidos. Tema que no entra en el tema fundamental de tesis, pero que es importante señalar.

La mera organización o estructuración de un grupo de personas es una característica fundamental para poder iniciar con la apreciación de si es o no una organización criminal y se ha cometido o no un delito, y consecuentemente como deberán de ser juzgados los actuantes que intervinieron en la escena. La criminalidad organizada ha sido un fenómeno que viene desde tiempos

atrás, se puede decir que desde las mafias que tomaron nombre en Italia, lo cual es un claro ejemplo de organizaciones clandestinas con propósitos delictivos, que han tenido su evolución hasta el día de hoy, manifestándose de diversas maneras y cometiendo diferentes delitos, los cuales están establecidos en el Código Penal, pero al momento de cometerse dentro de una organización delictiva, muchas veces quedan en la impunidad.

## **4.2 CONSTRUCCIÓN DE ORGANIZACIONES CRIMINALES**

Hechas las aclaraciones del panorama de una organización criminal, se puede analizar la construcción y características de la misma de acuerdo a los conceptos acertados sobre crimen organizado, en el derecho tanto nacional como internacional, para la búsqueda de soluciones que tengan viabilidad de aplicación en nuestra legislación.

Algunos autores señalan que es complicado dar un concepto y una serie de características de organización criminal, por cuanto se modifican con el tiempo y con el desarrollo de la sociedad, pero las características tradicionales son: organización, corrupción y jerarquía. (Gómez de Liaño, 2004, p. 30). Como característica fundamental se puede señalar además la permanencia en la organización junto con el cometimiento usual de delitos que los mencionaré posteriormente. Otro punto clave que sirve de incentivo a los delincuentes es el beneficio económico, el delinquir de cualquier forma, les genera un lucro, por ejemplo en delitos como robo, fraude, extorsión, secuestro, etc. (Andrade Eduardo, 1997, p. 18)

La división del trabajo es un punto muy importante, cada uno de los intervinientes aportan para la realización de un “trabajo sucio”, es por esta razón, que el grupo delictivo tiene que estar estructurado por algunas personas y cada una de éstas tener parte en el delito. Es importante destacar que esta es una pauta importante para el tema de la autoría mediata, ya que de aquí, se analiza el grado de participación que han tenido cada uno de los delincuentes



que han actuado en la escena, para poder hacerlos legalmente responsables. Por otro lado también sobresalta la jerarquía que poseen las personas involucradas dentro de la organización criminal, dado a que no todos pueden tener el mismo nivel jerárquico ni el mismo poder de mando, relacionándose éste, con la autoría mediata dentro del grupo delictivo.

Investigar un crimen, de por sí es una tarea muy complicada para el Estado, más aún cuando el delito se lo ha realizado en grupo, ya que intervienen más personas, existe más preparación y se vuelve sumamente complejo llegar a la verdad y penar a los verdaderos criminales. Sin embargo, la construcción de estas organizaciones viene ligada de las facilidades que otorga la misma sociedad, por ejemplo, la tecnología es importante en el marco de la delincuencia ya que con el uso de ella, se torna más fácil en ciertos casos la perpetración de un delito.

La concepción de crimen organizado es un concepto dinámico que está en constante cambio y transición, es por ello que con su evolución se ha convertido en un fenómeno no solo nacional sino global. La alianza es una característica muy importante dentro de estas organizaciones, ya que el comportamiento se vuelve grupal y aparecen conexiones de distinto índole, convirtiendo al aparato más fuerte tanto en su estructura como en su administración.

El crimen organizado, presenta siempre un panorama diverso, multidimensional y complejo, en el que la colaboración de los diferentes grupos o intervinientes es más usual que la propia confrontación. Es por ello, que esta figura se manifiesta de forma diferente en países concretos, no existe igual grado de impacto ni igual actuación. Como consecuencia, enumerar las características puede ser tedioso y a la vez confuso, aunque las principales están ya señaladas. ([http://www.uam.es/personal\\_pdi/economicas](http://www.uam.es/personal_pdi/economicas)). Posteriormente se mencionarán algunos puntos importantes como características de la figura de autoría mediata dentro de las organizaciones criminales.

### **4.3 LA AUTORIA MEDIATA MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

Anteriormente se discutió sobre las características generales que deben poseer las organizaciones criminales, para tener un panorama claro de lo que es una organización criminal o llamado también aparato organizado de poder, ahora es necesario centrarnos en la figura en sí de autor mediato que actúa dentro de estos aparatos, su origen, sus características, su estructura y demás aspectos que hacen que sea posible el análisis de este entorno.

Como ya se mencionó, el origen de esta figura de Autoría Mediata dentro de Organizaciones Criminales, se dio gracias al jurista alemán Claus Roxin aproximadamente en 1963, basado en el juicio contra el nazi Adolf Eichmann por el cometimiento de una serie de delitos de lesa humanidad con la ejecución del exterminio de judíos, en donde se puso en evidencia un nuevo modelo del actuar delictivo que no había sido considerado antes, y se basaba en el dominio de la voluntad del hombre de atrás, y no en las clásicas concepciones de la coacción o error del autor material. Es así que nace la teoría del dominio de la voluntad (que es propia de la autoría mediata) a través de aparatos organizados de poder, creada por Roxin.

Para el año de 1985 – 1986, la recepción de esta teoría tuvo acogida en las sentencias del caso de las juntas militares en Argentina, juzgamiento hecho por los tribunales argentinos, en donde se estableció la responsabilidad penal en calidad de autores mediatos de los mandos militares, ya que siempre mantuvieron el dominio sobre los ejecutores. Posteriormente el Tribunal Supremo Federal Alemán en una sentencia dictada en el año de 1994, por el caso de una serie de homicidios mediante disparos y mediante minas con cargas explosivas, en el Muro de Berlín, se acogió la teoría de la autoría mediata en aparatos de poder organizados, y se declaró como autores mediatos a los tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa, desde ese entonces también se considera esta teoría en otras sentencias de gran

trascendencia. Por otro lado se encuentra la sentencia del caso de Alberto Fujimori, a quien le responsabilizaron penalmente como autor mediato por organización, caso que lo analizaré posteriormente.

La autoría mediata a través de organizaciones criminales se fundamenta en la responsabilidad que posee el hombre de atrás en una organización delictiva. Aquí lo importante es la funcionalidad del aparato, el autor mediato debe haber realizado una “contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas haya provocado procedimientos reglados que desembocaron automáticamente, por así decir, en la realización del tipo”. (Matías Bailone. <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina>)

El tema central de esto, es identificar casos de un dominio de la voluntad, diferente a las concepciones tradicionales basadas en la coacción y el error. La autoría mediata a través de estos aparatos de poder, cumple con la finalidad de influir y controlar la realización de uno o varios delitos, desde su puesto jerárquico superior a través del aparato que se encuentra a su disposición, y de esta manera producir el resultado deseado por el hombre de atrás. El dominio posee el autor mediato sobre la organización, mas no sobre la persona en sí como relación personal entre ambos, pues un punto fundamental en esta figura es la intercambialidad del individuo. La persona es a la final un ente libre y responsable por sus actos, y el autor mediato puede cambiar sin problema al ejecutor para llegar al mismo fin deseado, que será el cometimiento de una acción delictiva.

El autor mediato u hombre de atrás, es la persona que domina la voluntad del ejecutor material, es el que da la orden de realización del hecho punible a través de un aparato de poder u organización criminal. El autor mediato en este caso, no necesita de la coacción o del engaño, es más, ni siquiera necesita conocer al ejecutor ya que este puede ser fácilmente intercambiable, y es el aparato de poder organizado quien de por sí garantiza la ejecución del acto criminal.

#### 4.4 REQUISITOS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

En el estudio de las organizaciones criminales, se ha marcado una diferencia importante en cuanto a su división, y es que para Roxin, existen organizaciones que se encuentran dentro del marco de la ley, por así decirlo, y organizaciones fuera de la ley. Las primeras hacen referencia a organizaciones que pueden ser parte del Estado, como por ejemplo dentro de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas, etc., es decir que se utiliza el aparato del estado; un ejemplo podría ser “los golpes de estado que impusieron gobiernos de facto, al margen de la legalidad, en América Latina, y que propiciaron la persecución de opositores políticos a través de crímenes masivos que constituyeron un verdadero terrorismo de estado (Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, etc.)” (Bruera Matilde, p. 263). Las segundas son creadas por personas comunes y corrientes con fines delictivos y que igualmente se encuentran en línea vertical de mando, es decir, en el marco de organizaciones secretas, bandas criminales, contrarias al ordenamiento jurídico. En este trabajo de tesis me enfocaré en las segundas, que son organizaciones criminales fuera del marco de la ley.

Las organizaciones criminales como base para la figura de autoría mediata requiere de ciertos aspectos o condiciones que deben cumplir, para empezar, los requisitos de una organización criminal a priori son: el dominio de la acción en forma verticalizada, es decir, estamos hablando de un nivel de jerarquía desde arriba hacia abajo, siendo así que el autor mediato es aquel autor de escritorio que posee en alto mando superior y la facultad para dar órdenes a los de rangos inferiores; también se necesita la fungibilidad del ejecutor, es decir, la intercambialidad de la persona que será utilizada como instrumento para realizar el hecho.

Las organizaciones criminales al operar, tienen dos características fundamentales, la primera es la asignación de roles para de esta manera, configurar la relación que existe entre el autor de escritorio y el ejecutor

material del hecho. En segundo lugar, el aparato de poder organizado debe ser completamente autónomo, es decir que el autor mediato confiara en la estructura del aparato para que cumpla a cabalidad las órdenes emitidas por el mismo sin necesidad de conocer al ejecutor material. (Caro Dino, 2010, p. 149).

Por lo dicho, se puede señalar como requisitos funcionales los siguientes:

- a) El poder de mando:
- b) La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico
- c) La fungibilidad del ejecutor inmediato
- d) La elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho

A continuación se explicarán cada uno de los requisitos mencionados anteriormente, los mismos que han sido acogidos por algunos autores penalistas.

- a) El poder de mando: Es la facultad que debe poseer el supuesto autor mediato de impartir órdenes a sus subordinados, de asignar roles a los miembros de la organización. Para ello, esta persona que actúa como hombre de atrás, debe tener pleno conocimiento de la realización del hecho delictivo como obra propia, este poder de mando se manifiesta en la orden impartida al subordinado o instrumento utilizado para que cumpla con la misión.

Como un ejemplo de este requisito se puede señalar el caso de Eichmann y los crímenes de lesa humanidad, en donde el defensor de Eichmann explicó que la negativa de su defendido de obedecer órdenes de sus superiores no hubiere impedido que se cometan delitos, ya que esta maquinaria organizada hubiera seguido funcionando y dando órdenes (en este caso aclaró que los crímenes no eran obra del individuo sino del Estado). Este escenario de autonomía del aparato es lo que determina al

hombre de atrás como autor mediato, el verdadero motorizador del acto delictivo. (Bailone Matías, <http://www.terragnijurista.com.ar>)

b) La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico: Este apartamiento del Derecho significa que en primer lugar, el Estado es una comunidad que posee reglas normativas para poder cumplir con la convivencia en sociedad. En vista que estoy siguiendo la teoría de Roxin, para el la organización se manifiesta como una totalidad fuera del margen de la ley, éste requisito funciona tanto en aparatos de poder estatal así como también en organizaciones criminales no estatales, que funcionan de manera clandestina y obviamente fuera del margen de la ley, cabe recalcar que esta forma última explicada, es el tema que surge como problemática y que seguiré explicando en este trabajo de tesis. Quien imparte las órdenes ilegales dentro de una organización clandestina podrá ser considerado autor mediato, y hay que estar claros en establecer la diferencia entre estas dos formas de organización que básicamente actúan como criminales estatales o criminales no estatales.

c) La fungibilidad del ejecutor inmediato: Esta es una característica muy importante ya que se trata de la sustitución de los ejecutores para la ejecución de un delito. La persona que actúa como instrumento fácilmente puede ser intercambiado por otro y gracias a esto, la misión no quedará en riesgo. Es una expresión de la potencialidad y poder que ejerce el superior sobre sus inferiores, la disposición de la organización convierte al ejecutor material en un ente intercambiable. Se puede decir que este requisito tiene un carácter subjetivo, es decir que sirve para la imputación del autor mediato por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados.

La teoría de Roxin y otros autores señalan que existen dos tipos de fungibilidad del ejecutor, la negativa y la positiva.

La negativa tiene lugar cuando el ejecutor es fácilmente sustituido, se presenta como una persona anónima y el hecho de que el autor de escritorio la sustituya con otra persona no afecta o altera la realización de un delito, voy a poner un ejemplo: si A se abstiene a realizar el hecho criminal ordenado por el autor de atrás, este autor de atrás va a utilizar a B como instrumento, es decir A es sustituido por B, y finalmente se da la realización del acto tal como la persona que actúa por atrás lo quería, sin poner en riesgo esta misión.

La fungibilidad en sentido positivo se da lugar en virtud de que el aparato de poder tiene una estructura organizada y con diversas personas que actúan como ejecutores y hacen que el plan criminal resulte exitoso. Pues bien, al ser una diversidad de ejecutores, el autor de atrás que ejerce el poder superior, tiene la posibilidad de escoger al ejecutor que mas se acerque a sus intereses para cometer el hecho, de acuerdo al escenario y a las necesidades que envuelva la ejecución de la conducta delictiva, evaluando los factores y también las habilidades y capacidades que cada instrumento posea.

- d) La elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho: Es la identificación del ejecutor con el aparato de poder, en este caso con la organización criminal, es mas bien un aspecto psicológico, mientras más disponibilidad exista por parte de los ejecutores, más se consolida la organización a nivel estratégico para la ejecución de delitos. Esto deriva del poder de mando que poseen las organizaciones criminales y hace que éstas se fortalezcan. Los ejecutores se encuentran fácilmente disponibles para la realización de un hecho ilegal y por lo tanto se vuelve una estructura más sólida del aparato.

#### 4.5 FIGURAS PENALES RELATIVAS A LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El concepto de organización criminal es muy dinámico, está en constante cambio ya que la sociedad y las relaciones interpersonales y a nivel de Estado cada día cambian, es por ello que estas relaciones hacen que la noción de crimen organizado tenga una maduración tal, que el nivel de poderío sea cada vez mayor y se facilite su expansión o consolidación para la realización de actos ilegales.

Como se mencionó en líneas anteriores, las organizaciones criminales nacen desde las mafias italianas, es allí donde se empieza a expandir y aparecer en otros estados, con nuevas formas, estructuras, y nuevas figuras de delitos cometidos dentro de estas. El tema de organizaciones criminales envuelve una variedad de tipos penales que llevan consigo violencia, intimidación, uso de la fuerza, corrupción, entre otros aspectos. Entre los principales delitos cabe mencionar los siguientes:

##### **Terrorismo:**

“Se entiende por terrorismo a todo acto violento ejecutado para infundir terror, intimidación pública y tendientes a lograr un efecto de dominación o rédito”.  
(<http://www.latinoseguridad.com>)

Es complicado dar una definición concisa de terrorismo, pero al momento de definirla, esta palabra encierra varias concepciones y se puede decir que:

... es el uso sistemático del terror, para coaccionar a sociedades o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones políticas en la promoción de sus objetivos, así como también por grupos religiosos, racistas, colonialistas, independentistas, revolucionarios, conservadores, ecologistas y gobiernos en el poder” (Morales Jenny.  
<http://www.derechoecuador.com>)



El terrorismo es un acto de violencia, actos que están expuestos los regímenes estatales y pueden ser contra personas, bienes, con el fin de defender ideologías, creencias, opiniones, etc. En Colombia por ejemplo, actúan las FARC como organizaciones criminales, en donde se cometen asesinatos y secuestros, dejando huella y luto a todo el país colombiano.

En nuestra legislación, sí existe una breve definición de terrorismo, y se encuentra en el Art. 160 del **Código Penal** que textualmente dice:

El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Posteriormente señala también sobre el terrorismo organizado o mediante asociaciones y sobre la agresión terrorista.

En el Art. 373 del **Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal**, se encuentra tipificado el terrorismo de la siguiente forma:

El que provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, inclusive por motivos políticos, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o a las edificaciones o medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años.

De lo expuesto, se puede establecer que el terrorismo es un problema mundial, la lucha contra él se ha internacionalizado, buscando mecanismos para frenar la violencia y los actos criminales mediante los grupos terroristas. Las organizaciones criminales juegan un papel muy importante ya que puede ser la causa de que se formen este tipo de organizaciones clandestinas con

propósitos definidos, y basados en la defensa y difusión de ideas particulares. Para la lucha contra el terrorismo se han creado leyes internacionales tales como la Ley Patriótica de los Estados Unidos, la Resolución 1363 del Consejo de Seguridad de la ONU, y la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

### **Lavado de dinero o de activos:**

El lavado de dinero o de activos “Consiste en la ocultación de bienes, derechos y valores provenientes de crímenes anteriores con intención de darle apariencia legal, sustrayéndolo del control gubernamental”. (<http://www.latinoseguridad.com>).

En nuestro país se encuentra vigente desde el año 2005 la **Ley para reprimir el Lavado de Activos**, reformada el 30 de diciembre de 2010 (Registro Oficial Suplemento 352 de 30 de diciembre del 2010), conformada por 25 artículos en los cuáles se detalla la finalidad, naturaleza, los organismos competentes, penas, contravenciones, la administración y destino de los bienes incautados, y por último la prevención y cooperación. Expresamente en su Art. 14 dice:

Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

- a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;
- b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;
- c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;
- d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;

e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,

f) Ingreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.

Posteriormente, la misma ley señala las penas respectivas para el cometimiento del delito de lavado de activos. El delito de lavado de activos se encuentra igualmente tipificado en el proyecto de ley Código Orgánico Integral Penal en la parte de Infracciones Económicas en el Art. 275, con la misma estructura que la Ley de Lavado de Activos, agregando que la Fiscalía General del Estado tiene la obligación de investigar el origen ilícito de los activos que fueren objeto de la infracción.

Para que este acto delictivo pueda darse, es necesario la conformación de un grupo de personas, en este caso también forman parte las organizaciones criminales. Básicamente el delito de lavado de activos se da cuando de forma fraudulenta se intenta ocultar o dar apariencia legal a dinero proveniente de actividades ilícitas que pueden ser narcotráfico, trata de personas, terrorismo, entre otros. Lo interesante de ello, es que posee características tales como la colaboración de varias personas y la subordinación dentro de la organización criminal, características que serán fundamentales para el inicio de las actividades criminales relacionadas con estos delitos financieros. Al ser igualmente un delito de carácter internacional, Ecuador forma parte de algunos organismos internacionales tales como la Organización de las Naciones Unidas ONU, la Organización de los Estados Americanos OEA, y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica GAFISUD.

### Trata de personas:

Las organizaciones criminales pueden tener distintos perfiles, en este caso existen redes asociadas para reclutar víctimas para la trata, pueden ser niños, mujeres y hombres, las causas del nacimiento de este acto criminal son complejas de análisis pero el subdesarrollo, la pobreza y el desarrollo de las mismas sociedades pueden ser causas para que nazcan y crezcan este tipo de organizaciones delictivas, y se conviertan en un fenómeno no solo nacional sino también internacional.

Según el informe temático sobre Trata de Personas, Impunidad, Administración de Justicia y Derechos Humanos, realizado por la Coordinación Nacional de Investigación e Incidencia en Políticas Públicas, se entiende la trata de personas como:

... la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos... (Garbay Susy. [www.dpe.gob.ec](http://www.dpe.gob.ec))

El tránsito de emigrantes ilegales puede ser también una posible causa de este delito, en nuestra legislación de acuerdo a las estadísticas, muchos niños son víctimas de trata para explotación laboral y sexual, al respecto el **Código Penal** sí tipifica esta figura en su artículo 190.2 que textualmente manifiesta:

Constituye delito de trata de personas, aunque medie el consentimiento de la víctima, el promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier

otra forma fraudulenta, con fines de explotación ilícita, con o sin fines de lucro...”

La conformación de organizaciones criminales para realizar trata de personas, se presenta de un modo clandestino, y básicamente existen tres fases o características que son el traslado, que puede ser interno o externo llevando a la víctima a otro país; la privación de la libertad del individuo que es víctima de la trata de personas, que consiste en la violencia, encierro y amenazas contra la víctima, provocando terror y limitando su libertad; y, finalmente la explotación que puede ser laboral, sexual entre otras, con el fin de adquirir beneficios económicos, mediante el fruto del trabajo que realizan de manera clandestina. Es así como el Ecuador se encuentra buscando mecanismos para frenar estas acciones, mediante la cooperación internacional que es indispensable en este delito de índole mundial.

### **Secuestro:**

Otro fenómeno que tanto en nuestro país como en América Latina se viene dando es el secuestro, la inseguridad pública es cada vez mayor y el cometimiento de delitos se vuelve tema de cada día. El secuestro es una manifestación de la violencia que se maneja dentro de la sociedad, es otro tipo que actualmente no se encuentra tipificado en el Código Penal pero que en el **Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal**, que se encuentra actualmente en la Asamblea Nacional, lo estipula como la figura de secuestro express en el artículo 94, y secuestro de persona en el artículo 95, manifestando expresamente lo siguiente:

Art. 94: Secuestro express.-

Quien prive ilegalmente de la libertad a una o más personas por el tiempo estrictamente indispensable, con el propósito de cometer otra infracción, para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Art. 95: Secuestro de persona.- “Quien sustraiga, retenga, encierre u oculte a otra persona contra su voluntad, privándola de su libertad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. Posteriormente señala las circunstancias agravantes de este delito y las penas que corresponden respectivamente.

Las organizaciones criminales dedicadas al secuestro tienen como fin obtener un beneficio económico mediante la intimidación, violencia y extorsión de la persona. Está conformada por un grupo de varias personas a quienes el cabecilla o autor de atrás asigna roles distintos para cada una de ellas, a fin de que el secuestro sea un éxito de principio a fin. La autoría mediata mediante organizaciones criminales o aparatos de poder organizado de forma clandestina, es complejo y a la vez una teoría nueva en nuestro país por lo que es importante darle el debido tratamiento e investigación para que estos tipos de delitos no queden en la impunidad.

El secuestro es un delito que posee una estructura amplia, si bien es cierto el proyecto de ley lo menciona, es claro que también existe el secuestro de bienes como por ejemplo de vehículos. La banda criminal debe conocer perfectamente los roles a desempeñar y pueden ser llamados profesionales en el marco criminal, esto requiere de una organización y planeación anterior y se puede dar de distintas modalidades que pueden ser también de orden no solo económico sino también político.

### **Narcotráfico:**

Una figura que se encuentra en auge no solo en nuestro país sino también en Latinoamérica y el resto del mundo es el Narcotráfico, delito que cada vez se vuelve más complejo en cuanto a su análisis e investigación. En nuestra legislación existe para fines de penalizar este delito, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuyo objetivo es el de promover seguridad

ciudadana y erradicar la producción y tráfico ilícito de este tipo de sustancias ilegales denominadas drogas.

Se llama droga a “toda sustancia que ingresando en nuestro organismo, produce cambios modificaciones, tanto a nivel físico como a nivel del comportamiento”. (<http://www.latinoseguridad.com/LatinoSeguridad>). Esta a su vez se clasifica en drogas legales, cuyo consumo es permitido, como el alcohol y el tabaco; y drogas ilegales, como marihuana, cocaína, heroína, entre otras.

El narcotráfico está conformado por organizaciones criminales que operan nacional e internacionalmente, teniendo mayor amplitud y tomando mayor fuerza y estrategia para violar las leyes y constituirse en redes cada vez más grandes. Ecuador sí tipifica el delito de narcotráfico en la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, la cuál además de la penalización, promueve la prevención y rehabilitación de las personas infractoras.

#### **4.6 ESTRUCTURA DEL DELITO DE NARCOTRÁFICO VINCULADO A ORGANIZACIONES CRIMINALES (SITUACIÓN ESPECÍFICA DE AUTORÍA MEDIATA DENTRO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL)**

En líneas anteriores se enumeró algunos de los delitos relacionados con organizaciones criminales, existen otros delitos menos complejos como robo de bienes tales como automóviles, casas, etc., en los que actúan delincuentes que pueden o no formar parte de una banda amplia de criminales. Pero existen otros más complejos en su estructura como el narcotráfico y los ya mencionados.

La figura del narcotráfico envuelve una alta complejidad en su estructura y genera conmoción social en todo el país y en lo principal como es el caso de Ecuador, es calificado por la Agencia Antidrogas Estadounidense (DEA en inglés) como “las naciones unidas del crimen organizado”.

Ecuador se encuentra en una zona andina en donde por influencias de otras organizaciones internacionales, es mucho más fácil y tiene gran potencial el cultivo, producción y comercialización de drogas, para ser enviadas a diferentes puntos internacionales y también para el tráfico nacional. Las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico operan entre varias personas realizando diferentes funciones y usando un potencial nivel jerárquico entre ellos, son bandas criminales con una alta infraestructura e inclusive con sicarios a su disposición, la persona líder, el cabecilla o autor de escritorio como también se lo puede llamar es la persona que en términos vulgares nunca da la cara. Detrás de estas organizaciones se encuentra una planificación estratégica para que los actos ilícitos salgan tal y como lo establecieron en un principio.

Es necesario saber que el autor de atrás es el llamado autor mediato que opera dentro de una organización criminal clandestina, dedicada a la realización de varios tipos de delitos, en este trabajo de tesis el objetivo es analizar esta figura dentro del delito de narcotráfico y para esto es importante hacer un análisis de nuestra legislación en cuanto a esta figura.

La Ley codificada de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento 490, con fecha 27 de diciembre de 2004, tiene como objetivo erradicar la figura del narcotráfico que envuelve el cultivo, producción y comercialización de drogas. El órgano estatal encargado de ejercer las atribuciones que la ley emana es el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas conocido como CONSEP, así como también la Procuraduría General del Estado, institución pública encargada de velar por el cumplimiento de dicha ley.

Las drogas como ya se dijo, se clasifican en legales e ilegales, y dentro de las ilegales existe una subclasificación con diversas categorías tales como:

1. Narcóticos: dentro de esta clasificación encontramos la heroína, droga con una capacidad altamente adictiva, también la morfina y la metadona.



2. Estimulantes: el éxtasis es considerado una droga estimulante, que produce una alta sensación de bienestar y causa abundante energía. Dentro de esta clasificación, está también la cocaína que se obtiene de la planta de coca, este árbol se produce en Bolivia, Perú y Colombia, considerados como “El triángulo andino”, causa alteraciones al sistema nervioso y efectos psicológicos nocivos.
3. Alucinógenos: se encuentra el ácido lisérgico de dietilamina LSD, derivado igualmente del cultivo de una planta llamada cactus del peyote. El Cannabis, de esta planta, nace la marihuana, droga que altera los sentidos y produce síntomas de relajación y crea un alto nivel de dependencia.
4. Sustancias químicas: estos tipos de sustancias son inhalantes y podemos encontrar en esta categoría al pegamento, gasolina, aerosoles, y sus efectos causan depresión al sistema nervioso central. Estos no son considerados drogas.

En la **Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas**, a partir del artículo 57 podemos encontrar las circunstancias en las que se considera delitos y las sanciones correspondientes para cada proceso relativo al narcotráfico.

La ley penaliza a la figura de narcotráfico desde su siembra o cosecha al igual que la elaboración, producción y preparación con reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. La oferta e intermediación en la negociación de sustancias ilegales es considerada también delito y sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales. Posteriormente se sanciona al tráfico ilícito, es decir la distribución, comercialización, importación o exportación de sustancias

estupeficientes, es decir cualquier transacción mercantil; así como también el transporte y la tenencia y posesión ilícita, con la misma pena del cultivo y producción.

En artículo 81 de la Ley, sanciona a la organización o financiamiento de las actividades relacionadas con el narcotráfico con la pena mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. El artículo en forma generalizada hace mención a la organización, lo que puede hacer referencia de manera no clara, a organizaciones criminales y a las actividades que éstas envuelven y que son consideradas delitos por la Ley de Sustancias Estupeficientes y Psicotrópicas.

El uso de sustancias estupeficientes y psicotrópicas son peligrosas para el individuo y ya vimos los efectos que producen. En nuestro país, el abuso del consumo de drogas a nivel nacional es cada vez mayor, y a mayor consumo, mayor comercialización. La actuación policial ha desempeñado un papel fundamental en el asunto mediante su área de Antinarcóticos, ha logrado la captura de varios delincuentes buscados, encargados de realizar diferentes funciones como cultivo, producción y comercialización. Está claro que el problema es de índole social, frente a ello se produce un problema jurídico y es necesario resolver mediante la aplicación de penas para aquellas personas, pero en nuestra legislación, al no tener la figura de AUTOR MEDIATO, se torna más complejo la penalización del autor de escritorio o cabecilla de una organización criminal, encargada del dominio de las acciones que envuelven el delito de narcotráfico.

La solución radica en campañas sociales, preparación de las Instituciones encargadas de la investigación de este y los demás delitos, y la más importante una reforma a la legislación penal ecuatoriana, para poder penalizar a los infractores que actúan como autores mediatos dentro de una organización criminal y como ejemplo expuesto, en el delito de narcotráfico así como en otros delitos relacionados.

#### **4.7 JURISPRUDENCIA (TRÁFICO DE PERSONAS) ANÁLISIS DE LA FIGURA DE AUTOR MEDIATO EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL**

**ACUSADOS:** Oscar Díaz Cabanillas, Susana Garcés Galindo, entre otros.

**ÓRGANO QUE ACTÚA:** Fiscalía General del Estado

Con fecha 3 de junio de 2009, la Primera Sala Especializada de la Corte Provincial de Pichincha, dictó sentencia condenatoria contra los señores Oscar Díaz Cabanillas, Susana Garcés Galindo, entre otros, por ser autores del delito de tráfico de migrantes, tipificado en nuestro Código Penal en su Art. 440.2.1, en calidad de COAUTORES FUNCIONALES, y a través de una organización criminal.

Son los hechos que desde el año 2004 hasta el 2007, los acusados han realizado reclutamiento y tráfico ilegal de menores de edad mediante un aparato criminal organizado u organización criminal. Los mencionados se valieron del reclutamiento de personas, falsificación de sus documentos y transporte ilegal para llevarlos hacia otros países con fines de beneficiarse económicamente y evadiendo las normas que emana nuestra legislación.

En la sentencia se señala que los acusados formaban parte de una organización criminal dedicada exclusivamente al tráfico ilegal de personas y para constancia de ello se describen las características de la estructura de la organización delictiva fuera del marco de la ley, señalando primeramente que “una organización criminal se caracteriza por un alto grado de cohesión entre sus miembros, por el orden interno basado en relaciones de jerarquía y de disciplina, así como por la división del trabajo. Es por ello que esta actividad criminal, siempre sea planificada y realizada por varias personas...”

Se aclara que en la asociación estructurada existe una planificación anterior y una ejecución posterior hecha generalmente por individuos que viven del

crimen. Como características se puede establecer: a) La pertenencia al grupo; b) La planificación y la realización debe ser por varias personas; c) La idoneidad del grupo para perdurar en el tiempo y d) Tener como finalidad de la realización de delitos.

Los acusados Díaz y Garcés, entre otros, pertenecían a un grupo dedicado al tráfico ilegal de personas, el cuál promovía, facilitaba, ayudaba y ejecutaba el acto delictivo, planificando con anterioridad y realizando el respectivo reclutamiento de personas, en este caso de niños, mediante engaños y obteniendo grandes sumas de dinero. La organización criminal era estable y bien estructurada por lo que venían haciendo la actividad de traficar utilizando medios ilegales desde algún tiempo establecido, dedicándose única y exclusivamente a un acto criminal, el tráfico de personas o también llamado trata de blancas para fines o no de explotación. Con ello se pudo verificar que la mencionada organización poseía todas las características que la conforman para poder ser juzgada como estructura que funcionaba fuera del marco legal, al igual de la verificación del delito como acto típico, antijurídico y culpable.

Con relación a la participación de los integrantes de la banda, la sentencia determinó que se trataba de una COAUTORÍA FUNCIONAL, al decir que el coautor es quien, “en posesión de las cualidades personales de autor, sea portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello tome parte en la ejecución del delito, es por ello que hay la decisión común del hecho y la ejecución material del mismo”. De esta manera lo relacionan con el Art. 42 del Código Penal para poder imponer la pena respectiva.

Para concluir, la Primera Sala Especializada de la Corte Provincial de Pichincha, de acuerdo al análisis de los hechos, encuentran la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de los acusados Díaz y Garcés, los declara autores responsables del delito tipificado y sancionado en el Art. 440.2.1 del Código Penal, en concordancia con el Art. 42 del mismo cuerpo legal, imponiéndoles a cada uno la pena de seis años de Reclusión Mayor y multa de cuarenta remuneraciones básicas unificadas.

De acuerdo al presente caso, se pudo determinar la existencia de una organización criminal, acudiendo a la doctrina para poder establecer los requisitos que la conforma y dejando en claro que este tipo de delitos se venía realizando desde tiempos atrás. En el actual Código Penal no se tiene como definición a una organización criminal o crimen organizado, ni mucho menos su estructura y requisitos, la jurisprudencia ecuatoriana menciona claramente que se dan muchos casos de conformación de bandas criminales por lo que debería constar en nuestros códigos. El Proyecto de Ley Código Integral Penal está dando importancia al asunto, positivizando el crimen organizado, por lo que puede convertirse en una gran ventaja para el juez, al momento de establecer la responsabilidad penal y dictar la pena.

Por otro lado se resuelve el tema de la coautoría entre los que intervinieron en el delito de tráfico de personas, ayudando y repartiéndose las tareas conforme a lo planificado. En la sentencia surge la problemática de quienes ejercerían el cargo de autores mediatos, tomando en consideración que son autores mediatos quienes cometen el hecho por medio de otro, es decir usando a otro u otros como instrumento. Está claro que en la coautoría existe una característica importante que es la cooperación, en este caso los acusados Oscar Díaz y Susana Garcés fueron acusados de ser coautores del tráfico de personas, pero no se sabe a ciencia cierta si existe una cabeza que conforma la organización criminal, un sujeto que tiene la facultad para impartir órdenes a sus miembros jerárquicamente inferiores para que realicen los pasos que demanda un tráfico ilegal de personas y poder obtener de ello un beneficio económico.

La autoría mediata en nuestra legislación debería estar establecida, siendo el caso de que existen cientos de casos en los que los autores materiales o coautores de una organización criminal reciben el castigo que les corresponde, pero las cabecillas o el jefe de mando en la organización quedan impunes, por el mismo hecho de que únicamente son autores de escritorio y actúan de tal forma que solo utilizan a un tercero como instrumento para cometer delitos que

ellos quieren como propios, pero a la hora de responsabilizar, nunca se les pues parecen personas invisibles. Podría ser falla del Estado el no realizar una profunda investigación al momento de cometerse este tipo de infracciones al igual que del legislador, al no establecer en las normas penales este tipo de figuras que han ocupado el papel más importante dentro del cometimiento de un tipo penal.

#### **4.8 JURISPRUDENCIA CASO ALBERTO FUJIMORI (ANÁLISIS DE LA FIGURA DE AUTOR MEDIATO)**

Alberto Fujimori, de nacionalidad peruana y japonesa, fue profesor de matemáticas e ingeniero y elegido como presidente del Perú en los años 1990-2001. Su gobierno fue de mucha polémica por su política autoritaria y represiva y la constante violación a los Derechos Humanos por la supuesta lucha contra el terrorismo.

Con fecha 7 de abril de 2009, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, sentenció a Alberto Fujimori, con la pena de 25 años por delitos de homicidio, asesinato y secuestro agravado. Fujimori fue jurídicamente considerado autor y no solo partícipe por los crímenes de alcance político, por lo que en dicha sentencia entra a estudio la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización, basándose y empleando antecedentes de jurisprudencia peruana y extranjera. La sentencia de Alberto Fujimori constituye uno de los mayores reconocimientos de la tesis de Roxin sobre autoría mediata mediante aparatos de poder organizados que se hayan dado hasta la actualidad.

#### **HECHOS**

Durante los años de su gobierno, existieron muchas instituciones bajo su control y básicamente concentró el poder político solamente en su persona.

Por hacer referencia de los hechos más importantes señalaremos los siguientes:

**1991** Mediante el control de las operaciones del servicio secreto del SIN (Servicio de Inteligencia Nacional), se funda el Comando Especial Paramilitar “Colina”, cuyo objetivo se basaba en la eliminación de miembros del SL (Sendero Luminoso) que eran grupos insurgentes activos; con ellos se dieron los asesinatos en masa en Barrios Altos y la Cantuta.

**1992** Con el apoyo de gran parte de la población y de las Fuerzas Armadas, se da un golpe de Estado, cuyo objetivo era dejar sin efecto la Constitución y otros órganos estatales. Este hecho se dio el 5 de abril de ese año en donde rápidamente se estableció un gobierno de emergencia.

**1993** Se aprueba una nueva Constitución autoritaria e insuficiente para la democracia.

**1995** En el transcurso de las investigaciones de los crímenes cometidos en Barrios Altos y La Cantuta, se aprueba una ley que concedía amnistía a los miembros policiales y del ejército por los delitos realizados a favor de la supuesta lucha contra el terrorismo. Con ello las investigaciones paran hasta la renuncia de Fujimori.

**2000** Fujimori huye a Japón y Perú solicita su extradición, situación que fue rechazada por Japón, sosteniendo que él posee también nacionalidad japonesa.

**2001** Asume la presidencia Valentín Paniagua, con el cual se instala la llamada CVR (Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú), para realizar las investigaciones y esclarecer los delitos producidos entre 1980 a 2000, exactamente de 73 casos concretos y reabrir las investigaciones en 47 casos más.

**2003** La CVR presenta su informe investigativo al público, en el cual se pudo identificar responsables en varios casos, y en lo que respecta a Fujimori se concluyo que:

La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN, tienen responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado Colina. (Ambos Kai, 2010, p. 53)

**2005** Fujimori abandona Japón dirigiéndose a Chile, en donde fue arrestado gracias a una orden de captura solicitada por el Perú.

**2006** Perú solicita la extradición de Fujimori a Chile, sustentándose en los casos de corrupción y violaciones a los Derechos Humanos, y en base a un tratado vigente entre ambos estados, solicitud que es negada por supuesta falta de indicios suficientes.

**2007** La Sala Penal Chilena en segunda instancia autorizó la extradición de Fujimori por los casos de Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, y además por cinco casos de corrupción.

**2009** Fujimori es condenado a veinticinco años de privación de libertad por todos los delitos cometidos, tomando como principal a las violaciones de los derechos humanos, el mismo que subsume las penas de los otros delitos, calificando a los casos Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de Estado y de lesa humanidad, cometidos mediante un aparato de poder organizado, tendiendo como cabeza principal a Alberto Fujimori.

En los aparatos de poder organizados, que funcionan generalmente en secreto y fuera del marco de la ley, es difícil una reconstrucción clara de los hechos y es aún más complicado el poder establecer responsabilidad penal a los implicados. Esto también se pudo ver en el caso Fujimori, en donde se



realizaron más de 100 audiencias para identificar la figura a la que pertenecía el actor principal de los delitos.

## ANÁLISIS

La condena de Fujimori fue realizada en virtud de la teoría del dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado, según la cuál el autor de escritorio domina la voluntad del autor material a través de una organización criminal, teoría que dio lugar a que fuese sentenciado como autor mediato. Por otro lado se tomó en consideración la aplicación de la tesis de autoría mediata en otros procesos como:

... el de Adolf Eichmann, los generales de la junta militar de Argentina y los disparos en el muro de la República Demócrata de Alemania, de igual forma se encuentran en los procesos de Nuremberg contra varios juristas alemanes, y ha sido adoptada recientemente por la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso de Kananga/Ngujdolo Chui. (Ambos Kai, 2010, p. 73 y 74).

En la autoría mediata es necesario hablar de un autor detrás de un autor. El primero viene a ser el indirecto que se encuentra detrás del segundo que aparece como autor directo y es el que comete el crimen de propia mano. Fujimori tenía a su mando una organización clandestina, un aparato de poder organizado, estructurado y controlado por él. Si bien es cierto, durante el proceso la Sala Penal identificó otras formas de imputación como la coautoría, la instigación o el *joint criminal enterprise* (teoría de la empresa criminal conjunta), se pudo establecer que existía una característica fundamental que era la utilización de un tercero como instrumento, que encajaba directamente en la figura de autoría mediata, entre otros aspectos tales como:

- La existencia de una organización jerárquica
- El poder de mando del autor mediato
- La desvinculación de la organización del Derecho

- La fungibilidad del autor directo
- La predisposición del autor directo para la realización del hecho ilícito.

Aspectos que se encuentran establecidos en el análisis de la Corte Suprema de Justicia de Perú, y que igualmente concuerdan con requisitos establecidos en este capítulo, siguiendo al famoso penalista alemán Claus Roxin.

Con respecto al caso, Fujimori fue la cabeza principal en cuanto a las violaciones de los derechos humanos, los constantes homicidios, asesinatos y secuestros dados en las épocas de 1990 – 2001. La forma de operación de la organización se basaba en la asignación de roles para los miembros de una manera jerárquica, en donde la cadena de mando se ejercía de una forma muy estricta. Por otro lado el aparato tenía un funcionamiento totalmente autónomo dirigido por Fujimori como autor indirecto, impartiendo las órdenes de los asesinatos y demás crímenes de forma tan cabal y tomando en cuenta su jerarquía, que él estaba seguro de que sus órdenes se iban a cumplir sin necesidad de conocer al autor material del hecho.

Finalmente se puede establecer que el caso de Alberto Fujimori puede calificarse como histórico, en razón de que dicha sentencia confirma la eficiencia de la teoría de autoría mediata en virtud de un aparato de poder organizado en casos de autores por mando. La teoría de Claus Roxin ha tomado fuerza en los últimos tiempos y se ha podido consolidar en varios procesos penales internacionales. Después de un arduo análisis en el caso Fujimori en más de 100 audiencias se pudo concretar gracias a la doctrina y jurisprudencia internacional que no se puede confundir otros tipos de responsabilidad penal como la coautoría, la empresa criminal conjunta o la instigación con la figura de autoría mediata mediante aparatos de poder organizados. Los fallos pueden servir también como ejemplo para otros Tribunales penales tanto nacionales como internacionales.

#### **4.9 AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS EN ALGUNOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA (ACEPTACIÓN DE LA DOCTRINA)**

Como es de conocimiento, la teoría de Roxin sobre Autoría Mediata a través de un aparato de poder organizado u organizaciones criminales aparece en el año de 1963 y se ha convertido en una vía importante para analizar y resolver el problema de responsabilidad penal. Desde ese entonces la teoría ha sido discutida por varios penalistas; algunos han preferido utilizar otras figuras penales por la ausencia de una referencia específica en los códigos en cuanto a autoría mediata, pero otros la han adoptado por su validez y características compatibles con la naturaleza de la contribución de ciertos infractores en un delito. Específicamente en América Latina, existen casos en los que a los autores se les condena como autores mediatos de un delito, lo que quiere decir que con el transcurso del tiempo la tesis de la autoría mediata mediante organizaciones criminales ha tenido gran éxito en varias legislaciones, teniendo como ejemplo las siguientes.

En Argentina, se utilizó la tesis en el año de 1985, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, dictó sentencia en el llamado “Juicio de las Juntas” en contra de los comandantes de las juntas militares, quienes fueron responsables de secuestros, torturas y homicidios en aquella época que gobernaba la dictadura militar. Esta fue la primera sentencia en la que se aplicó la tesis de Roxin acerca de la Autoría Mediata a través de aparatos organizados de poder. (Donna Edgardo, 2010, p. 665).

En Colombia, el primer caso en el que se aplicó esta figura es en la sentencia del ex senador nacional Álvaro Alfonso García Romero, quien fue cofundador del grupo paramilitar “Frente Héroe de los Montes de María”, grupo estructurado jerárquicamente vertical y con distribución de roles para sus miembros. Mediante este aparato, realizaron varios homicidios, además de

otras operaciones para obtener apoyo financiero, teniendo a García Romero como controlador del grupo paramilitar. (Donna Edgardo, 2010, p. 680).

En Perú, la primera ocasión en donde se aplicó la figura de autoría mediata mediante aparatos de poder, fue en el año de 2007 en el proceso seguido contra Abimael Guzmán, fundador y líder del SL (Sendero Luminoso), organización guerrillera, quien fue acusado por la masacre de 69 campesinos. Posteriormente se aplica nuevamente esta figura en el año 2009, en la sentencia condenatoria a Alberto Fujimori, por delitos contra la vida y una serie de violaciones a los derechos humanos.

De lo expuesto, se puede concluir que la tesis de la Autoría Mediata a través de aparatos organizados de poder puso en cuestión la responsabilidad penal de algunos líderes políticos. La polémica de esta figura a cambiado a través del tiempo y hoy en día Claus Roxin se ha convertido en el fundador y principal exponente de la teoría, que la toman como ejemplo en jurisprudencias internacionales para poder establecer la responsabilidad penal y dictar sentencia condenatoria a los autores mediatos de un delito.

Por otro lado, es importante destacar que el **Estatuto de la Corte Penal Internacional**, menciona en su artículo 25 la responsabilidad penal individual y específicamente en el numeral 3 a) dice que "...De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable...". Ecuador es suscriptor y originario de la Corte Penal Internacional, ratificándonos el 5 de febrero de 2002, por cuanto la Constitución de la República considera un avance primordial para la comunidad internacional, además sanciona los delitos contemplados en el Estatuto y busca la aplicación de su contenido de una manera eficaz. De acuerdo al artículo será responsable de un crimen quien lo realice por sí solo, o por medio de otro, este concepto encaja en la figura de autoría mediata, por cuanto se necesita

una tercera persona que será utilizada como instrumento en la comisión del delito, y tendrá detrás de ella al autor de escritorio, el que imparte las órdenes.

En el Ecuador no existe una normativa específica que asegure la aplicación de una definición de autoría mediata, pero existen ciertos aspectos en el artículo 42 de nuestro Código Penal y además en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que podemos tomar como base para realizar un cambio en nuestra legislación penal, además de la doctrina estudiada y las jurisprudencias internacionales dadas como ejemplo desde 1963 (Roxin) hasta la actualidad.

#### **4.10 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL**

El Código Penal ecuatoriano, no resulta totalmente desencantado con la teoría de la autoría mediata. La extensa definición que poseemos señala características que analizamos en el capítulo anterior y puede estar propensa a la división y como consecuencia la definición de otras figuras distintas a las de autor. Las posturas doctrinales y jurisprudenciales son favorables para proceder a una definición legal únicamente de autor, haciendo una separación con las otras figuras analizadas como la instigación y la coautoría que forman parte del concepto de autor en nuestro código.

Por otro lado, al hablar de organizaciones criminales, el proyecto ley Código Integral Penal, establece una definición de crimen organizado, por lo que resulta menos complicado la fusión entre la autoría mediata y los aparatos de poder organizados. Se podrá establecer la responsabilidad penal del autor de escritorio u hombre de atrás que esté involucrado en el crimen organizado, aquella persona que no comete el delito con mano propia sino que imparte órdenes dentro de la organización para que otro la realice.

La reforma se basa básicamente en aspectos estructurales y en las definiciones de otros Códigos como el español, colombiano y argentino, en donde las definiciones poseen un elemento fundamental para dar paso a la

responsabilidad penal por autor mediato. La propuesta de reforma a nuestro Código Penal está contenida en los siguientes términos:

**Art. 42.- Se reputan autores quienes han perpetrado la infracción, ya sea por sí solos, o efectuándolo valiéndose de otra persona imputable o no imputable, de la que se sirven como instrumento.**

También serán considerados autores:

Los que aconsejen o instiguen a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito.

Los que han cooperado o coadyuvado a su ejecución, practicando algún acto sin el cual no se habría efectuado la infracción.

## CAPITULO V

### 5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1 CONCLUSIONES

- La teoría de Autoría Mediata mediante Aparatos de Poder, diseñada por Roxin, ha dado lugar al nacimiento de nuevas doctrinas que más que repetir la teoría brindada por este autor, se han dedicado a analizar, comparar y complementar la estructura legal de la misma. Como conclusiones de este tema, que se puede considerar nuevo para la legislación ecuatoriana pero ya conocida y aplicada en otras legislaciones no menos lejanas que la nuestra, podemos destacar las siguientes:
- Nuestro Código Penal da una definición de autor extensa y a la vez algo repetitiva en cuanto a la responsabilidad penal, por lo que al momento de separar las figuras de autor mediato, instigación y coautor, se logra adquirir un mejor entendimiento de las mismas, lo que servirá al sistema penal y exclusivamente al juez a tener mayor claridad al momento de dictar una pena; y, al fiscal a investigar el cometimiento de un delito desde otra perspectiva tendiendo como respaldo al artículo 42 del Código Penal.
- El principio de culpabilidad está íntimamente relacionado con la autoría mediata. Este principio otorga al poder judicial, la facultad de sancionar al responsable de un delito, de acuerdo a investigaciones previas. De ser considerada una persona autor mediato, este largo proceso debe pasar estrictamente por un examen de culpabilidad, para determinar el grado de participación del infractor, y el castigo correspondiente relativo a la privación de libertad, de manera que con ello, se pueda estabilizar nuevamente la confianza en el orden jurídico.

- Para el control exitoso del crimen, es necesario la pena respectiva al autor mediato, impartida en sentencia condenatoria por el juez, pero también es necesario adentrarse en una política criminal, donde no solo el castigo y la intimidación sean soluciones factibles al problema de la criminalidad organizada. La política criminal es una estrategia utilizada para combatir la delincuencia en forma de prevención, son medidas que adopta un estado para prevenir, controlar y reprimir, neutralizando las causas de la criminalidad. De esta forma podríamos aspirar a tener un control razonable del crimen, sin caer en el facilismo de pensar que el crimen se puede erradicar por completo.
- La figura de autor tras autor, no solo puede darse en la autoría mediata sino también en la instigación, pero para distinguir entre la una y la otra es necesario acudir a la teoría del dominio del hecho. Si en el cometimiento de un delito, el dominio lo tiene el autor de adelante, existe inducción por parte del hombre de atrás; si por el contrario el dominio del hecho lo tiene el hombre de atrás, este será considerado autor mediato del hecho.
- A pensar de las disputas en cuanto a la teoría de autoría mediata mediante aparatos de poder organizados, en la jurisprudencia internacional, la situación ha cambiado notoriamente a través del tiempo. Esta figura ha sido resultado de la constante aplicación de la inducción o la cooperación en diversas jurisprudencias, en donde surgen nuevos parámetros y características que hacen que la teoría de Roxin de 1963, encaje en este nuevo panorama de criminalidad. Aunque ciertamente no se obtenga una pena mayor o menor para el autor mediato, es importante el análisis de la figura para determinar a los responsables el papel que les corresponde realmente, su alcance y relevancia dentro de la responsabilidad penal.
- La teoría del dominio del hecho, va enfocada al dominio por organización, característica de los aparatos organizados de poder. Para que la teoría



sea factible, es necesario una organización edificada en función de jerarquías, una estructura vertical y por ende un dominio del hecho por parte del hombre de atrás sobre los ejecutores fungibles, los mismos que tendrán el papel de subordinados.

- En América Latina, se ha adoptado el concepto de autoría mediata mediante organizaciones criminales en varias jurisprudencias, donde ciertos Tribunales han rechazado y otros han aceptado esta nueva forma de criminalidad. Lo cierto es que son precedentes jurisprudenciales que resaltan el uso de una figura jurídica indispensable para relucir la responsabilidad penal de ciertos líderes políticos y del mando militar, que se dedican a crear estas organizaciones clandestinas, con el fin de asegurar la comisión de crímenes de ámbito internacional.
- Los fallos contra el ex presidente Alberto Fujimori, son considerados como aportes fundamentales para el desarrollo dogmático en los más altos tribunales internacionales, confirmando así que la estructura más adecuada para juzgar crímenes cometidos desde una organización criminal, es la autoría mediata por organización. Con ello no podemos afirmar que el desarrollo de esta dogmática haya finalizado, sino que por el contrario, son ejemplos para dar inicio a un análisis pormenorizado del tema, teniendo como base sólida el marco normativo del derecho penal de otros países.
- Nuestro sistema penal, es el sector más susceptible de cambios. El actual proyecto ley Código Integral Penal, recoge ciertos aspectos importantes y los modifica y agrega, tal es el caso del crimen organizado. En tanto que el artículo 42 de nuestro actual Código Penal, muestra una definición extensa de autor, donde recoge otras figuras importantes como la instigación y la coautoría, pero al momento de su aplicación, podría darse una confusión para el poder judicial. Con la reforma, se da una definición más acertada en cuanto al tema de la responsabilidad penal y

podríamos hablar de una actualización conforme a derecho, acogiendo una nueva figura penal adoptada en el derecho penal internacional.

## 5.2 RECOMENDACIONES

- El poder judicial, es decir la Fiscalía General y la Policía Nacional, son las instituciones más importantes con respecto a la investigación de un delito. Sería importante que exista una preparación profesional adecuada y actualizada constantemente de los miembros de estas instituciones, con el objetivo de dar seguimiento a la formación de organizaciones criminales y las personas que intervienen en ella, ya que en la mayoría de los casos, los ejecutores fungibles son los responsables aparentemente, pero el crimen seguiría impune hasta que el hombre o los hombres que imparten las ordenes por detrás, sean capturados.
- Dado a que el crimen organizado no se encuentra aún vigente en nuestro actual Código Penal, sería prudente que se materialice en los términos establecidos en el proyecto de ley del Código Integral Penal, a fin de estar al alcance de una definición concreta de crimen organizado y poder relacionarlo con las figuras de la autoría, especialmente de la autoría mediata.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- ABELEDO, A. Introducción a la Teoría del Delito. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina.
- ÁGUILA, Miguel. (2005). El delito y la responsabilidad penal. Editorial PORRUA. México DF.
- AMBOS, Kai. (2010). La Autoría Mediata. ARA Editores, Lima – Perú.
- ANDRADE, Eduardo. (1997). Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado. Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- BRUERA, Matilde. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales - Homenaje a Claus Roxin. Editorial Lerner. Buenos Aires-Argentina.
- CABANELLAS, Guillermo. (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial HELIASTA. Buenos Aires – Argentina.
- CAMPOS, Alberto. Introducción a la teoría del delito. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina.
- CARO, Dino. (2010). La Autoría Mediata, sobre la Punición del Ex Presidente Alberto Fujimori. ARA Editores, Lima – Perú
- DE LA TORRE, Javier. (1994). Estudio del Derecho Penal, Quito – Ecuador.
- DONNA, Edgardo, (2010). Imputación, causalidad y ciencia II. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina.
- DONNA, Edgardo. (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Editorial Marcos Lerner. Córdoba – España.
- GÓMEZ DE LIAÑO, M. (2004). Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación. Madrid – España.
- HEINRICH, Jescheck, (2002). Tratado de Derecho Penal, Parte General. Quinta Edición. Editorial Comares.
- KELSEN, Hans. (1995). Teoría General del Derecho y del Estado. Dirección General de Publicaciones. México, D.F.

- MÁRQUEZ, Álvaro. (2007). La coautoría, concepto y requisitos en la dogmática penal. Revista Diálogos de saberes. Bogotá – Colombia.
- MEZGER, Edmund. (1990). Derecho Penal Parte General. Cárdenas Editor. México D.F.
- PÉREZ, Alonso. (2006). Autoría y Participación III. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires – Argentina.
- ROXIN, Claus. (2000). Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Séptima Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid – España.
- ROXIN, Claus. (2005). Autoría y Participación II. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina.
- VELÁSQUEZ, Jorge. (2010) Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá – Colombia.

#### **Cuerpos Normativos:**

- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano
- Código Penal Ecuatoriano
- Constitución de la República del Ecuador (2008)
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
- Ley para Reprimir el Lavado de Activos.
- Proyecto de ley del Código Integral Penal (2011)

#### **Documentos de Internet:**

- ANNAN, Kofi. <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache>. 18-11-11.
- ANÓNIMO. (2011). Principios penales como límites al ius Puniendi. [http://www.slideshare.net/catita\\_potter/principios-penales-como-limites-al-jus-puniendi-presentation](http://www.slideshare.net/catita_potter/principios-penales-como-limites-al-jus-puniendi-presentation). 03-10-11

- ANÓNIMO. Autoría Mediata. <http://es.scribd.com/doc/52625986/La-Autoria-Mediata-El-Autor-Detras-Del-Autor>. 10-09-11.
- ANÓNIMO. La Autoría Mediata. <http://es.scribd.com/doc/52625986>. 15-08-11
- ANÓNIMO. Participación delictiva en el Código Penal de España. <http://liberalismodemocratico.wordpress.com>. 19-09-11.
- BAILONE, Matías, El dominio de la organización como autoría mediata. <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/dominio.htm>. 24-11-11.
- BELLATTI, Carlos. Exigencias Dogmáticas Fundamentales en Materia de Autoría Criminal. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 20-12-11
- CUBAS, Juan. (2011). Principio de Legalidad en el Derecho Penal. <http://www.uss.edu.pe>. 01-10-11.
- DAZA, Carlos. Autoría y Participación. <http://www.mariocafiero.com.ar>. 07-10-11
- Diccionario de la Lengua Española. <http://www.wordreference.com/conciencia>. 11-09-11
- FERNÁNDEZ, Clara. Imputabilidad en el Código Penal. <http://www.slideshare.net>. 28-12-11
- FERNÁNDEZ, Mónica. (2011). Derecho Penal y Criminología Latinoamericana. [http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=105:principio-de-culpabilidad&catid=39:parte-general&Itemid=27](http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=105:principio-de-culpabilidad&catid=39:parte-general&Itemid=27). 10-10-11.
- GARBAY, Susy. (2010). Informe Temático sobre Trata de Personas, Impunidad, Administración de Justicia y Derechos Humanos. <http://www.dpe.gob.ec/dpe/images/descargas/TratadepersonasIIIE.pdf>. 09-12-11
- GÓMEZ, Ángela. (2011). Los problemas actuales en Ciencias Jurídicas. [www.eumed.net/libros/2011b/945/](http://www.eumed.net/libros/2011b/945/). 01-10-11.
- <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>, 02-08-11
- <http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-l/articulorolin.pdf>, 03-05-11
- MORALES, Jenny. El Terrorismo. <http://www.derechoecuador.com>. 07-12-11

- NÚÑEZ DE ARCO, José. (2011). Teoría General del Delito. [www.enj.org](http://www.enj.org), 19-10-11
- PLASCENCIA, Raúl. (2004). Teoría del Delito. Coordinador Editorial Raúl Márquez Romero. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/pl44.htm>. Universidad Nacional Autónoma de México. 09-11-11
- Reportajes. Organizaciones Criminales en América Latina. <http://www.latinoseguridad.com/LatinoSeguridad/Reps/OCAM1.shtml>. 05-11-11
- RESA, Carlos. Crimen Organizado Transnacional. [http://www.uam.es/personal\\_pdi/economicas/cresa/text11.html](http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html). 23-11-11.