



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LA CONFUSIÓN EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO ENTRE AUTORÍA
MEDIATA Y AUTORÍA INTELECTUAL”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales Y Juzgados de la República.

Profesor Guía
Dr. Pablo Encalada Hidalgo

Autora
Paloma García Astudillo-Larreátegui

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Dr. Pablo Encalada Hidalgo
Doctor en Jurisprudencia
C.I.: 1103857700

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.”

Paloma García Astudillo-Larreátegui
C.C. 1712625027

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la vida por haberme brindado oportunidades excepcionales a lo largo de ella, pero sobretodo agradezco a mi madre y a mi hermana por todo su apoyo y a lo largo de mi vida y carrera universitaria; por enseñarme que únicamente con esfuerzo se logran recompensas, y que con amor esas recompensas se transforman en éxito y alegría.

DEDICATORIA

Mer, Vicko y Abu, este trabajo está dedicado a ustedes, las mujeres más importantes de mi vida y mis mejores amigas. Quienes han estado conmigo en todos los retos que la vida me ha impuesto, ya que sin ustedes nada sería lo mismo. Con todo mi cariño.

RESUMEN

A lo largo de la historia legislativa del Ecuador, ha existido una permanente confusión de figuras legales en los códigos penales tales como la autoría mediata y la autoría intelectual, sin ser la actual norma una excepción. A partir de ello, la Función Judicial del país se ha visto forzada a aplicar erróneos conceptos legales a las contiendas sometidas a su conocimiento y precisamente por este motivo se necesita hacer hincapié en que el proceso penal tiene como finalidad identificar e individualizar al autor de un delito y, como consecuencia, llegar a determinar el grado de autoría, para así aplicar una pena justa y ponderada respecto al hecho realizado. Esta investigación estará centrada en demostrar la diferencia conceptual y práctica entre los diferentes tipos de autoría existentes en el Derecho Penal. Por la anterior consideración analizaremos la estructura conceptual y dogmática que caracteriza a la autoría mediata, intelectual y material. Para alcanzar este objetivo nos remitiremos a la acepción de la Teoría del Dominio del Hecho de Claus Roxin, como también a jurisprudencia y casos emblemáticos en los cuales se ha aplicado la autoría mediata. Asimismo haremos un estudio de la aplicación de dichas autorías en los distintos tipos penales tipificados en la legislación penal ecuatoriana.

Descriptor: Derecho Penal; autoría mediata; autoría intelectual; proceso penal; autor.

ABSTRACT

Throughout the legislative history of Ecuador, there has been a permanent confusion of legal institutions in our penal codes such as mediate perpetration and intellectual perpetration, the current one without an exception. From these, Judicial Function has been forced to apply inaccurate legal concepts to every struggle submitted to them, and precisely for this reason it needs to emphasize that criminal proceeding aims to identify and individualize the perpetrator of a crime, and as consequence, determine the degree of participation, in order to impose a fair punishment. This investigation will focus on demonstrating the conceptual and practice difference between the different types of perpetration contemplated in Crime Law. By the above consideration we will analyze the conceptual and dogmatic structure that characterizes the mediate, intellectual and material perpetration. In order to achieve this aim we will refer to the meaning of the Teoría del Dominio del Hecho de Claus Roxin, as well as jurisprudence and emblematic cases in which it has been applied the mediate perpetration. We will also study the application of those responsibilities in the different types of offenses established in Ecuadorian criminal law.

Descriptors: Criminal Law; mediate perpetration; intellectual perpetration; criminal proceedings; perpetrator.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CLASES DE AUTORÍA.....	7
1.1 Autoría material.....	8
1.2 Autoría intelectual.....	10
1.3 Autoría mediata.....	15
1.3.1 Elementos de la autoría mediata.	18
2. PRINCIPIOS DOGMÁTICOS DE LA AUTORÍA MEDIATA.....	22
2.1. Teoría del dominio del hecho de Claus Roxin.....	23
2.2. Formas de instrumentalización.	26
2.2.1. El dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados. .	28
2.2.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.	34
2.2.3. Autoría por organización.	40
3. AUTORÍA MEDIATA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.	43
4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN DONDE SE HA APLICADO LA FIGURA DE RESPONSABILIDAD PENAL POR AUTORÍA MEDIATA.....	55
4.1. Caso Adolf Eichmann.....	55
4.2. Caso de la junta militar Argentina.....	61
4.3. Caso Alberto Fujimori.....	67
4.3.1. Obediencia debida, aspectos importantes.	73
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	80
REFERENCIAS	86

INTRODUCCIÓN

A lo largo del desarrollo tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal, se ha procurado erigir ciertas instituciones que sirvan de herramienta al juzgador para con ello determinar la responsabilidad penal de personas imputadas dentro de un proceso penal, y es por este motivo que, con el fin juzgar adecuadamente a un individuo que ha participado en un hecho ilícito, la legislación y la doctrina han pretendido establecer una responsabilidad determinada según el actuar del sujeto procesal.

A partir de lo mencionado, el sistema y el proceso penal inician una movilización dirigida a determinar la existencia real y material del delito, así como la responsabilidad penal del autor del delito cometido, o en su defecto, cualquier otra persona que haya sido partícipe del mismo hecho delictivo.

Bajo esta consideración es importante mencionar que todas y cada una de las actuaciones judiciales deben estar apegadas a la ley en rigor de la normativa prescrita por la Constitución de la República del Ecuador y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente al artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual refiere a las garantías del debido proceso.

Con ello, tanto el sujeto procesal encargado de investigar los hechos en torno al delito así como también el sujeto previsto para emitir una sentencia, deben procurar en todo momento esclarecer la verdad y encontrar al responsable del ilícito para, de esta forma, activar el poder punitivo del Estado y por ende ratificar la inocencia de un sujeto o en su defecto establecer una sanción ponderada y recíproca al hecho cometido, y, es por ello que,

“El fin fundamental del proceso penal es la actuación del ius punendi estatal, que obedece o proviene esencialmente de la

atribución exclusiva al Estado de la facultad de imponer penas [...]” (Armenta, T., 2009, p. 27 y 28)

Sin embargo, se tiene que el derecho penal tiene otras funciones y,

“Además de esta finalidad de actuación del ius punendi, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes otros dos fines del proceso penal: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del delincuente.” (Armenta, T., 2009, p. 28)

Es importante establecer que previo al inicio de una causa penal se tiene que, como consecuencia de la conducta de un individuo se activa al sistema penal, y de ello se determina que toda conducta tiene un fin determinado, es decir, un fin causal, puesto que,

“La ‘finalidad’, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines.” (Welzel, H., 2004, p. 41)

A lo largo de los años, grandes penalistas han procurado establecer teorías a través de las cuales los juzgadores se puedan guiar para poder sancionar justamente a los intervinientes de un hecho sancionado penalmente, dado que una de las fuentes del derecho es precisamente la doctrina, y conforme a esto han partido de teorías materiales a formales, y con esta, la evolución del criterio de culpabilidad y ánimo al momento de ejecutar un acto.

Por tanto, del esbozo anterior, se tiene claro que tras toda ejecución de un delito existe la participación una persona, ya estando presta para tal, es decir,

actuando de forma dolosa, o en otros casos sin el ánimo o voluntad de realizarlo, y es por esto que algunos doctrinarios como Reinhart Maurach, Hans Welzel, Claus Roxin, Kai Ambos, entre otros, en su interés de punir a los responsables de hechos típicos, antijurídicos y culpables, han procurado diferenciar entre varios tipos de autoría configurada tras el cometimiento de un hecho punible.

Conceptualmente han sido aceptadas y plasmadas legalmente las siguientes autorías: autoría material o directa, autoría mediata, autoría intelectual y coautoría. Esta diferenciación nace del punto de partida de las teorías formales y las materiales, pero especialmente de la teoría del hecho que establece que,

“[...] la autoría depende de que el sujeto ejecute la acción que describe el tipo penal, de manera que no todos los intervinientes en el delito realizan dicha ejecución, por lo que no puede considerarse a todos autores. Los que cooperan a la perpetración del delito sin llegar a ejecutar la acción serán castigados como partícipes, esto es, como inductores o cómplices.” (Márquez, A.E., 2009, p. 53 y 54)

Es por ello que, tomando en cuenta dichas diferencias entre autores, se busca que cada persona sea juzgada de acuerdo a su actuación o grado de participación en un delito tipificado y penado por la legislación.

A raíz de lo anterior, es necesario entender el concepto de autoría y como menciona Edgardo Alberto Donna, citando a José Cerezo Mir, “autor es quien realiza el hecho, comprendiendo con esta palabra, tanto la acción, como la omisión” (Donna, E. A., 2009, p. 11). De lo expuesto se genera que “autor” es quien ejecuta o realiza por si mismo un acto y consecuentemente de ello se logran desprender las clases de autorías incorporadas al derecho penal.

En la doctrina se ha establecido claramente que autor es quien ejecuta la acción u omisión a mano propia, es decir, que es esta persona quien realizó el

acto por voluntad y ánimo propio. Por ejemplo, cuando una persona envenena a otra, la persona que ejecuta el acto introduciendo veneno en una bebida o comida es el claro autor material del delito, o cuando un sujeto altera un documento falsificando firmas por sí solo, de su puño y letra, a este se le considera autor material del delito de falsificación de firmas.

Siguiendo con el análisis respectivo, dentro de la clase de autoría material o directa, se encuentra también a la figura de coautoría, en la cual se entiende que, “Son coautores los que toman parte de la ejecución del hecho, codominándolo” (Donna, E. A., 2009, p. 46), y es por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia califican de coautor a todo sujeto activo que colabore a la ejecución de un acto contrario a ley penal que da como resultado la calificación de este, en su totalidad, como típico, antijurídico y culpable. Por este razonamiento se equipara al coautor como un autor.

De igual forma apreciamos como la doctrina ha logrado agregar un tipo de autor, y es el concomitante.

“Se trata en este caso de un obrar conjunto de varios sujetos sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado con lo cual el hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo.” (Donna, E. A., 2009, p. 49)

Esto quiere decir que varias personas actuaron independientes y por separado, pero que en su totalidad crearon una serie de delitos que son clasificados y penados singularmente.

Como se ha señalado, otro de los tipos de autoría aceptados y establecidos tanto en doctrina como en normativa legal, es el de la autoría mediata, mismo que se caracteriza por el uso de un tercer sujeto como instrumento para la ejecución de un acto punible, es decir, que un delito se comete por medio de un tercero que se configura como autor material.

Entender la figura de autoría mediata y lograr configurar tal grado es una labor compleja, sin embargo, el sujeto encargado de investigar los hechos debe tener claro que siempre se puede presentar la posibilidad de que tras el ejecutor material exista una persona que domine la voluntad de este, o que use a otro como instrumento o medio, teniendo como resultado la vulneración del ánimo de actuar de la persona presta para delinquir.

De lo anterior, Márquez citando a Jescheck, sugiere que “Es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose para la ejecución de la acción típica, de otra persona como ‘instrumento’.” (Márquez, A. E., 2009, p. 330)

Y en tal virtud, ciñéndose al presente estudio, el Estatuto de Roma a su vez, en el artículo 25, numeral tercero, establece que autor es quien,

“[...] a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; [...]” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, artículo 25)

De dicho artículo se logra apreciar el apresurado reconocimiento y adaptación en ámbito internacional de la existencia de la autoría mediata, esto debido a su apremiante necesidad de punir actos delictivos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, lo cual produjo su adopción en distintas legislaciones internacionales.

Por otro lado, se encuentra la figura de autor intelectual, o conocido también como instigador, que de igual forma puede emplear ciertos medios como la determinación psicológica con el fin de persuadir a un sujeto a que cometa un delito, pero que a pesar de tales esfuerzos el resultado del cometimiento del delito no es seguro ni certero.

Se entiende que este tipo de autoría se configura mediante la instigación a un tercero de cometer un acto, haciendo uso del poder mental que mantiene sobre otros, y como consecuencia estos llegan a ser su instrumento para la ejecución material del acto.

De acuerdo con esto, el profesor Zambrano Pasquel citando a Cury manifiesta que autor intelectual “es el que de manera directa, forma en otro sujeto la resolución de ejecutar una acción típica y antijurídica.” (Zambrano A., Revista Jurídica, p. 57)

De lo expuesto de forma preliminar se genera que, gracias al desarrollo de la dogmática penal, se ha logrado implantar diferencias existentes en cuanto a lo que autoría respecta, no obstante, dichas diferencias han incurrido en la dificultad de plasmar tales grados heterogéneos de autoría en diversas legislaciones, no siendo la ecuatoriana una excepción.

En virtud de esta razón, se cree de fundamental necesidad la realización de un extensivo análisis a la legislación penal ecuatoriana, para que con ello se logre incorporar de manera adecuada la teoría de la autoría y participación según los distintos grados de autoría existentes, dando como resultado una correcta aplicación tanto de la normativa penal en términos generales, como de las sanciones correspondientes y equivalentes a los sujetos participantes en un hecho delictivo.

CAPÍTULO I

1. CLASES DE AUTORÍA.

Debido a los avances en el Derecho Penal, varios tratadistas han conseguido acordar las diferencias entre las clases de autorías atribuibles a personas imputadas en procesos penales por actuaciones u omisiones conforme la tipicidad de la ley penal, es por ello que existe una inminente necesidad de unificar la legislación conforme a la doctrina, para tener como resultado el adecuado y coordinado empleo de sanciones penales según el grado de autoría en hechos delictivos.

La doctrina ha llegado al acuerdo en la necesidad de que incurran dos requisitos para que se configure una autoría, y según Ernesto Albán, estos son:

“a) Requisito subjetivo: consiste en la intención de intervenir en la preparación o ejecución del hecho delictivo, ya sea considerándolo como un acto propio, ya inclusive considerándolo como ajeno, pero al cual se contribuye de alguna manera [...]”

“b) Requisito objetivo: hace falta también que la persona ejecute una acción o una omisión dirigidas, directa o indirectamente, principal o secundariamente, a la realización del delito [...]”
(Albán, E., s.f., p. 242 y 243)

De igual manera, Donna en su Homenaje a Claus Roxin, establece lo siguiente:

“En síntesis, se puede afirmar que hay 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 ánimo de lucro o la tendencia lasciva. d. Los requisitos del delito de propia mano” (Donna, E. A., 2001, p. 296)

Por tanto se entiende que, de forma teórica, es necesario reunir dichos requisitos para poder considerar a un sujeto autor de un delito; esto desde el punto de vista que se lo vea y dependiendo de ciertos delitos tipificados.

Como se ha manifestado previamente, existe una serie de diferencias en torno a los tipos y grados de autoría, y a continuación se hará un breve énfasis en torno a cada uno de ellos, para así entender con claridad cada uno de ellos.

1.1 Autoría material.

Como resultado del extenso estudio formulado por grandes tratadistas, se ha llegado a la conclusión, por unanimidad, que el autor material de un delito es quien por sí mismo incurre en la acción u omisión de un delito tipificado como tal, es decir, que actúa por sus propios medios y de mano propia.

De ello, el Código Orgánico Integral Penal establece detalladamente en su artículo 42 quienes son autores materiales de un delito,

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

1. Autoría directa:

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

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo [...]” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 42).

De dichas modalidades se entiende que por manera directa o inmediata, la norma se refiere a aquellas actuaciones u omisiones en donde un sujeto con ánimo y voluntad, a más del uso corporal propio, ejecuta un acto del cual se desprende la configuración del mismo como típico, antijurídico y culpable.

Es decir, que para que a una persona se le considere como presunto autor material de un delito, es necesario que incurra el elemento de actuación corporal propia y voluntaria.

Siguiendo esa línea, el profesor Donna citando a Bacigalupo, menciona que,

“Autor directo o individual es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial; ‘el que realiza el hecho por sí solo’, o, como se ha dicho, quien ejercita una soberanía de configuración por actuación corporal.” (Donna, 2009, p. 45)

En consecuencia de lo antes expuesto, los órganos de justicia del Ecuador aplican la figura de autoría material en aquellos casos en los cuales sea evidente que la acción u omisión configurada como delito, contiene los elementos requeridos para tal; y, sin mediar más análisis, aplican tal figura según la tesis de los delitos de propia mano, mismos que se entienden como aquellos en los cuales solo interviene la voluntad personal y la movilidad corpórea del sujeto a fin de cometer el delito. Ciertos delitos son calificados como de propia mano, como por ejemplo el hurto, la violación, las injurias, entre otros.

Sin embargo, hay que tener claro que no siempre se puede calificar como tal al delito y peor aún al autor, ya que es necesario realizar un análisis extensivo de lo que se encuentra detrás del cometimiento o ejecución de un delito, puesto que siempre existe la posibilidad de que detrás del autor material se halle otra persona que lo usa como instrumento de realización, siendo esta el autor mediato, o en su defecto un instigador que se configure como autor intelectual.

De la noción general de autor material se desprende que este es el sujeto activo del tipo penal, es decir, que la autoría material es el eje principal dentro

de un engranaje en el cual puede participar más de una persona no necesariamente como autor, sino como cómplice o incluso como autor mediato.

Después de todo, “Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.” (Muñoz Conde, 2008, p. 156)

Este caso puede determinarse por el siguiente ejemplo: Un sujeto se acerca a otro con un arma y le obliga a darle sus pertenencias, caso contrario haría uso de dicha arma en contra del civil. La actividad mencionada, en caso de perfeccionarse, se configura dentro del tipo penal de robo bajo la modalidad de autoría directa dado que el sujeto que realiza el acto delictivo actúa por sus propios medios y de forma personal.

1.2 Autoría intelectual.

Siguiendo el esquema en cuanto a los diferentes tipos de autoría, se ha procurado integrar recientemente al derecho penal la llamada autoría intelectual, figura que no ha sido ampliamente estudiada debido a la complejidad de su configuración dentro de los diversos tipos penales.

Apartándose de la mencionada situación, existen algunos autores como Feuerbach, Hruschka, Halschner, entre otros, que abrieron camino para estudiar esta institución penal, y con ello han perseguido diferenciar la fundamental característica que determina a este tipo de autoría.

Se entiende por autor intelectual aquel hombre detrás del ejecutor o autor material, el cual para conseguir o realizar un hecho emplea medios como la instigación o la incitación, mismos que deben ser suficientes para así determinar en el tercero ejecutor la realización del hecho punible. Es por este motivo que se entiende a la inducción como una incitación sobre un tercero al cometimiento de un hecho punible, ambos actuando con dolo.

Por lo expuesto previamente se tiene que, este tipo de autor es quien maquina la situación y los actos necesarios para el cometimiento de la infracción por parte de un tercero que, en caso de efectivamente cometer el acto inducido de forma psicológica, se configuraría como autor material del delito.

El profesor Donna, citando a Joachim Hruschka, procura dar un claro concepto histórico a lo que autor intelectual refiere, manifestando lo siguiente:

“El causante físico, según la opinión de Feuerbach –en la primera edición de su libro-, ‘es aquel que ha cometido, a través de sus propias fuerzas, inmediatamente la acción que acarrea el concepto de infracción’. Y causante intelectual ‘es la persona que ha influido directamente en la producción del hecho, ya que por propio interés en el hecho ha logrado determinar la voluntad de otro a la producción del efecto antijurídico’”. (Donna, 2009, p. 136)

De igual manera el tratadista ecuatoriano Ramiro García, analizando la teoría planteada por Zaffaroni, identifica una clara característica de este grado de autoría y menciona,

“[...] es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. El determinador o inductor no tiene el dominio del hecho, lo que implica que la decisión del hecho queda reservada al autor haciendo que este decida, con lo que el dolo de inductor se dirige a un determinado hecho, por lo que la inducción desaparece cuando no puede individualizarse hacia la persona que se dirige a la instigación.” (Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, p. 395)

De lo antes citado se tiene que, los componentes o elementos significantes para el perfeccionamiento y existencia de la autoría intelectual, son la

instigación o incitación proporcionada por un hombre de atrás, así como la incertidumbre en cuanto al perfeccionamiento del resultado final.

Siguiendo esta línea, Roxin ha sostenido que,

“la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato”. (Roxin, 2004, p. 236)

Es importante resaltar que al mencionar resultado final nos referimos a la factibilidad de la ejecución o realización como tal del hecho delictivo, mismo que se puede ver truncado o eliminado por la mera voluntad del autor material, ya que este finalmente es quien decide si realizar el delito o no.

Como se puede apreciar, las diferencias entre autor intelectual y autor mediato radican formalmente, tanto en el medio empleado para determinar a un tercero a la ejecución de una infracción, en el dominio final del hecho, es decir, la certeza del cometimiento del hecho ilícito, y fundamentalmente en la existencia del dominio de la voluntad por parte del hombre de atrás, o en su defecto la predominante libertad de voluntad –libre autodeterminación- del autor material en casos de autoría intelectual.

Lo anterior se puede ejemplificar según lo siguiente:

El delito de autoría intelectual por esencia es el sicariato, en donde un sujeto ofrece a un tercero una suma de dinero por lo general, para que así de muerte a otro. Los elementos de la autoría intelectual radican en que el autor directo

tiene en sus manos el curso del hecho, es decir, la forma en que realiza el acto delictivo, en si lo ejecuta o no, y sobre todo, en que este no está coaccionado bajo modalidades de error, coacción o perteneciendo a un aparato de poder organizado, lo cual se traduce en la auto determinación del autor material, como antes se explicó.

Por otra parte, el clásico delito que describe la autoría mediata puede ser concebido cuando la enfermera debe inyectar cierta medicina al paciente, pero dicha medicina fue cambiada por veneno por un familiar del enfermo que desea su muerte. La enfermera efectúa la inyección y el paciente muere súbitamente. Tal caso se configura como autoría mediata bajo error, dado que la enfermera de saber que la inyección contenía veneno no la hubiera efectuado.

Otra arista considerada dentro de la teoría del autor intelectual radica en que este es el primer eslabón de una cadena de sucesos que bien pueden darse o no. La determinación que éste inductor crea en un tercero es el punto de partida de todo actuar, y por ende, de ser afirmativo el futuro actuar del autor material, da inicio al hecho criminal. (Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, p. 395).

Para lograr entender la figura de autoría intelectual, es necesario analizar el significado de instigación como tal, y sobre ello el doctor Bacigalupo refiere lo siguiente:

“Instigador es el que determina directamente o induce a otro a cometer un hecho punible [...]. En otras palabras, instigar es crear en otro (el autor) la decisión al hecho punible (dolo).” (Bacigalupo, 1996, p. 207)

Como se observa, el instigador es aquel sujeto que de forma directa y psicológica crea en un tercero, el ánimo de realizar una acción típica que es

sancionada de forma penal, es decir, que el instigador provoca en un tercero la decisión de actuar.

Dicha provocación puede surgir a partir del empleo de ciertos medios idóneos que se consideren una influencia suficiente tales como, “convencimiento, ruego, la promesa de una recompensa, un consejo [...]” (Donna, 2009, p. 143) y es por ello que se habla de la libertad del autor material.

Siguiendo el mismo esquema, es necesario traer a colación la importancia de la determinación dolosa empleada por los sujetos intervinientes en un delito en el cual se configure la responsabilidad por autoría intelectual, ya que, se habla de la existencia de un doble dolo.

Por un lado, se encuentra la determinación dolosa del inductor a un tercero para que cometa un hecho punible, y por otro lado, la concurrencia del dolo al momento de la ejecución del delito por parte del autor material, ya que como se ha mencionado, este tiene la libre decisión de actuar o no en consecuencia de su deber moral, y por tanto en caso de ser efectiva su actuación punible existe ánimo y voluntad, en otras palabras, se prueba la existencia del animus auctoris.

El dolo mencionado previamente se puede ejemplificar cuando en una cárcel, un presidiario motiva a otro a que inicie un motín dentro del lugar, para que así puedan intentar escapar; o cuando una persona ofrece una dádiva a otra con el fin de que esta de muerte a determinada persona. En ambos casos se logra apreciar que el instigador no tiene ninguna coacción o poder sobre el ejecutor, y que a su vez, este último puede ejecutar el acto encomendado o no.

Como resultado del análisis en torno a la teoría de autoría intelectual, nace un punto final de discusión que reside en la graduación de la pena según el tipo de delito cometido, y, se considera pertinente que tanto al autor intelectual como al autor material les sea impuesta la misma penal según el acto típico, antijurídico y culpable.

Esta opinión se fundamenta en base al origen del delito, toda vez que el mismo puede cometerse o no, es decir, que no basta la sola instigación para obtener un resultado final cierto, y que por ende, es necesaria la concurrencia de la libre voluntad del autor material para con ello consumir el delito, lo cual conlleva a la existencia del dolo por parte de ambos autores, intelectual y material.

Para finalizar, tomando en cuenta lo expuesto, se entiende que autor intelectual es aquel sujeto detrás del autor material que, usando la instigación o inducción como medio para lograr un determinado fin criminal, consigue determinar en un tercero la voluntad de realizar un hecho configurable como infracción penal actuando de forma dolosa, obteniendo de tal actuación la afectación de un bien jurídico protegido.

1.3 Autoría mediata.

El punto medular de este estudio se centra en torno a la existencia de una institución del Derecho Penal conocida como autoría mediata, misma que refleja el grado de responsabilidad por medio del cual se ha logrado imputar a las mentes –y reales responsables- detrás de extensos y diversos delitos.

Uno de sus principales defensores es el profesor Claus Roxin, quien ha procurado abarcar una serie de detalles que están tras esta figura, a fin de dar a la doctrina una clara idea en cuanto a lo autoría mediata refiere, y de cómo esta se encuadra dentro de la realización de varios hechos delictivos.

Para comenzar, debemos establecer que autor mediato es quien hace uso de un tercero, al que se le conoce como instrumento, para la ejecución de una infracción penal o “aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.” (Muñoz Conde, 2008, p. 156).

A este tipo de autor se le conoce como el “hombre de atrás”, ya que es quien máquina y hace uso de ciertos artefactos como el poder o la coacción sobre otros, para así lograr que a su nombre se delinca.

Muchos autores han procurado dar una definición clara acerca de esta autoría, entre ellos Álvaro Márquez citando a Mir Puig quien define,

“[...] define el autor mediato como el que realiza el hecho utilizando a otro como instrumento, donde lo decisivo es la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación debe ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y la persona de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe, en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario.” (Márquez, 2009, p. 31)

En palabras del mismo Márquez, se tiene que la autoría mediata existe cuando el hombre de atrás ejecuta un acto que se configura como delito, haciendo uso de un tercero que le sirve como mero instrumento o medio, y por tanto la responsabilidad agravada debe recaer sobre quien hizo uso de otro sujeto como instrumento, es decir, sobre el autor mediato.

Como se mencionó previamente, se han formulado una serie de teorías en torno a la responsabilidad en materia penal, como son la teoría objetivo - formal, subjetiva, mixta, entre otras. Sin embargo, en lo que concierne como argumentación dogmática de la autoría mediata, la teoría más próxima y acertada es la teoría material – objetiva, la cual sustenta los argumentos de la denominada Teoría del Dominio del Hecho.

Sobre esta fundamentación se ha hecho un vasto análisis, comenzando por aquel realizado por Hans Welzel en sus obras, pero de forma directa es Claus Roxin quien ha logrado desarrollar el potencial de esta teoría para así, configurar la existencia y materialidad de lo que autor mediato significa.

De esta forma tenemos que autor es aquel que tiene el dominio final del hecho, quien tiene en su poder el resultado de un acto delictivo, quien determina paso a paso la realización de un hecho que se configura en conjunto como un delito.

Pero la característica esencial sobre esta teoría aplicada a la autoría mediata reside en el dominio de la voluntad que tiene un sujeto frente a un tercero, para que con tal dominio le conmine a actuar según su mandamiento, y es precisamente en ese momento en donde se llega a configurar la autoría mediata.

Es preciso mencionar que para el perfeccionamiento de la autoría mediata, se hace uso de instrumentos o medios como lo son el engaño, la coacción o el poder, razón necesaria y suficiente por la cual se considera ineludible y justo que dentro de la graduación de penas, el autor mediato sea premiado con la mayor de todas.

De forma general tenemos que, previo a la concepción de autor mediato como tal, la doctrina creó al “hombre de adelante” a modo de que se logre entender lo que realmente significa tanto en derecho como hecho, lo que es la ejecución de un acto ordenado por terceras personas, esto debido a que anteriormente se hacía uso de personas inimputables para el cometimiento de ciertos delitos; posteriormente se lo llamó el “hombre de atrás” ya que no solamente se puede hacer uso de inimputables para la realización de infracciones, sino que mediante el uso de ciertas posiciones de poder o coacción, o en su defecto mediante órganos de poder, es posible lograr configurar la ejecución de ciertos actos que constituyan delito.

Es por este motivo que,

“En la autoría mediata se requiere de la presencia de tres personas: un sujeto de atrás, un instrumento y la víctima. El primero será quien domine la ejecución de la conducta punible a

través de otro –instrumento- que actúa como ejecutor material.”
(Hernández, 2011, p. 278)

Considerando lo anterior se aprecia que para la configuración de la responsabilidad por autoría mediata se requiere la existencia de un sujeto que en todo momento se encuentre detrás del autor directo, en otras palabras, es fundamental que incurra la presencia de una persona a la cual se le pueda hacer responsable de los actos cometidos por un tercero, ya que dichos actos responden a las órdenes impartidas por este.

Por ejemplo cuando el capo de una mafia manda a cobrar una deuda económica, y le ordena a su vez a uno de sus súbditos que si no le pagan el dinero de muerte al deudor. El supuesto se materializa y por tanto se da muerte al mencionado deudor. La configuración del autor mediato recae sobre el capo de la mafia mientras que la autoría material reside sobre el ejecutor.

1.3.1 Elementos de la autoría mediata.

Teóricamente se ha llegado a la conclusión que para la adecuada configuración de este tipo de autoría en el Derecho Penal, es ineludible que el mismo esté comprendido por una serie de requisitos, y para ello, varios tratadistas, entre ellos Roxin, Muñoz Conde o Donna, han convenido en que la autoría mediata debe reunir ciertos elementos objetivos y subjetivos.

Dichos elementos, en palabras de Márquez, se resumen en que el dominio del hecho lo posee el hombre de atrás, y en que el autor material esté en posición de obediencia o sumisión al autor mediato, al igual en que,

“debe tratarse de un tipo penal que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor (de propia mano) o una característica especial en el autor (delicta propia), o en un elemento subjetivo del tipo de carácter especial

(delitos de intención), pues en ellos no cabe autoría mediata.”
(Márquez, 2009, p. 34 y 35)

Tomando en cuenta aquello, se desprende la siguiente afirmación:

“El dominio del hecho significa, tal como lo hemos dicho en la autoría, que desde una perspectiva objetiva debe tener en sus manos el curso del acontecimiento típico. Desde un aspecto subjetivo, también el hombre de atrás debe tener la voluntad que caracteriza el dominio del hecho. Como este elemento pertenece al dolo, el desconocimiento del dominio lleva al error y en consecuencia a la exclusión del dolo, quedando sólo el remanente de la culpa.” (Donna, E. A., 2009, p. 52)

Todo lo anterior converge en que para la configuración legal y fáctica de este grado de autoría, es imperiosa la existencia de un hombre de atrás que logre ostentar supremacía frente a terceros que le sirven de instrumento para el efecto, mismos que por su posición se ven en la obligatoriedad de cumplir las órdenes encomendadas por el autor mediato.

Siguiendo dicha línea, tenemos que hay ciertos delitos que no pueden ser ejecutados mediante un autor mediato, es decir, que en ciertos delitos existe la necesidad de que incurran ciertas circunstancias o personas, que de tal forma conviertan al tipo penal en uno propio de los autores materiales, pudiendo en estos existir así mismo cómplices, lo cual quedará definido y resuelto por el mismo tipo penal.

Así pues, tenemos que los delitos de propia mano pueden ser la violación, las lesiones, el aborto, entre otros, dentro de los cuales pueden participar más de una persona, pero que por el tipo de la acción son consumados de manera personalísima.

A partir de ello, uno de los máximos referentes sobre este grado de autoría hace una distinción entre los diferentes tipos de autoría mediata y por mencionar algunos, los clasifica en:

“Autoría mediata frente a actuaciones no típicas del autor inmediato.

Autoría mediata y la actuación lícita del instrumento.

Autoría mediata en los casos de ausencia de responsabilidad del instrumento.” (Donna, 2005, p. 57, 60, 61 y 62)

El primer caso resulta del aprovechamiento de una tercera persona como instrumento, haciendo uso de su desconocimiento o induciendo a la misma al error, lo cual contundentemente lleva al autor mediato a tener el dominio de la voluntad del ejecutor. Así como cuando un ladrón le pide a un sujeto que le acerque una cartera y este lo hace sin saber que dicha cartera no le pertenece al ladrón, existiendo una carencia de voluntad para efectuar el hurto por parte del autor material.

El segundo caso es producto de actuaciones enmarcadas jurídicamente como correctas o lícitas, pero que son el resultado del ánimo lesivo del autor mediato que acarrea un verdadero dominio del hecho y por tanto responsabilidad penal. Este tipo de autoría puede configurarse como autoría mediata por error, ya que se induce a un tercero al cometimiento de un acto que si bien es correcto, se ve afectado por el elemento del error.

Para este caso, Bacigalupo ha propuesto el siguiente ejemplo respecto de la estafa procesal y menciona que,

“Una de las partes hace valer documentos falsos con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho. Pero el que obra detrás es autor mediato de estafa porque en base a su

mayor conocimiento de la verdad de los hechos ha mantenido el dominio del hecho” (Bacigalupo, 1996, p. 195-196)

Finalmente, en el tercer caso nos encontramos frente a una autoría mediata que es ejercida por medio de la coacción. Dentro de este grado de autoría su importancia radica en la falta de libertad del instrumento debido a la coacción ejercida por el hombre de atrás, así teniendo que dicha coacción se traduce en un obligatoriedad de ejecución de las órdenes impartidas por el autor mediato.

Para ejemplificar este tipo de autoría mediata recurrimos al caso planteado por Donna, en donde una mujer embarazada es obligada, mediante amenazas graves, a ingerir un medicamento abortivo. Dicha mujer es autora material del delito de aborto, pero el real autor (mediato) del acto típico, antijurídico y culpable es quien le obliga a ingerir la medicación. En el presente caso se avista la falta de responsabilidad sobre el acto de la mujer mencionada, pues, lo comete sin voluntad propia.

En resumen, para la existencia y calificación de una autoría mediata, es requerimiento, tanto del sujeto encargado de investigar los hechos así como del juzgador, realizar un análisis extenso de los hechos y las circunstancias por las cuales el autor material realizó un acto delictivo, por lo que se debe tomar en cuenta los elementos subjetivos y objetivos del caso en particular.

CAPITULO II

2. PRINCIPIOS DOGMÁTICOS DE LA AUTORÍA MEDIATA.

A lo largo de los años, tanto juristas como doctrinarios encargados de perfeccionar el Derecho Penal, se han visto en la necesidad a crear y desarrollar ciertas teorías que les sirvan de andamiaje jurídico con el fin de determinar de manera correcta la responsabilidad penal de un sujeto, según su participación en un hecho punible.

A partir de lo cual, se ha conseguido formular teorías en torno a la existencia real de un sujeto detrás del ejecutor material de un hecho ilícito, al cual se lo ha denominado autor mediato o señor del hecho. Sin embargo, la teoría más próxima para argumentar la existencia de este autor es la llamada Teoría del Dominio del Hecho, estudiada y ampliada por el profesor Claus Roxin, dado que su real creador es el jurista Hans Welzel. (Roxin, 2000)

Como eje fundamental para la argumentación de esta teoría se tiene que, a lo largo de la historia de nuestra civilización se han cometido una serie de crímenes atroces, los cuales pueden ser imputados a terceros, o en ciertos casos a un líder de movimiento, tal como el caso de los crímenes del régimen nazis, los crímenes de lesa humanidad cometidos en Chile, Argentina y Perú, y hasta aquellos crímenes cometidos por sujetos pertenecientes a pandillas criminales en masa, como lo son los Latín Kings, o incluso las guerrillas.

A partir de lo dicho, ha incrementado la exigencia de incorporar en la legislación penal, tanto nacional como internacional, la mencionada teoría que sustenta la responsabilidad latente del hombre de atrás como autor mediato, al serle atribuible la causa y efecto de la ejecución de actos que se configuren como típicos y antijurídicos.

Para viabilizar dicha necesidad, nos remitiremos a profundizar aquellos componentes y condiciones imperativas que sustentan la urgencia de prescribir correctamente lo relativo a la responsabilidad por autoría.

2.1. Teoría del dominio del hecho de Claus Roxin.

A lo largo de la historia se ha logrado apreciar la actuación nata del ser humano, que como consecuencia ha obligado a la naturaleza del Derecho Penal afincarse en cuanto a la responsabilidad de los presuntos responsables del cometimiento de delitos.

Esto ha conllevado, de igual manera, a que se desarrollen hipótesis que logren sustentar penalmente la responsabilidad en cuanto a la actuación de estas personas, y por ende, entender parte por parte cuál es su participación en la infracción para luego ser considerarlas dentro de los grados de participación criminal.

Es así como surge la Teoría del Dominio del Hecho conjuntamente con la Teoría del Dominio de la Voluntad, misma que se ve fundamentada con la semejanza, que hacen ciertos autores, en cuanto al uso de instrumentos tales que den como resultado el perfeccionamiento de un acto configurado como delito.

Por este motivo se menciona que, la autoría mediata es similar al uso de maquinaria o instrumentos inertes que den forma, con su uso, al hecho delictivo, mientras que al hablar de autoría mediata como tal, se entiende que el instrumento es otro sujeto imputable.

El sustento de esta teoría se sustenta debido a los sucesos perpetrados en la Segunda Guerra Mundial y la noción del “hombre de atrás” o “hintermänner”, con lo cual como resultado surge a la par la teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos de poder organizados.

En lo referente a la definición de autoría mediata dentro de la teoría del dominio del hecho, Zaffaroni citando a Samson manifiesta que,

“Conforme a ella el autor es el que domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el si y el cómo o, más brevemente dicho, la configuración central del acontecimiento.” (Zaffaroni, E. R., 1999, p. 306)

No obstante, hay ciertos tratadistas que hacen una diferenciación en torno a esta teoría mencionando que existe un dominio del hecho, dominio de la voluntad y dominio de la acción, pero se considera que para la existencia del dominio de la voluntad y de la acción es requisito fundamental ostentar el dominio del hecho por parte del autor mediato.

El dominio del hecho se concentra básicamente en el uso de ciertos medios atribuibles al autor mediato, mediante los cuales este logra poseer la voluntad de un tercero, es decir, hacer que su voluntad sea la de un tercero que materialice y ejecute la acción pretendida por su mandante.

Lo anterior se sustenta bajo los siguientes ejemplos de delitos realizados por error, coacción o aparatos de poder organizados. El primer caso se da en cuando un A conduce un vehículo que pertenece a B, y dicho vehículo contiene sustancias psicotrópicas adentro, de lo cual A no tiene conocimiento. Este delito de tráfico de sustancias estupefacientes le es atribuible a B como autor mediato.

El segundo caso de delitos bajo la modalidad de coacción se puede ver reflejado en aquel hombre que mata a un sujeto debido a amenazas graves impartidas en contra de su familia, y que por tanto se ve en la obligación de dar muerte al mencionado sujeto con el fin de que no le hagan daño alguno a su familia.

Finalmente aquellos sujetos que operan dentro de un aparato de poder organizado pueden realizar cualquier tipo de delito conforme las ordenes que les sean impartidas, ya sea homicidio, lesiones, tráfico de drogas, robos, etc.

Es de este modo como se ha llegado a establecer que dicho dominio del hecho puede lograrse haciendo uso de medios como la coacción o el error, a más del uso de aparatos organizados de poder, lo cual se profundizará posteriormente.

Según Márquez citando a Claus Roxin,

“el dominio de la acción estará siempre en el que realice los elementos del tipo, a pesar de que otra persona ostente un dominio superior sobre el acontecimiento que aquél mismo realiza de propia mano. La superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio.”
(Márquez, A.E., 2009, p. 137)

Es aquí en donde se alcanza apreciar la radical diferencia en cuanto al dominio de la voluntad de una persona, ya que como se explicó previamente, ambas personas son autoras de un delito, es decir, tanto el ejecutor como el hombre de atrás, sin embargo, lo importante es que el ejecutor realiza la infracción a nombre o a causa del autor mediato.

Para formalizar el dominio del hecho el autor mediato hace uso de ciertos medios a su alcance, como lo son la coacción, el error o la formación de un aparato organizado de poder, con lo cual logra consumar su voluntad plasmada en la del tercero, así sirviéndole este como un sencillo instrumento mecánico de ejecución delictiva.

2.2. Formas de instrumentalización.

Según se desprende de la teoría del dominio del hecho, la autoría mediata se puede configurar por el uso de ciertos medios que perfeccionen el comportamiento de terceros, o en este caso, la voluntad del tercero ejecutor de la infracción.

A estos medios se les conoce como formas de instrumentalización de la autoría mediata, ya que como tal, para que exista este grado de autoría es necesario que el delito sea ejecutado a través o mediante un sujeto que se le conoce como instrumento.

Dogmáticamente se ha llegado a la conclusión que la instrumentalización de la que forma parte la autoría mediata se puede conseguir mediante coacción, error o mediante aparatos de poder organizados.

El primer caso trata la instrumentalización mediante la coacción o fuerza cuando el autor mediato doblega la voluntad del ejecutor, y logra en él imponer su propia voluntad que no es más que la de cometer un delito mediante este tercero. Dicha imposición forzosa de voluntad sobre el ejecutor está plasmada con dolo, pues tal voluntad de coaccionar va dirigida al cometimiento de una infracción penal.

De ello se desprende lo siguiente,

“Es autor mediato únicamente aquél que concretamente dirigió su actividad de fuerza al objetivo de que otra persona realizara un determinado delito. A su vez, no se ve inconveniente para que el autor mediato responda, a título de dolo eventual, de lo realizado por el coaccionado, con relación a las posibles desviaciones o alteraciones que sufra en el evento durante su concreción por este último.” (Márquez, A.E., 2009, p. 154)

Es decir que el autor mediato tiene en sus manos el curso del acontecimiento ilícito debido a la fuerza que emplea sobre su instrumento y potencial materializador del acto punible, lo cual se traduce en el certero acaecimiento del hecho ya que la voluntad del ejecutor se ve doblegada por una coacción irresistible, misma que puede finalizar al momento de perfeccionar el acto típico o no.

El autor material actúa con carencia de dolo puesto que si dependiera de su voluntad cometer el ilícito, está claro que no lo cometería, con lo que la adecuación al tipo penal se ve truncada al existir una privación dolosa.

Siguiendo el esquema de la instrumentalización, el segundo caso se formula cuando se aplica o se induce al error, en el cual se pone en manifiesto que hay una carencia de dolo al momento de ejecutar el acto, ya que el instrumento no hubiera realizado tal acto de haber sabido cuál era la voluntad del autor mediato, la cual sí está plasmada con dolo.

Para entender este tipo de instrumentalización, el ejemplo que se suele exponer es aquel en donde la medicina que la enfermera va a inyectar es cambiada por veneno, y por tal, al momento de la inyección, el paciente muere.

De lo antes mencionado se puede argumentar que con la existencia del dolo por parte del hombre de atrás, hay una clara manifestación y existencia de lo que en esencia es el autor mediato, ya que, este al usar a otra persona como instrumento de ejecución de un acto que nace de su voluntad, logra configurar tanto la existencia del dolo como del uso que este ha hecho sobre otra persona como mero ejecutor de un delito por él deseado.

A este tipo de instrumentalización se la ha caracterizado según si es moral o material, por lo cual a la primera se la llama “vis absoluta” y a la segunda “vis compulsiva”.

La fuerza moral es entendida, en palabras de Márquez, como aquella violencia física que ejercida sobre una persona anula su voluntad y la convierte en un simple instrumento del que emplea la fuerza; mientras que la fuerza material se la considera como la fuerza física o moral empleada en contra de otra persona con el objeto de obligarla adoptar una decisión.

Por tanto, se desprende de lo anterior una absoluta configuración de la autoría mediata el momento en que se exponen situaciones como el dominio de la voluntad de un tercero mediante el uso de la coacción y el error en sus varias clases, ya que de tal dominio y limitación de la libertad del tercero, se logra la ejecución de un acto que resulta delictivo.

Finalmente, se ha puesto en clara evidencia el cometimiento de una serie de delitos a través de aparatos de poder organizados, mismos que de forma tajante han logrado aprehender la voluntad de terceros a favor de estos, y así conseguir fines criminales maquinados según su organización.

El ejemplo más claro sobre este último tipo de dominio de la voluntad se encuentra en las mafias organizadas del narcotráfico, en donde hay un jefe absoluto al cual los integrantes de la organización le rinden cuentas del “negocio”. Cada persona cumple un rol dentro del engranaje ilícito, en donde unos se encargan de la venta de sustancias estupefacientes, otro grupo realiza los cobros, y otras personas se encargarán de las conexiones territoriales en donde se realice la venta del producto.

Cada uno desempeña un encargo el cual debe ser ejecutado de tal forma que el jefe de la organización este satisfecho, caso contrario es expulsado de la mafia, o peor aún, es aniquilado.

2.2.1. El dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados.

Históricamente grupos sociales se han visto sometidos a severos delitos realizados por organizaciones consideradas como criminales, ya sea en

nombre del estado, por particulares o mediante personas jurídicas, las cuales han fecundado en terceros ciertos ideales como si fueran propios de su ser.

Bajo esta motivación se han desarrollado teorías dogmáticas que sustenten la responsabilidad penal bajo esta modalidad delictiva, para con ello argumentar la real causa del perfeccionamiento de tales delitos, y como resultado se ha logrado establecer los parámetros en cuanto a la teoría del dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados dentro de la autoría mediata.

Así entonces, Claus Roxin expone una nueva suposición que se configura dentro de la autoría mediata y manifiesta que:

“el dominio del hecho por dominio de la voluntad no solo puede configurarse en virtud de coacción o de error del ejecutor material de la conducta típica, sino también mediante la utilización de aparatos organizados de poder.” (Lascano, C. J., 2001, p. 350)

Dicha teoría señala que los crímenes son realizados por terceras personas, que sirven de instrumento a los altos mandos, pero su característica radica en la organización que poseen los autores mediatos, es decir, que mediante una estructura de poder y mediante un mandatario, terceras personas ejecutan actos deseados por el hombre de atrás.

“La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, es una forma de dominio de la voluntad (diferente al error o la coacción) que, como se decía, pretende explicar la responsabilidad penal en aquellos eventos en que interviene en la ejecución del hecho punible un aparato organizado de poder; se trata de aquellos eventos en que para la ejecución del hecho se utiliza como instrumento no a una persona individualmente considerada sino a un aparato de poder como tal.” (Vázquez, 2012, p. 8)

Es necesario explicar que dentro de este tipo de instrumentalización, no hace falta el uso de otros medios como la coacción o el error, y es precisamente por ello que se manifiesta que mediante los aparatos de poder organizados se llegan a cometer mayores crímenes afectando a bienes jurídicos protegidos mediante la autoría mediata, que haciendo uso de los otros medios mencionados.

Cabe recalcar que este tipo de medida tiene como consecuencia el seguro cometimiento del delito, puesto que, en caso de que uno de los instrumentos pertenecientes a la organización se niegue a ejecutar el acto, de forma inmediata habrá un tercero diferente que haga su labor, es decir, que se lo reemplazará por otro sujeto, por lo que el resultado no se verá obstaculizado y será cierto, por ello que se hable de la fungibilidad de los ejecutores.

Este tipo de autoría se ve expuesto en un sin número de actos delictivos ejecutados por personas pertenecientes a ciertos grupos sociales, tal como sucedió en la Primera y Segunda Guerra Mundial, y más aún en lo que sucede hoy en día en los conflictos de Medio Oriente, en donde sujetos que forman parte de grupos religiosos armados enfrentan la obligatoriedad de consumir actos como inmolarsse con el fin de perjudicar a un sector social o al Estado.

Estos actos deben ser ejecutados de forma obligatoria puesto que sus ideales religiosos les impulsan a los mismos, dando como resultado una afectación social de gran escala. Aquellos sujetos que realizan los hechos delictivos son una mera pieza del engranaje, puesto que en el caso de no cumplir con el objetivo se cambia de pieza (otro sujeto) y el objetivo finalmente se ve materializado.

Alberto Donna, haciendo relación a la fungibilidad de los ejecutores, expone claramente la esencia de este medio y manifiesta,

“[...] nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato, que es punible como culpable por mano propia. Pero estas circunstancias son irrelevantes en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante. El ejecutor es, en la medida en que se escarbe un poco el dominio de su acción, al mismo tiempo y en cada instante, una ruedita cambiante en la máquina del poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos.” (Donna, 2009, p. 69)

De forma general se expone la esencia de este tipo de autoría, ya que es el hombre de atrás quien ordena, por su posición de mando o supremacía, la ejecución de ciertos y determinados crímenes. A dicho autor mediato se le ha llamado doctrinariamente “el hombre del escritorio” o en alemán conocido como “schreibtischtäter” debido a que posee a su mando un grupo organizado que simplemente ejecuta órdenes dadas por superiores jerárquicos.

Como consecuencia de lo expuesto, la doctrina pone en manifiesto la carencia de error o coacción en este tipo de autoría, ya que no hace falta hacer uso de dichas herramientas o medios, debido al fácil remplazo de los sujetos ejecutores dentro del aparato de poder organizado, con lo cual se llega a la conclusión de que el autor mediato debe tener tal poder o dominio sobre la organización, que como resultado éste logre hacer que terceros ejecuten los crímenes a su nombre, y por tanto de ello se desprende el dominio del hecho que posee el hombre del escritorio sobre su organización delictual.

Siguiendo el mismo esquema Bruera, citando a Claus Roxin, ha llegado a diferenciar y establecer dos medios por los cuales se hace posible la existencia de la autoría mediata a través de aparatos de poder organizados, y expone lo siguiente:

“1) En casos en que se utiliza el aparato del estado, y están suspendidas las garantías del Estado de Derecho, o las garantías constitucionales (se refiere a los casos analizados).

2) La segunda forma de autoría mediata dentro de este grupo se presentaría en los hechos que se cometen en el marco de organizaciones clandestinas, secretas, bandas criminales, etc., para lo cual se requiere, no solo que sea una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también que el fin de toda la organización en su conjunto sea contrario al ordenamiento jurídico estatal y vulnere las normas penales positivas.” (Bruera, M., pág. 263, 2001)

En el primer caso, es decir los aparatos de poder organizados instrumentado por estados, el autor mediato como tal es el jefe de estado o sus subalternos, ya que debido al poder que se le atribuye, tiene el dominio tanto de la voluntad como del hecho sobre un sin fin de personas que están dispuestas a ejecutar órdenes precisamente por ese poder jerárquico que ostenta sobre ellos.

Estos casos se reflejan claramente en los hechos ocasionados en países como Chile, Argentina, el régimen alemán nazi, etc., en donde el jefe de estado y sus más cercanos ayudantes lograron crear un engranaje de decisiones que desembocaron en masivos ataques criminales contra los ciudadanos, como violaciones, asesinatos, torturas, entre otros, lo cual pone en clara evidencia la facilidad de calificar como autor mediato a un sujeto dentro de un aparato de poder organizado como estos.

La importancia jurídica que toman este tipo de aparatos radica en la reglamentación que estos tienen, ya que el estado es un ente regulado y regulatorio de la sociedad, por cuanto su actuación tiene mayor impacto al concentrarse en el daño que perpetran a sus mandantes y como consecuencia el cese de la aplicación de un Estado de Derechos o garantista.

Como lo define Kai Ambos, tales actuaciones se logran configurar como un injusto colectivo debido a que los crímenes son efectuados por un número considerable de personas, tal como las fuerzas armadas, los militares, etc., y por otro lado el hecho lesivo es realizado en contra de la población, con lo cual se aprecia la configuración de la colectividad que agrede y que es agredida. (Ambos, 2007)

Lo sustantivo e importante de estos casos radica en el grado de autoría aplicable a cada sujeto que intervino en el cometimiento del delito, y por tanto la doctrina y la jurisprudencia han alcanzado establecer con claridad la diferencia entre los hechos, las órdenes y formas en las cuales se cometen tales delitos, y por tanto, al sujeto de atrás u hombre del escritorio le corresponde una pena mayor que al autor directo o material de las mismas.

Por otro lado tenemos los casos en los cuales los aparatos de poder organizado son informales debido a que no están regulados legalmente, y se constituyen entre gente común y corriente pero con un mismo ideal, el cual puede variar, pero que como resultado de su unión se pone en manifiesto peligro ciertos bienes jurídicos protegidos como lo pueden ser la vida, la salud, la propiedad, entre otros.

Dentro de este tipo de aparatos se ha llegado a identificar algunos como la mafia italiana y rusa, los carteles mexicano y colombiano de drogas, el tráfico y extorsión de personas en Europa y muchas otras más, lo cual refleja la informalidad de su agrupación debido a que dichas bandas criminales son netamente delictivas y están en contra de todo ordenamiento jurídico y social.

De igual manera, la importancia de este tipo de colectivos radica en la fungibilidad o sustituibilidad de los autores materiales y como consecuencia de ello se tiene el seguro cometimiento de la orden impartida por el cabecilla del aparato delictivo, ya que de todas formas el negarse a cometer un delito no va

a cambiar los hechos que el jefe del aparato espera que sucedan, de lo cual se desprende que:

“Lo característico de esta forma de dominio es que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o de prevalerse de una situación de error en el ejecutor, y, además, sin tener que conocer a éste. Al no depender la organización de la persona individual del ejecutor, se dice que ella funciona de forma <<automática>>... El criterio de fungibilidad (o intercambiabilidad) alude a la posible sustitución del ejecutor por otro en caso de que uno se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan en su conjunto.” (García Vitor, E., 2001, p. 329)

Así tenemos que, dentro de la mafia italiana el capo ordena a un inferior dar muerte a una determinada persona para que así pueda acceder a un puesto más alto dentro del organigrama criminal. En caso de que cumpla a cabalidad tales órdenes, este último tiene la posibilidad de ascender en el aparato de poder organizado, por el contrario si no realiza la orden impartida pues seguramente perderá su vida. Este ejemplo se puede ver reflejado en la mayoría de colectivos criminales que hacen uso de coacción y poder, lo cual conlleva a la progresión de la banda en cuanto a su autoridad frente a terceros.

2.2.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el presente estudio, es de significativa importancia poner en expuesto la reciente regulación penal impuesta a las personas jurídicas en Ecuador, ya que como se sabe, mediante estos aparatos se logran cometer crímenes que afectan a mayor escala un colectivo, que el cometimiento de un asesinato o una estafa personalizada.

Las personas jurídicas, en el ámbito práctico, han tomado un gran impulso en cuanto a su crecimiento y conformación acorde el desarrollo de la sociedad, ya

que gracias a estas se logran canalizar la mayoría de actividades comerciales entre personas y empresas alrededor de todo el mundo, y por tanto como resultado, satisfacer necesidades de toda índole.

Sin embargo, la otra cara de la moneda se presenta cuando estas empresas desembocan sus orígenes de creación en causar perjuicios a las sociedades, y es por este preciso motivo que los legisladores se han visto en la obligación de desarrollar y evolucionar el Derecho Penal Económico en torno a conductas lesivas realizadas a través de empresas.

En Ecuador, la reciente implementación de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha causado un sin número de observaciones y comentarios, no obstante, la importancia de ello radica en la necesidad del correcto empleo de penas y sanciones a estas instituciones en caso de que incurran en el cometimiento de delitos que afecten bienes jurídicos tutelados.

En lo referente al cometimiento de un delito dentro de una persona jurídica es necesario entender lo siguiente:

“a) Muchas veces es una organización empresarial la que crea el riesgo. Mientras en la delincuencia tradicional lo habitual es que el sujeto realice el hecho de ‘propia mano’, en el ámbito de los delitos económicos desempeña un papel relevante la realización de delitos desde estructuras empresariales.

b) Debido a las características del mundo económico, puede haber más sujetos competentes del hecho delictivo que el autor o coautores. En este ámbito caracterizado por una gran cantidad de contratos anónimos estandarizados, muchas veces en el contexto de actuaciones profesionales habituales en el tráfico económico, la restricción de la participación criminal a límites razonables

representa una acuciante necesidad práctica” (Feijoo, Sánchez, B., 2008, pág. 265 y 266)

Por lo anterior, se entiende que dentro de los aparatos organizados de poder se debe tomar en cuenta a las estructuras empresariales, ya que mediante estas un engranaje compuesto de varias personas que ocupan diferentes cargos, son los que pueden cometer ciertos tipos de delitos a nombre de la institución para la que desempeñan un trabajo, y como resultado tienen un rol tanto dentro de la empresa como dentro de la actividad criminal.

De ello, se desprende la necesidad de individualizar la responsabilidad de los partícipes en el cometimiento del acto delictivo, para así poder encasillarlos dentro de los distintos grados de autoría existentes. Es en este momento donde logra desempeñar un rol significativo el dominio del hecho y de la voluntad que poseen los directivos o gerentes de una empresa sobre sus mismos jerárquicos o sobre sus inferiores, ya que a partir de lo dicho se podrá determinar y delimitar la responsabilidad de cada uno.

No obstante, se debe tomar en cuenta que no siempre hay una sola persona a la cual le es imputable el delito cometido mediante una persona jurídica, ya que muchas veces el engranaje empresarial no tiene conocimiento de que sus actuaciones son parte de un macro plan criminal, y por tanto, en esos casos es de vital importancia examinar el entramado delictivo realizado mediante una estructura jurídica ya que hay una carencia de dolo.

“Roxin entiende que ello es posible cuando una <<maquinaria>> organizada funciona <<automáticamente>> sin que importe la persona individual del concreto ejecutor: el sujeto detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a los medios coactivos o engañosos,

puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultado afectada la ejecución del plan global.” (Lascano, C. J., 2001, p. 351)

A partir de lo previo, se considera que una de las formas más lógicas y justas, jurídicamente hablando, para imputar a una persona por un delito cometido usando como instrumento a una persona jurídica, es la aplicación de la teoría de la autoría mediata, ya que precisamente se logra encasillar las órdenes impartidas por un alto funcionario, o el simple hecho de la ejecución de una parte de un plan maestro que resulta desembocar en un delito, dentro del uso de un tercero como instrumento para un fin, y claramente, el dominio del hecho de un tercero por parte del hombre de atrás y hombre de escritorio en estos casos.

Otro de los medios y teorías útiles a fin de atribuir responsabilidad penal a un sujeto mediante el uso de personas jurídicas, es la teoría de la responsabilidad dentro de la estructura empresarial, en donde se determine que los responsables de un delito ejecutado a través de un aparato como estos, sean sus altos mandatarios, si así fuere posible, al crear la convicción en sus trabajadores de que los hechos delictivos que realizan son normales y comunes.

La aplicación de la teoría de autoría mediata es factible si seguimos la dogmática de Berruezo citando a Reátegui Sánchez, quien afirma que,

“Es cierto que en las empresas, la estructura jerárquica facilita la autoría mediata, por lo tanto su tratamiento penal en supuestos de aparatos organizados de poder puede ser aplicado, con las peculiaridades que presenta, a una estructura empresarial. Entendiendo que puede ser utilizado en aquellos casos donde el

directivo o representante de una persona jurídica instrumentaliza a un tercero que vendría a constituir los agentes subordinados para cometer los hechos punibles. Además considera que el concepto de 'autor detrás del autor' puede aplicarse a una organización empresarial, pues el dominio de la cima de organización se ve posibilitado por el hecho de que, de camino al plan delictivo de los órganos directivos, cada instancia sigue dirigiendo su cuota de decisión gradualmente [...]” (Berruezo, R., 2007, págs. 107 7 108)

Por tanto, si se realiza una exhaustiva investigación de la empresa se podrá evidenciar la existencia de distintos niveles de dirección y toma de decisiones dentro de la misma, mismo que convergiría en la individualización de responsabilidad penal a ciertos sujetos pertenecientes a la entidad, más allá de la sanción o multa respectiva al órgano ficticio como tal.

Esto de cierta forma obliga al sistema penal a establecer un patrón de imputabilidad o una guía de cómo sancionar a personas que ejecutaron hechos criminales por medio de personas jurídicas, y para ello, se considera conveniente la debida aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, de verificarse que los directivos actuaron con conocimiento de causa y que hicieron uso tanto de su andamiaje empresarial como de terceras personas, para así viabilizar el cometimiento de un hecho tipificado penalmente.

La autoría mediata encaja en este tipo de casos ya que por lo general las personas utilizadas como instrumentos, o autores materiales, se ven obligadas a realizar ciertas actividades ya sea porque son parte de su trabajo y no tienen conocimiento de que las mismas son una fracción o segmento de un todo delictivo, por temor a perder sus trabajos o porque tienen el convencimiento que sus actuaciones están bien.

Con relación a la última percepción mencionada, la doctrina estadounidense ha desarrollado lo que se conoce como “corporate ethos” a fin de determinar responsabilidad penal dentro de la estructura empresarial, en la cual los sujetos que trabajan para una empresa asimilan como normal y habitual el cometimiento de delitos, porque con ello se puede llegar a tener una mejora de puesto de trabajo, un aumento de salario, bonificaciones, u otros incentivos.

En caso de seguir esta línea para atribuir responsabilidad penal, se debe considerar al colectivo mas no a una determinada persona ya que “el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los interventores, no sólo la suya propia. Todos conforman una persona colectiva cuya obra es la ejecución” (Berruezo, R., 2007, pág. 131), por lo que se dejaría de aplicar la autoría mediata ya que, como dice Jakobs “el dominio lo tiene el colectivo” (Berruezo, R., 2007, pág. 132).

De forma concreta se dice que hay autoría mediata dentro de una persona jurídica cuando el hombre de atrás domina a la organización, y cuando a consecuencia de ello la organización domina al hombre de adelante siendo este, como consecuencia de sus actos, el autor material. De igual forma se presenta tal autoría cuando,

“El dominio decisivo es el ‘dominio sobre la organización’ (dicho dominio directo sobre la organización es lo que explica un dominio indirecto o mediato sobre la voluntad de los ejecutores del hecho delictivo, que caracteriza todos los supuestos de autoría mediata [...])” (Feijoo Sánchez, B., 2009, pág. 12)

Se desprende de tal argumento que para configurar como autor mediato a un sujeto perteneciente a una empresa, este debe tener total control de la misma, con lo cual como resultado de sus decisiones, guiará al conjunto colectivo al cometimiento de actos que acumulados tengan como consecuencia la afectación a un bien jurídico que es tutelado.

2.2.3. Autoría por organización.

Otra de las aristas de la teoría de la autoría mediata dentro de los aparatos organizados de poder se fundamenta en la existencia de organizaciones que actúan fuera de márgenes legales, entendiendo a estos como aparatos organizados no estatales, y por tanto aislados de toda normativa legal, tales como la mafia italiana e italoamericana, los carteles mexicanos de drogas, los Yakusa, entre otros.

Para entender de cierta forma lo anterior, Claus Roxin citando a Joecks menciona lo siguiente:

“El dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder aparece como tercera forma independiente de la autoría mediata. Es el prototipo de una situación del ‘autor detrás del autor’ y ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo algunas voces se muestran contrarias a esta construcción, rechazándola.” (Roxin, C., 2006, pág. 14)

Consecuentemente, se debe entender que los casos de dominio del hecho mediante aparatos organizados se ve afectado y, perfeccionado a la vez, debido a la autoridad que ejerce una persona conocida como hombre de escritorio sobre una pluralidad de personas organizadas a la cual se le conoce como aparato de poder organizado, mismo que le sirve de medio para el cometimiento y perfeccionamiento de hechos delictivos, sobre el cual, finalmente, aquel que tiene dicha potestad sobre estos terceros llamados instrumentos, recaerá la autoría mediata.

Por otro lado, este tipo de medio resulta peculiar debido a que una de sus particularidades, según Roxin, radica en su categórico distanciamiento de todo tipo de normativa legal, es decir, que sus actuaciones se encuentran apartadas del ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional, según su modalidad delictiva. (Roxin, C., 2004)

De igual manera, la importancia intrínseca existente en este tipo de medio de autoría radica en otros dos argumentos. El primero se centra en el dominio que posee el autor material sobre la acción, es decir, que este tiene en sus manos el poder de realizar o no el acto típico solicitado por el hombre de escritorio, mas no el dominio del hecho. Por ello es que el profesor Roxin afirma que,

“El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.” (Roxin, C., 2006, pág. 15)

En segundo lugar, es importante señalar la seguridad en cuanto a la realización del acto delictivo, ya que el mismo devenga de la facilidad de sustitución del autor material puesto que este puede ser reemplazado en cualquier momento por otro instrumento perteneciente al mismo aparato organizado, para que realice el cometido, y como consecuencia de ello se evidencia el tajante poderío que ejerce el hombre de atrás (autor mediato) sobre la colectividad o pluralidad del aparato organizado, y siguiendo esta línea Kai Ambos expone que,

“De todo esto se sigue que el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato como tal continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado. Por tanto, una fungibilidad no es posible por lo general simultáneamente, sino sólo sucesivamente. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.” (Ambos, K., 2007)

Lo citado hace referencia a la segura realización de las órdenes impartidas por parte del jefe de la organización criminal, esto debido al dominio que posee sobre los instrumentos que forman parte de su aparato criminal. De igual forma, tal aseguramiento resulta del sencillo intercambio de los sujetos prestos a la realización de las órdenes, que sin remediar su criminalidad, son ejecutadas.

CAPÍTULO III

3. AUTORÍA MEDIATA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.

La reciente reforma a la legislación penal ecuatoriana ha dado lugar a un sin número de debates teóricos en torno a lo que autoría refiere, dado que formalmente, la mencionada normativa constituye un brecha entre un sustento jurídico y un andamiaje práctico.

Como es de común conocimiento, el Código Orgánico Integral Penal no dista su regulación con las anteriores normativas penales en torno a lo que autoría refiere, sino que, deteriora aún más la situación agregando una serie de matices fuera de las concepciones jurídicas preestablecidas.

A raíz de tal mixtura legal, el marco jurídico penal se ha visto próximo a un panorama en donde los juzgadores tendrán que enfrentarse a una praxis dispar de la realidad.

Para dar inicio al tema en referencia, en el artículo 42 del mencionado cuerpo legal, el legislador procuró moldear las distintas figuras concebidas en torno a la teoría de la autoría y participación, no obstante de sus intentos, como resultado se obtuvo una irregular, confusa y poco pragmática realidad de lo que dichas instituciones contemplan.

Partiendo de lo anterior, el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal establece lo siguiente:

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

1. Autoría directa:

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

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.

b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.

c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 42)

Para el análisis en cuestión y, posterior al estudio realizado a lo largo de la presente, queda claro que la autoría mediata se conforma a partir de una serie de elementos, siendo imprescindible el uso de una tercera persona como instrumento para que cometa un acto típico y antijurídico, del cual se desprenderá una autoría mediata a favor del hombre de atrás.

Partiendo del primer requisito, se debe tomar en cuenta el resto de piezas, tal como lo es el mecanismo usado por el hombre de atrás para perfeccionar el actuar del tercero, así teniendo como medios la coacción, el error, los aparatos organizados de poder o los aparatos organizados. Otros factores

trascendentales son la fungibilidad del instrumento y la certeza de que el acto delictivo se va a realizar.

Es por ello que se puede afirmar que la autoría mediata se caracteriza por el real y eficaz dominio de la voluntad de un tercero para cometimiento de un acto delictivo, a más de la existencia efectiva del hecho antijurídico, es decir, poseer el dominio del hecho sobre un tercero.

Lamentablemente, ninguno de los elementos que ha logrado establecer la doctrina en cuanto a la autoría mediata han sido valorados a fin de prescribir correctamente la norma aplicable, dando como resultado la adaptación de las conductas a un tipo abierto, como lo es la autoría mediata.

Para tener clara la confusión existente entre autoría mediata y autoría intelectual en el COIP, se desglosarán los elementos existentes en cada modalidad determinada en el artículo 42, iniciando por el literal a, numeral dos, en donde el legislador al referirse a “Quienes instiguen o aconsejen...” se está dirigiendo a aquellos sujetos detrás del autor material que se pueden calificar como autores intelectuales.

Como se ha estudiado previamente, un instigador o incitador es aquel que formula en una tercera persona la idea de ejecutar un hecho que se configura como delito, pero que, sobre tal persona no posee el dominio de voluntad existente en a la autoría mediata. Para entender el acto de inducir, Donna, citando a Cerezo Mir y Bacigalupo, refiere que la inducción consiste en,

“[...] cuanto el inductor ha de conseguir que el autor realice la acción delictiva, mediante influencia psíquica. Bacigalupo afirma que los medios son indiferentes, que pueden consistir en beneficios que se prometen, por ejemplo, aunque concluye que se requiere una concreta influencia psicológica.” (Donna, 2009, p. 138)

De lo dicho se desprende que, el resultado final del cometimiento de la infracción es incierto, ya que al remitirse la inducción a un actividad meramente psicológica, no se posee el dominio de la voluntad, y consecuentemente, el dominio del hecho. Es por esta razón que se considera que el legislador al tratar a un instigador como autor mediato se equivoca.

Es necesario hacer énfasis en este literal ya que, como se ha mencionado a lo largo del presente estudio, la teoría de la autoría mediata ha determinado los elementos y requisitos por los cuales ésta puede llegar a conformarse, y por consiguiente, se excluye de la misma la inducción o instigación, ya que dicha modalidad no lleva inmersa la seguridad de un resultado, peor aún, el uso de un medio coercitivo u organizado por el cual los hechos delictivos se cometan sin mayor preparación.

Todo ello proporciona como resultado la errónea interpretación de la teoría de la autoría mediata, y por tanto, la inexacta y equívoca determinación de dicha autoría a aquellos sujetos que sean valorados como instigadores o inductores.

Con el fin de hacer énfasis en la equívoca concepción sobre el instigador en el Código Orgánico Integral Penal, tenemos que mencionar que desde el punto de vista de la legislación penal colombiana se ha determinado a la instigación o determinación como una forma de participación, y el artículo 30 del Código Penal Colombiano señala que instigador es, “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica...” (Código Penal Colombiano, 2001, artículo 30), por cuanto su actuar es gradualmente menos nocivo o dañino que la del autor material.

Dado así el caso, se cree conveniente tomar como ejemplo la técnica legislativa penal colombiana con el objetivo de dar fin a la ambigua prescripción de autoría mediata en la legislación ecuatoriana.

Siguiendo lo antepuesto en cuanto a la confusión doctrinaria de la autoría mediata, se tiene que otra de las confusiones prescritas en el mismo artículo

del Código Orgánico Integral Penal, es precisamente la del literal b, numeral dos, en donde la norma establece abiertamente que aquel sujeto que ordene a un tercero la ejecución de un delito por el cual será remunerado de cualquier forma, será considerado como autor mediato.

Radicalmente tenemos que partir del punto de vista doctrinario y constitucional en donde se establece que el hombre por naturaleza es libre, y como resultado de dicha libertad, este tiene el albedrío de decidir qué acciones realizará, es decir, que posee la previsibilidad y evitabilidad de los resultados en la configuración del tipo penal. Ello nos lleva al elemento dolo, que posteriormente será tratado.

Partiendo de esta motivación, no se puede afirmar que existe autoría mediata en tipos penales en donde el autor material es guiado meramente por el ofrecimiento de una promesa o una remuneración, ya que para dicha existencia mediata es necesaria la presencia y participación de un sujeto que actúe sin voluntad propia y en donde el dominio del hecho no le pertenezca. En otras palabras, es requerimiento explícito la concurrencia de un tercero llamado instrumento que actúe bajo error, coacción o mediante un aparato organizado de poder.

Esto claramente no se logra aplicar en el cometimiento de hechos punibles que están guiados por una oferta, ya que, el ejecutor material tiene en su poder la realización o no del acto delictivo, a diferencia del autor material en la autoría mediata, ya que el primero ejecuta a sabiendas o no el acto punible, quedando la certeza del cometimiento y más importante aún, el dominio de la voluntad y del hecho.

Continuando con lo anterior, es ineludible destacar la existencia del elemento subjetivo en caso de efectivamente realizar la actuación ilegal. Como se ha mencionado, en los supuestos de cometimiento de delitos bajo una promesa remuneratoria, se perfecciona el hecho con la existencia de un dolo positivo por

parte de quien actúa de mano propia, por lo que se estaría distando su actuación material con lo establecido en la teoría de la autoría mediata, y al respecto Donna menciona que,

“El dominio del hecho significa, tal como lo hemos dicho en la autoría, que desde una perspectiva objetiva debe tener en sus manos el curso del acontecimiento típico. Desde un aspecto subjetivo, también el hombre de atrás debe tener la voluntad que caracteriza al dominio del hecho. Como este elemento pertenece al dolo, el desconocimiento del dominio lleva al error y en consecuencia a la excusión del dolo, quedando solo el remanente de la culpa.” (Donna, 2009, pág. 52)

Es por este motivo que en los casos de delitos por ofertas remuneratorias, es necesario hablar de una autoría intelectual mas no una mediata, dado que, las circunstancias que incurren previas y posteriores al cometimiento del delito se encuadran perfectamente a los hechos punibles realizados por medio de una instigación o determinación

De lo citado en líneas anteriores, se puede apreciar que una de las aristas más importantes que se presentan en la autoría mediata se centra en torno a la carencia del dolo en los casos de autoría por error y coacción. Pues, al excluirse el dominio de la voluntad por parte del autor material y al poseer el hombre de atrás la voluntad sobre este, el autor de mano propia simplemente actúa por medio de error o coacción, de lo cual como resultado, se desprende la carencia de dominio de su voluntad y del hecho, ausentando así el dolo dentro del tipo penal.

Lo contrario ocurre en los casos de autoría mediata sujeta a aparatos de poder organizados, puesto que cada sujeto perteneciente a la organización sabe perfectamente que su actuar es delictivo, ya que el jefe del aparato tiene el dominio del hecho, más en pocos casos posee el dominio de la voluntad.

Lo mismo ocurre en la instrumentalización de delitos mediante personas jurídicas, ya que muchas de las personas que realizan actos que en conjunto suman el perfeccionamiento de un hecho delictivo, o bien desconocen que su actuar es ilegal (carencia de dolo), o están al tanto de que tales actuaciones tienen como fin y resultado una afectación jurídica (presencia de dolo al actuar).

Es por este motivo que, debido a la falta de concurrencia de los elementos previamente mencionados, es imposible configurar la autoría mediata en los casos enumerados en el literal b, numeral dos, del artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal.

No obstante de la errada clasificación de tales comportamientos como autoría mediata, se tiene que estos sí se encasillan dentro de la autoría intelectual debido a que existe un poder de instigación previo al acontecimiento del delito, es decir, que un sujeto recurre a otro con el fin de que este tercero cometa un delito, pero tal concurrencia conforma el sentido intrínseco e inmaterial del delito.

Posterior a esto, se presenta la afluencia de los elementos de previsibilidad y evitabilidad, mismos que refieren al lapso previo a toda existencia delictiva puesto que, tanto el autor material como el intelectual tienen en su poder el evitar un hecho típico, antijurídico y culpable, así como también el conocimiento de las consecuencias de la efectiva ejecución del supuesto acto delictivo.

A raíz de esto, acaece como resultado la existencia efectiva del dolo por parte de ambos sujetos, puesto que, tanto el autor intelectual como el material tienen la potestad de realizar o no un acto, lo cual deviene en la falta de dominio de la voluntad y del hecho por parte del autor intelectual.

El análisis realizado en cuanto a la determinación a un tercero se logra sustentar con lo prescrito en el Código Penal Alemán en cuanto a la instigación,

ya que estipula a esta como un tipo de autoría específica y diferente a la mediata, prescribiendo en su artículo 25 lo siguiente,

“Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.” (Código Penal Alemán, 1999, p. 10)

Como se ha logrado apreciar, tanto la legislación internacional como la doctrina concuerdan en que el instigador es un sujeto que determina dolosamente a otro para que realice un hecho punible, del cual se les puede atribuir el dolo, tanto al instigador como al autor material, y es por este razonamiento que se la considera como un tipo de autoría específica y separada de la mediata, a la cual se le emplea una imputación penal con todo el rigor de ley para ambos sujetos.

Lo contrario ocurre en los casos de autoría mediata, ya que se aplican circunstancias atenuantes o exculpantes para el ejecutor material en caso de comprobarse la existencia del hombre de atrás que actúa con dominio del hecho sobre este ejecutor.

Continuando con el mismo argumento en cuanto a la carencia de elementos en los casos de ofrecimiento de promesas, dádivas, precio y demás estipuladas en la normativa penal, es importante destacar la ausencia de poder que posee el autor intelectual sobre el material, ya que si la realización del hecho delictivo no dependería de un ofrecimiento, pues este nunca se realizaría, de tal forma que para que el hecho sea próximo a realizarse, el autor intelectual detrás del autor material debe en todo momento ofrecer algo a cambio.

Tal conducta se puede apreciar en el delito de sicariato, en donde una persona –autor intelectual- determina a otra, mediante el ofrecimiento de un precio, para que así esta última de muerte a otra persona. En este actuar interviene un sujeto que instiga o determina a otro para que realice un acto, que bien puede

realizarlo o no, y que por ejecutarlo se le dará una recompensa. Este caso ejemplifica claramente la existencia de los elementos por los cuales se logra perfeccionar la conducta establecida para la autoría intelectual.

Por consiguiente, en los casos mencionados en los literales tanto a como b del artículo 42 del COIP se presenta la autoría intelectual, debido a que el autor material no es fungible la mayoría de veces. Esto se debe a que el hombre de atrás, en los casos de autoría mediata, tiene a su disposición varios sujetos intercambiables entre sí, concepto contrario a lo que ocurre en la autoría intelectual, y que afortunadamente como resultado de dicha falta de fungibilidad, se tiene la incertidumbre del efectivo y real cometimiento del acto delictivo.

Por el contrario, en los casos estipulados en los literales c y d del referido artículo a tratar, el legislador ha acertado en la descripción del autor mediato según lo analizado en el presente, dado que dos de las modalidades empleadas para determinar la autoría mediata es precisamente la coacción y el poder de mando dentro de una estructura organizada de poder.

Continuando con la investigación respectiva, y concordando en que la legislación penal ecuatoriana carece de una técnica legislativa apropiada, se cree conveniente que la misma padece la necesidad de emplear correctamente conceptos doctrinarios basándose en la experiencia internacional, y es por este motivo que se considera que la misma debería ser reformulada en cuanto a autoría y participación respecta.

Así teniendo como modelo más próximo el Código Penal Colombiano, el cual ha estipulado la carencia de responsabilidad penal en ciertos casos, y más específicamente, en aquellos en donde se hace uso de medios atribuibles a la autoría mediata, estableciendo que,

“Artículo 32.- No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

[...]

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.” (Código Penal Colombiano, 2001, artículo 32)

Por cuanto lo anterior, se puede deducir que la legislación mencionada ha logrado aplicar correctamente las nociones relativas a la autoría mediata y a partir de ello ha consolidado una imputación ponderada y justa para aquellos sujetos que guían su actuar bajo condiciones atribuibles a la coacción y al error.

De igual manera, es importante tomar en cuenta la prescripción relativa a la autoría y participación que emana de la legislación penal española, similar a la colombiana, la cual establece la responsabilidad penal de las personas según su actuar y participación. El Código Penal Español, en su artículo 28 estipula que autores son,

“[...] 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. [...]”
(Código Penal Español, 1995, artículo 28)

De dicha tipificación se puede apreciar que la legislación española considera a autores a aquellos que actúan de mano propia y a los que hacen uso de una tercera persona como instrumento, y de forma paralela considera a los instigadores como una modalidad especial de autoría debido a sus elementos.

En cuanto a lo anterior se menciona que,

“El Código Penal no impide la punibilidad del extraneus como partícipe en el delito del intraneus, pues de forma mediata ataca el mismo bien jurídico y contribuye a la producción del acto ilícito. Dicho partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. [...] el partícipe extraneus en un delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor intraneus [...]” (Colina, Fernández, Gil de la Fuente, 2007, p. 145)

Por este motivo, la legislación española ha acordado en penar de forma distinta y menor a los autores de mano propia por lesionar directamente los bienes jurídicos protegidos, según el caso de autoría aplicable, que a aquellos sujetos que intervienen en la ejecución de una forma externa, es decir, a los autores mediatos e intelectuales, por el mero hecho de ser partícipes en la conformación de la actividad ilegal.

De esta forma el Código Penal Español hace una taxativa referencia sobre aquellas circunstancias por las cuales se puede graduar de menor forma la

pena a una persona por el cometimiento de un delito, exceptuando aquellos delitos especiales.

Entre dichas circunstancias toma en cuenta el error que acaece a un sujeto, y prescribe, de forma similar al Código Penal Colombiano, las sanciones aplicables según se pruebe el error.

Su técnica legislativa ha sido tan precisa que han logrado establecer y puntualizar perfectamente ciertas situaciones y condiciones por las cuales un sujeto puede o no ser considerado autor, en relación a actuaciones de personas jurídicas o en representación de terceras personas.

Con este análisis, se busca persuadir al legislador ecuatoriano con el objetivo de concientizar la errónea descripción y penalización de ciertos autores, tales como lo son el autor intelectual por un lado y por el otro el autor material que realiza actos punibles bajo órdenes, coacción, error o por el mero hecho de pertenecer a una estructura de poder organizada, sea o no estatal, obteniendo como resultado la autonomía de estos dos tipos de autoría.

Como andamiaje para la distinción de penas según el actuar de los sujetos activos del tipo penal, Claus Roxin ha manifestado que solo se puede responsabilizar a una persona por el Derecho Penal, según la medida de su responsabilidad. (Roxin, 2012, p. 10)

Pertinente sería, la tipificación de autores materiales o directos como aquellos ejecutores de hechos típicos antijurídicos y culpables por mano propia; autores mediatos como aquellos que hacen uso de una tercera persona como instrumento, aplicando medios como la coacción, el error o si ejecutan actos debido a su pertenencia en estructuras de poder organizada tanto jurídicas o no, como estatales, y; autores intelectuales como aquellos sujetos que persuaden mediante la instigación o la determinación a terceros, de cometer un delito, el cual al ser doloso se aplique una pena de igual medida para ambos.

CAPITULO IV

4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN DONDE SE HA APLICADO LA FIGURA DE RESPONSABILIDAD PENAL POR AUTORÍA MEDIATA.

Para dar inicio al análisis de los casos más relevantes que se han suscitado en torno a la autoría medita, cabe resaltar que por regla general se ha acudido a la interpretación y aplicación de esta teoría en base al cometimiento de crímenes bajo la modalidad de aparatos organizados de poder.

Esto, debido a que la mayoría de los crímenes perpetrados se han cometido en regímenes estatales -especiales- que han hecho uso de su poderío y autoridad en contra de sus ciudadanos, y que como resultado de tales crímenes, la comunidad internacional se vio en la obligación de tipificar delitos como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, entre otros.

Dos de los casos más notables para el presente estudio han ocurrido en territorio latinoamericano, y su responsabilidad es atribuible a estructuras estatales organizadas que han cometido crímenes inigualables. Tenemos por tanto el caso de la Junta Militar Argentina y el caso en contra de Alberto Fujimori, mismos que serán tratados en este capítulo.

Continuando el presente estudio, se ha creído pertinente la mención y análisis de los casos jurisprudenciales más relevantes en los cuales jueces penales de varias jurisdicciones internacionales han aplicado la teoría de la autoría mediata a fin de penar actuaciones delictivas que por su naturaleza se han cometido bajo la modalidad mediata de responsabilidad.

4.1. Caso Adolf Eichmann.

Para dar inicio a este capítulo, es conveniente mencionar que por excelencia el caso que dio apertura dentro de las legislaciones penales a la concepción y por

ende aplicación de la autoría mediata es el juicio por el cual se condena a Adolf Eichmann, iniciado el 11 de abril de 1961.

El proceso se inicia por la captura de Eichmann en Argentina, quién salió prófugo de Alemania previo al inicio de los juicios de Nüremberg, por los cuales se posibilitó la condena de los partícipes del régimen nazi en lo que denominaron la “solución final al problema judío”.

Mediante documentos oficiales y testimonios rendidos, se determinó que Adolf Eichmann fue quien quedó a cargo de la Oficina Central de Seguridad del Reich, cumpliendo la labor de coordinación de las deportaciones de judíos desde Alemania y otros territorios Europeos, hasta los campos de concentración o campos de exterminio judío, implementando así la “solución final”.

Se le acusó de ser responsable de quince crímenes, entre ellos, crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, ser miembro de una organización criminal, entre otros, de los cuales finalmente se le condenó responsable, y se le impuso la pena de muerte.

La defensa jurídica de Eichmann se fundamentó, en su parte respectiva, en que él realizó tales actos acorde al cumplimiento de órdenes impartidas por superiores dentro de la organización estatal nazi, a lo cual denominaron la obediencia de órdenes.

De las transcripciones realizadas en el juicio, se ha extraído el siguiente argumento:

“Él explica que su entrenamiento en la SS le inculcó la idea de la suprema importancia de la obediencia ciega, obediencia basada en la confianza sin límites del sabio juzgamiento del liderazgo, que siempre sabrá lo que demanda el buen designio del Reich, y

que dará sus órdenes en consecuencia de ello.” (Traducción literal de la transcripción original del juicio del Estado de Israel vs. Adolf Eichmann)

De igual forma, en el intento de demostrar su falta de responsabilidad ante el cometimiento de los crímenes en el régimen nazi, Eichmann dirigiéndose al Tribunal les manifestó,

“[...] el acusado intentó convencernos que únicamente la obediencia de ordenes lo motivó y guió en la ejecución de sus actividades, que solamente la obediencia ciega, obediencia como cadáver (Kadavergehorsam) es lo que silenció su conciencia. Es por ello que el se presentó como un oficial insignificante, sin opinión alguna frente a todos los asuntos con lo que tuvo que hacer frente, y como carente de toda iniciativa en su trabajo.” (Traducción literal de la transcripción original del juicio del Estado de Israel vs. Adolf Eichmann)

Lo expuesto en líneas anteriores refleja la total sumisión a la que se vieron expuestos aquellos sujetos que formaron parte, de una u otra forma, al régimen nazi y a sus aparatos de poder organizados, considerados como organizaciones criminales, mismo que determinó en ellos la obligatoriedad de cumplir órdenes impartidas por los altos mandos, lo cual en lo posterior se convertiría en una regla a seguir.

Tal regla se tornó en un acto político de obediencia justa y obligatoria para aquellos partidarios nazis, dado que tales órdenes estaban basadas en la voluntad y discernimiento de Hitler, ante las cuales no se podían negar cumplirlas, con lo que, en el juicio se alegó que todas sus ejecuciones fueron realizadas por actos estatales impartidos por sus superiores, y que en caso de no cumplirlas tendrían que ejecutarlo a él por ser un traidor dentro de la “Solución Final”.

Así mismo, Eichmann a fin de demostrar que su actuar estaba sujeto a las órdenes de superiores, mismas que eran de obligatorio cumplimiento, le explicó al Tribunal cómo funcionaba el aparato nazi y,

“[...] debemos mencionar otro de los argumentos del acusado, que también es totalmente carente de fundamento: que el aparato nazi estaba dividido en dos secciones – una consistente en aquellos que daban órdenes, teniendo plena responsabilidad; y la otra consistente en aquellos que recibían órdenes, quienes solo tenían que obedecer, y no acarreaban responsabilidad alguna.”
(Traducción literal de la transcripción original del juicio del Estado de Israel vs. Adolf Eichmann)

Ante tal argumento, el Tribunal de la Corte Distrital de Jerusalén manifestó repetidas veces que la ley prescribe la carencia de responsabilidad penal de una persona que cometió un crimen bajo la obediencia de órdenes de una autoridad competente, siempre y cuando tales órdenes no sean ilegales e ilegítimas, y ante eso establecieron lo siguiente,

“Es preciso señalar aquí que incluso los juristas del tercer Reich no se arriesgaron a establecer que la obediencia de ordenes está por encima de todo. Ellos no derogaron la Sección 47 (2) del Código Penal Militar Alemán, que establece que cualquiera que cometa una ofensa en contra de la ley penal, a través de la obediencia de órdenes de un superior, es punible como cómplice de un acto criminal, si sabía que la orden se refería a un acto que constituye un crimen o una ofensa conforme a la Ley Militar.”
(Traducción literal de la transcripción original del juicio del Estado de Israel vs. Adolf Eichmann, 1961)

A pesar de esto, el abogado defensor de Eichman, el señor Robert Servatius, mantuvo su postura en cuanto a la obediencia de órdenes, y manifestó que tanto en los juicios posteriores de Núremberg como en jurisprudencia adoptada por cortes inglesas, se había ya aplicado la exención o disminución de responsabilidad criminal por motivo de cumplimiento de órdenes superiores.

Sin embargo, y a pesar de tan fuerte sustento legal, el Tribunal israelí determinó que,

“Por lo que hemos manifestado hasta ahora, el intento del acusado de justificar sus actos en base a órdenes de superiores, o incluso en mitigar su responsabilidad de acuerdo a la Sección 11 de la Ley, es insostenible. Dado que la orden fue manifiestamente ilegal, no puede ser usada como excusa.”
(Traducción literal de la transcripción original del juicio del Estado de Israel vs. Adolf Eichmann, 1961)

No obstante los intentos de la defensa por exculpar de responsabilidad penal a su defendido el señor Eichmann, la Corte tomó en consideración otros factores que le imposibilitaron la aplicación de una rebaja de pena o incluso la exculpación de los crímenes cometidos.

Finalmente, el Tribunal de la Corte Distrital de Jerusalén, el 11 de diciembre de 1961 emitió su resolución condenatoria en contra de Adolf Eichmann en base a la Ley No. 5710 del año 1950, o conocida como “Nazi and Nazi Collaborators (Punishment) Law”, misma que fue creada con el fin de penar a los responsables de los crímenes ejecutados en el régimen nazi. Su sustento para condenarlo a pena de muerte se argumentó en lo prescrito por la referida ley en su sección 1 a, la cual establece lo siguiente:

“Crímenes en contra de judíos, crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra:

(a) Una persona que ha cometido uno de los siguientes delitos.-
Ejecutado, durante el período del régimen nazi, en un país enemigo, un acto constitutivo de delito en contra de judíos;
Ejecutado, durante el período del régimen nazi, en un país enemigo, un acto constitutivo de crimen en contra de la humanidad;
Ejecutado, durante el período de la Segunda Guerra Mundial, en un país enemigo, un acto constitutivo de crimen de guerra; es susceptible de la pena de muerte. [...]” (Traducción literal del texto de la Ley para Condenar a los Nazis y sus Colaboradores, 1950, sección 1)

Es importante mencionar que el Tribunal adoptó la figura de coautoría tomando en cuenta el poder de intervención del procesado, el conocimiento que este tenía acerca de los hechos delictivos que ejecutaban sus inferiores y finalmente su conducta omisa con el fin de cesar estas actuaciones. (Bertoni, 2007, p. 29)

Por ello, resolvió condenarle por los tres tipos penales descritos por la sección 1ª de la Ley No. 5710, entre otros, y como resultado, aptó por la aplicación de la pena de muerte conforme la importancia y gravedad del caso.

En este punto se tiene que hacer referencia a la autoría mediata mediante los aparatos de poder organizados, ya que el presente caso describe perfectamente cómo se logra configurar tal autoría según lo establecido por la teoría desarrollada por Roxin.

Como se hizo mención en su parte pertinente, los aparatos de poder se encuentran conformados por un grupo de personas, mismas que son fungibles y que son descritas como piezas intercambiables dentro de la organización. De esta manera se tiene que la importancia de estos acontecimientos radica en el dominio que se posee sobre el colectivo que conforma el aparato.

La importancia del presente caso radica en que Eichmann no era un simple funcionario del andamiaje estatal del régimen nazi, sino que por el contrario, ostentaba un cargo directo bajo el cual tomó decisiones en relación a la realización de la “solución final”.

A pesar de lo indicado, Márquez menciona que, “[...] cabe comprobar que su falta de proximidad frente al hecho, o a la reducción de ésta, quedaba compensada con un incremento de dominio por organización.” (Márquez, 2009, p. 225)

Es decir, que debido a la falta de ejecución de propia mano de ciertos actos criminales por parte de Eichmann, es acertado hablar de una autoría mediata, más aún cuando para la ejecución de los delitos se presentaba una estructura organizada mediante la cual se viabilizaban las decisiones de autoridades competentes como Hitler, Himmler, Goebbels, entre otros.

Habiendo analizado los puntos importantes del caso de Adolf Eichmann, se cree conveniente hacer mención a que él únicamente cumplió ordenes, y a su vez buscó maneras de viabilizar la ejecución del programa de la “solución final”, no obstante del crimen social perpetrado, se dice que Eichmann fue “[...] un ciudadano fiel cumplidor de la ley.” (Arendt, 2008, p. 198)

Por último, es relevante establecer que el argumento principal de Servatius como defensa de su cliente establece el punto de partida jurídico-procesal por el cual se hace posible la consideración de nuevos criterios de imputación de responsabilidad en legislaciones.

4.2. Caso de la junta militar Argentina.

En el presente subcapítulo se analizará el proceso judicial conocido como “Juicio a las Juntas”, incoado en contra de los principales directores el aparato clandestino opresor estatal que se instaló a manera de dictadura militar en

Argentina entre los años 1976 y 1983, el cual se autodenominó “Proceso de Reorganización Nacional”.

Dicho proceso estuvo comprendido por una masiva actuación delictiva por parte de los oficiales de las tres Fuerzas Armadas argentinas –terrestre, aérea y marina-, en contra de movimientos de izquierda a los cuales se les determinó como subversivos.

El enjuiciamiento dio paso a la acusación de los integrantes de las primeras juntas militares, sin embargo, y para temas del presente, los principales acusados y condenados a cadena perpetua fueron Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Orlando Ramón Agosti. De allí que se enjuició también a comandantes como Lambruschini, Lami Dozo, Viola, Graffinga, entre otros.

El punto medular de este caso se centra en la interpretación, por parte del Tribunal de Apelación, de la teoría de la autoría y participación que alcanzó un hito para la historia jurídica de América Latina, debido a que la argumentación por parte de los acusados se centró en su falta de presencia en el cometimiento de los crímenes, puesto que ellos únicamente daban órdenes al resto de integrantes del Proceso de Reorganización Nacional.

Para el dictamen acusatorio se tuvo como prueba fundamental que los comandantes en jefe de las distintas Fuerzas Armadas ordenaron la ejecución de los siguientes crímenes:

- “a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia;
- b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia;

- c) una vez allí interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;
- d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral;
- e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento;
- f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.” (CNACC, Causa No. 13/84, 1985)

Como resultado de dicha prueba en cuanto al cometimiento de los delitos mencionados, el Tribunal pasó a considerar las cuestiones relativas a la autoría y participación de cada uno de los acusados, teniendo como fundamento para ello, que ninguno de estos participó en la ejecución de los delitos por los que se les imputó.

Para la argumentación referente a la autoría mediata, la Fiscalía en su acusación, consideró lo prescrito por el Código de Justicia Militar Argentino y el Código Penal Argentino en sus artículos pertinentes. (Bertoni, 2007, p. 27)

El artículo 514 del Código de Justicia Militar Argentino establece que,

“Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.” (Código de Justicia Militar, 1951, artículo 514)

La clara determinación que hace la ley en cuanto a la participación de sujetos que ejecutan delitos mediante órdenes es el argumento fundamental por el cual los jueces a cargo del proceso emiten su sentencia condenatoria en contra de los directivos de las fuerzas, mientras que, a los subordinados que ejecutaron las órdenes no se les imputó responsabilidad, con las excepciones del caso.

Bajo este razonamiento el Tribunal estableció que,

“Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos. [...] Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, .etc.), que supone toda operación militar.” (CNACC, Causa No. 13/84, 1985)

Para esta fundamentación los juzgadores tomaron en cuenta la teoría de la autoría mediata conforme aparatos organizados de poder, dado que el conjunto de actuaciones y sus posteriores resultados se vieron apegados a las órdenes de un ente estatal organizado de tal manera, que de una u otra forma, los intereses de los dirigentes se verían materializados, es por ello que dentro de la sentencia consideraron que,

“[...] el Ministerio Público consideró que los enjuiciados han sido autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito.” (CNACC, Causa No. 13/84, 1985)

Una vez establecido el orden de funcionamiento del aparato estatal se logró comprobar la configuración de la autoría mediata para el caso, ya que se corroboró la presencia de sujetos fungibles dentro de la organización, mismos que apegaron su actuar al cumplimiento obligatorio de órdenes impartidas por sus superiores, las cuales a futuro serían consideradas como graves crímenes en contra de la humanidad.

Por lo anterior, Márquez menciona que,

“En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero

engranaje de una gigantesca maquinaria.” (Márquez, 2009, p. 227)

Esto se traduce en que para la ejecución de órdenes emanadas del aparato organizado, se hace uso de un sistema propio que le pertenece al dirigente del mismo, y que como resultado de dicho dominio de voluntad sobre terceros, tiene en sus manos la seguridad de la consumación de las órdenes impartidas, que en su mayoría fueron delitos.

Consecuentemente se puede afirmar que de los sucesos ocurridos durante la dictadura militar argentina, se logró corroborar la determinación de los mismos conforme la teoría del dominio por organización.

No obstante de las valoraciones realizadas por parte de los magistrados en relación a la adecuación de la conducta de los acusados con la teoría del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, el Tribunal de Apelación por unanimidad resolvió configurar la conducta típica conforme lo establecido en el artículo 45 del Código Penal Argentino, que establece:

“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.” (Código Penal Argentino, 1921, artículo 45)

Bajo la interpretación realizada de este artículo se aplicaron las figuras de cooperación necesaria y de autoría mediata, puesto que se confirmó la existencia de una estructura organizada dentro de la cual una parte dictaba órdenes y la otra las cumplía y ejecutaba, siendo estos últimos los instrumentos de cooperación necesaria mediante los cuales se vio materializada la voluntad del régimen dictatorial, mismos que eran sujetos fungibles para la organización.

Como resultado de tan importante decisión judicial, tanto en el ámbito legal como en el práctico, ordenamientos jurídicos de otros países latinoamericanos se vieron en desventaja teniendo así que modificar sus legislaciones y ajustando estas a la realidad actual, teniendo así las reformas en los códigos penales de Colombia, Brasil, Uruguay, Chile, etc.

Asimismo, el Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional consideró los argumentos y preceptos legales antes tratados para fundamentar la teoría de la autoría y participación adoptada en su texto, arrojando como resultado la prescripción de los artículos 25, 28 y 33. (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998)

Otra de las consecuencias jurídicas del dictamen acusatorio dentro del juicio penal a las Juntas Militares fue la proclamación de dos leyes conocidas como Punto Final y Obediencia Debida. Para el interés del presente se analizará en lo posterior la segunda ley mencionada, referente a exoneración de responsabilidad penal a los subordinados que hubieren cometido delitos bajo órdenes de superiores.

4.3. Caso Alberto Fujimori.

La importancia de este caso radica en las consideraciones realizadas por parte del Tribunal en cuanto a la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, ya que se puede afirmar que es la primera en aplicar en su totalidad las concepciones establecidas en la teoría respectiva.

El presente caso, al igual que los anteriores, inicia debido a la violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de ciudadanos, los cuales fueron reprimidos duramente por la comunidad internacional ya que han generado un interés particular debido a su atroz desenlace.

En este particular, el cometimiento de crímenes como homicidio calificado, desaparición forzada de personas y terrorismo se argumentan bajo la modalidad de cumplimiento de órdenes impartidas por el entonces presidente del Perú, Alberto Fujimori, en los años 1991 y 1992, para los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta” y el auto golpe de Estado, respectivamente. (CSJR, Expediente No. 10/2001, 2009)

Principalmente el gobierno de Fujimori centró sus esfuerzos en corregir y enmendar la política de paz existente en el país, lo cual se convirtió en una operación para erradicar a los grupos subversivos como Sendero Luminoso y MRTA, que cada vez se arraigaban más su posición en Perú.

Con ello, el grupo especializado de las Fuerzas Armadas denominado Grupo Colina -o escuadrón de la muerte- se encargó de desarrollar operaciones de investigación y erradicación de las mencionadas bandas terroristas. Las operaciones “Barrios Altos” y “La Cantuta” resultaron en la masacre de quince civiles no vinculados a grupos paramilitares y la desaparición de nueve estudiantes y un profesor.

La importancia de este caso recae en la argumentación de la acusación en contra de Fujimori, puesto que la Fiscalía destacó que los delitos fueron cometidos en base al dominio de un aparato organizado de poder que estaba a cargo del presidente, y que como resultado de tal poder logró hacer uso de las Fuerzas Armadas y del Servicio de Inteligencia Nacional para con ello conseguir sus fines anti paramilitares.

Lo anterior afirma la responsabilidad penal del procesado como autor mediato bajo la figura de dominio del aparato organizado estatal. (CSJR, Expediente No. 10/2001, 2009)

En la sentencia se indica que,

“El señor fiscal supremo, asimismo, reiteró la tipificación de los cuatro hechos acusados: asesinato, lesiones graves y secuestro agravado –explicó y justificó la calificación de las circunstancias agravantes de alevosía y trato cruel–, y afirmó la responsabilidad penal del acusado a título de autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder –el acusado, anotó, tuvo el dominio de los hechos delictivos juzgados a través del dominio de la organización que encabezó, asentada en el SIN, y caracterizada por su rígida estructura jerárquica para los que contaba con Vladimiro Montesinos Torres y Nicolás Hermoza Ríos–.” (CSJR, Expediente No. 10/2001, 2009)

El reconocimiento realizado en torno a la aplicación de la autoría mediata por parte de la Fiscalía permitió al Tribunal ampliar su punto de vista en referencia a la responsabilidad penal que acarreaban las actuaciones del entonces presidente Alberto Fujimori, pues las mismas fueron suministradas en base al poder que le confirió el cargo de jefe de Estado.

Como resultado del mencionado cargo investido logró tener control sobre las Fuerzas Armadas y sobre el Servicio de Inteligencia, lo cual concluyó en que estas cumplieran y ejecutaran las órdenes inmediatas de su superior, es decir, que el señor Fujimori poseía el dominio del hecho sobre aquellos que conformaron el aparato.

Tal engranaje estatal se reconoció como un aparato organizado de poder vertical debido a su funcionamiento, ya que por un lado se encontraba el superior que suministraba órdenes y por otro un grupo de personas que las ejecutaban, a las cuales se les denominó Grupo Colina.

De igual manera, el Fiscal encargado destacó lo propio sobre la autoría mediata (CSJR, Expediente No. 10/2001, 2009) y expuso que esta se concreta cuando el acto delictivo es ejecutado por un tercero, y que una de sus

modalidades se da cuando el hombre de atrás hace uso de los sujetos subordinados del aparato organizado de poder, teniendo así el dominio objetivo del hecho -autoría mediata-, mismo que a su vez requiere la concurrencia de dos elementos que son la existencia de un aparato estructurado y la predisposición de los ejecutores.

Al respecto Kai Ambos menciona que para la conformación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es necesaria la recurrencia de ciertos elementos, y al respecto expresa que,

“Esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. El hombre de atrás realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. Se convierte en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre de atrás. La decisión libre y responsable del ejecutor no modifica en absoluto la situación y no representa ningún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás. **El dominio por organización ejercido en virtud del aparato reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava hacia arriba la del autor de atrás.**”
(Ambos, 2003, p. 106 y 107)

En referencia a lo anterior, Ambos explica el funcionamiento de la organización en cuanto al cumplimiento de órdenes y como consecuencia de ello, la responsabilidad penal que acarrearán tanto el ejecutor como el autor mediato. Como argumento se desprende que de forma gradual el hombre de atrás es quien merece una mayor pena, ya que los hechos punibles le son atribuibles a él.

Por otro lado se expone el funcionamiento del aparato, mismo que debe presenciar el poder de mando que ostenta un sujeto al cual se lo concibe como jefe o superior, del quien se desprenden órdenes que tienen como esencia su antijuricidad y su total desapego a la normativa legal, teniendo para ello, sujetos prestos en todo momento para la ejecución de tales órdenes, mismos que son fungibles en la organización.

Conforme lo expuesto, el Tribunal encargado del enjuiciamiento a Fujimori toma como lineamiento lo establecido dogmáticamente en cuanto a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, y en consecuencia de aquello le atribuye responsabilidad criminal como autor mediato al ex presidente de Perú.

Por otro lado, es necesario hacer mención al análisis que realiza el Tribunal en lo referente a las actuaciones mismas de la organización estatal, es decir, a si sus actuaciones están o no dentro del margen legal, y para ello, la profesora Faraldo determina que,

“Los objetivos de estas organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma criminal coinciden con los del Estado, pero los medios empleados permanecen autónomos y diferenciados en relación a los previstos por el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter delictivo. Por tanto, puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización.” (Faraldo, 2003, p. 234)

Esto concluye en que, de forma general, las órdenes impartidas si bien están fuera del margen legal procuran como esencia velar otros intereses que pueden o no estar reprimidos dentro del mismo ordenamiento. Así por ejemplo tenemos los hechos ocurridos en la Alemania nazi, en donde las actuaciones de los subordinados estaban dirigidas al cumplimiento de un plan estatal que era erradicar a los judíos.

Lo mismo se puede decir que sucedió en el Perú, en donde el ex presidente Fujimori, con el fin de suprimir los grupos subversivos hizo uso en exceso de su poder, y con ello creó una organización de poder que respondía a sus órdenes sin miramientos a si están eran o no legítimas.

De ello se desprende la siguiente afirmación en cuanto al uso de estas organizaciones estatales con el fin de perjudicar derechos y garantías estatales,

“...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho internacional y del Derecho penal internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas, se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto” (Faraldo, 2003, p. 238)

Esto se ve reflejado en las actuaciones de los órganos de poder que se han desarrollado como ente secundario de un estado, los cuales tienen ciertos intereses que van ligados a las órdenes que son suministradas por su directiva

y que como resultado producen la lesión de bienes jurídicos protegidos, que si bien están bajo cautela estatal, son eliminados de la mira social.

Las condiciones mencionadas previamente fueron examinadas dentro del caso Fujimori, y al verse probadas en su totalidad el Tribunal resolvió condenarle a veinticinco años de pena privativa de libertad conforme un concurso real de delitos por considerarle autor mediato de los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado.

4.3.1. Obediencia debida, aspectos importantes.

Con el fin de entender esta figura legal recurrida en derecho, es oportuno remontarnos a las bases históricas de su creación. La obediencia debida u obediencia jerárquica es una institución del derecho penal la cual remonta su existencia positiva en la iniciación de los juicios de Nüremberg, puesto que los acusados pretendían eximir su responsabilidad por el hecho de haber cumplido órdenes de superiores.

Ante tal abuso, y con el objeto de aminorar el riesgo de exoneración de responsabilidad criminal, en el Estatuto de creación del Tribunal Militar Internacional se tomó en cuenta esta figura, y en su artículo 8 establecía que:

“El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige.” (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1945, artículo 8)

Sin embargo, previa a la concepción que se tiene hoy en día sobre esta figura, cabe mencionar que en tiempos antiguos las órdenes impartidas por un superior a sus subordinados eran consideradas como principio de autoridad, y conforme aquello, las actuaciones de los supeditados no acarreaban responsabilidad criminal alguna.

Dadas las circunstancias de la Segunda Guerra Mundial, los juristas a cargo de los procesos tomaron en cuenta la citada institución debido a que no podría ser utilizada como sustento tanto práctico como legal con la finalidad de eximirse de responsabilidad por los crímenes perpetrados.

Con ello, lo que se buscó fue dar la posibilidad de aminorar la adjudicación de responsabilidad, mas no considerar a esta una causa de justificación y por consiguiente el total indulto penal. No obstante de las primeras consideraciones, han existido diversas acepciones sobre esta institución, teniendo así los ejemplos de Perú, Chile y Argentina.

En el caso de Perú, los legisladores se enfrentaron a la necesidad de acoger esta figura reflejada en la Ley de Amnistía No. 26479 como consecuencia de los actos criminales ejecutados por los militares del Grupo Colina, acaecidos en la presidencia de Alberto Fujimori, mismos que fueron explicados en el título anterior, y que tenían como fin erradicar las agrupaciones subversivas existentes en el país como los grupos Sendero Luminoso y MRTA.

La mencionada ley tenía como finalidad eximir de responsabilidad penal a aquellos oficiales militares que fueron partícipes de los crímenes ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta, no obstante debido a la polémica de la misma se vieron obligado de proclamar una nueva ley conocida como Ley No. 26478, la cual excluía de la mencionada exoneración penal a aquellos subordinados que habrían cometido el delito de secuestro.

Como resultado del debate político que se suscitó, los legisladores peruanos se vieron en la obligación de derogar ambas leyes.

Por otro lado, continuando con las legislaciones penales que contemplaron la figura de obediencia debida se tiene como ejemplo principal aquella adoptada por la legislación penal argentina en la Ley No. 23.521 de Obediencia Debida,

la cual declara expresamente la inimputabilidad de los sujetos que cometieron ciertos delitos en base al cumplimiento de órdenes u obediencia jerárquica.

Así teniendo que el artículo primero de esta ley ya derogada establece,

“Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, [...] que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.” (Ley No. 23.521, 1987, artículo 1)

La irrefutable inimputabilidad de aquellos oficiales de rangos menores, que hayan cometido ciertos delitos exceptuando los de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles (Ley No. 23.521, 1987, artículo 2), creó un marco jurídico penal en Argentina sumamente desarrollado para la época a comparación de las concepciones contempladas en los diferentes ordenamientos jurídicos regionales.

Juan Pablo Albán (2014) sostiene que el argumento racional para el uso de esta teoría se basa en el traslado de la responsabilidad penal al superior de quien emanó la orden, actuando así el inferior con carencia de dolo, o actuando con el convencimiento que sus actuaciones no son ilegítimas puesto que provienen de una autoridad competente.

Es por este motivo que a raíz de la aplicación de esta decisión judicial se marcó un precedente inigualable dentro de legislaciones comparadas en el resto de la región como del mundo, tanto así que, como se mencionó previamente, muchas de estas sufrieron reformas drásticas guiadas a la aplicación de la teoría de la autoría y participación conocida como teoría del dominio del hecho.

Se debe tomar en cuenta que para la concepción de esta figura dentro de los ordenamientos jurídicos es necesario atenerse a los instrumentos internacionales que sean suscritos por los países. En este caso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional es el cuerpo normativo que contempla la figura de la obediencia debida, de ahí que cada país tenga o no la obligación de acatar dicha disposición.

No obstante de lo expuesto previamente, y como producto del alto debate que produjo esta institución del derecho legal, legislaciones internacionales han optado por eliminar de su marco jurídico la noción de exculpabilidad en casos de obediencia debida, sin embargo, aquello no ha obstado sus miramientos para la adopción de teorías de autoría y participación que contemplen la autoría mediata relativa al uso de aparatos organizados de poder.

Lo contrario ha sucedido en el Ecuador, en donde no se acogió esta figura pese a ser signatarios del Estatuto de la Corte Penal Internacional, debido a la falta de técnica legislativa, lo cual se traduce en la confusión dogmática existente en cuanto a las consideraciones de la teoría de la autoría mediata.

De allí que el artículo 159 de la Constitución prescriba lo siguiente:

“Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución.

Las autoridades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán responsables por las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 159)

Este artículo prescribe una negativa prohibitiva ante la apelación de responsabilidad por causas de obediencia debida, sin embargo, esto se traduce en la confusión existente en el derecho penal ecuatoriano, puesto que la obediencia jerárquica deriva de la teoría de la autoría mediata.

Es tal el grado de confusión existente, que el mismo supera la dogmática penal establecida por cuanto la obediencia debida parte de la teoría de la autoría mediata, específicamente aquella en la cual se hace uso de aparatos organizados de poder, mismos que se encuentran reconocidos en el Código Orgánico Integral Penal como autores mediatos.

Como ejemplo, tenemos que referirnos al tipo penal que refiere al crimen organizado, mismo que teóricamente puede ser considerado como un aparato organizado que actúa fuera de los márgenes legales. Para ello, el COIP tipifica lo siguiente,

“Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de

beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 369)

Del citado tipo penal hay que hacer mención a la contemplación dogmática en cuanto a la disminución de la pena por motivos de participación bajo la calidad de colaboradores. Para ello, quiénes son colaboradores. Pues tenemos que especificar que la figura de colaborador puede entenderse ya sea como cómplice o como colaborador necesario, mismo que para el tipo penal mencionado no logra configurar su actuación.

Como se sabe, dentro de las organizaciones criminales no se puede hablar de una teoría de participación bajo la concepción de colaboradores, puesto que la organización está conformada por varios sujetos fungibles que de mano propia cometen los delitos encargados por su superior, y es por este motivo que son considerados autores materiales delante de un sujeto determinado como autor mediato.

En estos casos se debe considerar la figura de obediencia debida dentro de este tipo de organizaciones dado que los inferiores ejecutan actos encomendados por sus superiores, lo cual se traduce en una obediencia jerárquica existente en el aparato, y como consecuencia de tal estructura, se entiende la concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder que actúan fuera de márgenes legales, con lo cual la pena para los superiores debe ser mayor que a la aplicada a los inferiores.

Como resultado de lo anterior se aprecia la dispar concepción dogmática penal que predomina el marco jurídico concebido por el estado, ya que por un lado establece la total negación de instituciones como la obediencia debida, pero

por otro lado faculta al juzgador la imposición de una pena menor en caso de resultar un sujeto ser partícipe de un delito como colaborador.

Finalmente en referencia al grado de participación del tipo penal mencionado, se tiene que el colaborador es más bien un autor material de órdenes impartidas dentro de la organización criminal, con lo cual se estaría hablando de una autoría mediata, mas no de una colaboración o complicidad, ya que dichas figuras conceptúan diferentes cualidades y calidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De los puntos tratados a lo largo del presente estudio, se ha podido corroborar que la experiencia normativa internacional, en el ámbito penal, ha demostrado que no ha sido suficiente la adopción de teorías clásicas en lo referente a la imputación de responsabilidad penal por autoría y participación.

Es por este motivo que juristas y doctrinarios de varios países han estudiado la teoría del dominio del hecho y por consiguiente la teoría de la autoría mediata, arrojando como resultado la útil aplicación de estas a los diversos casos a los cuales se han enfrentado jueces alrededor del mundo.

Como resultado de su ventajosa aplicación, esta teoría se ha visto plasmada en un sin número de legislaciones, lo cual se ha convertido en una herramienta acertada conforme la cual se ha podido establecer lineamientos para el análisis jurídico en cuanto a la autoría y participación criminal sobre un hecho delictivo, concluyendo así en la adjudicación de responsabilidad penal acorde al grado de participación de los sujetos.

La Teoría del Dominio del Hecho vio su apogeo en los juicios de Nüremberg incoados a los responsables de actos criminales suscitados en la Segunda Guerra Mundial, especialmente en relación a la modalidad de aparatos organizados de poder, puesto que, conforme sus argumentos aquellos sujetos que sirvieron como partes pequeñas del engranaje estatal nazi no tenían responsabilidad criminal de igual peso que aquellos superiores que dictaron las órdenes de ejecución de crímenes.

Con ello, las primeras legislaciones en acoger la figura de la autoría mediata fueron las europeas, debido a que se encontraron frente a un sin número de hechos criminales que no tenían propiamente un autor, sino que mas bien, la responsabilidad era constreñida a una estructura estatal organizada.

Partiendo de allí, se ha probado la utilidad de esta institución penal, la cual arraiga cada vez más la necesidad de su implementación en legislaciones penales para con ello imputar a los verdaderos autores de actos criminales que posiblemente no hubieran sucedido de no ser por estos.

Es por este motivo que con el fin de determinar responsabilidad criminal se logró establecer los tres rangos bajo los cuales puede actuar un autor mediato sobre un autor material, y sobre esto se tiene que los medios son la coacción, el error y los aparatos organizados de poder.

Cada una de estas modalidades representa distintos caminos a seguir dentro de la investigación judicial, por lo tanto a cada una se le ha establecido características específicas a fin de tener un panorama claro en lo posible.

No obstante de lo que se instauró dogmáticamente, los legisladores ecuatorianos contemplaron de forma errada esta figura ya que la adoptaron pero no la adaptaron al marco jurídico que rige hoy por hoy el país, de esta forma adjudicando responsabilidad penal por autoría mediata según parámetros que no han sido establecidos para la configuración de la responsabilidad penal según la teoría del dominio del hecho.

La confusión mencionada se ve reflejada en el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, específicamente en los apartados en donde determina que se considerará autores mediatos como aquellos que instiguen a terceros o que se sirvan de otros para el cometimiento de delitos mediante ofertas o dádivas.

La estructura legal de estas consideraciones carece de andamiaje teórico puesto que, como se ha analizado, la autoría mediata se da únicamente en los tres casos citados, es decir, cuando hay uso de coacción, error o mediante aparatos organizados de poder.

Lo correcto, a nuestro parecer, sería la tipificación de la autoría mediata en los casos de los literales b), excluyendo las modalidades de “[...] precio, dádiva,

promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.”, así como también los del literal c) y d). (Código Orgánico Integral Penal, 2014, artículo 42)

El argumento para fundamentar la reforma o supresión del literal a), artículo 42 del COIP, se basa en que la instigación es un mero acto psicológico que busca determinar en un tercero el cometimiento de un acto, sin embargo este tercero al no verse atado bajo obligatoriedad o fuerza alguna puede o no desistir de la ejecución del acto, arrojando como resultado la incertidumbre del suceso.

De esto se desprende la intencionalidad o voluntad con la que actúa el autor material. En otras palabras, si el autor de mano propia realiza el acto punible, este se configura en su totalidad bajo los parámetros del delito, es decir, en que se configura como típico, antijurídico y culpable. La importancia de esta actuación radica en la voluntad empleada por el autor inmediato, ya que al ser un sujeto libre posee en él la decisión de cometer o no el acto encomendado, con lo cual se perfecciona el elemento del dolo.

Lo contrario sucede en la autoría mediata, puesto que el autor material se ve forzado de cierta forma a dar cabal cumplimiento de lo encomendado, ya sea por coacción o por error, resultando así el seguro cometimiento del acto punible, puesto que el sujeto de adelante no es más que un mero instrumento intercambiable.

De igual manera cabe mencionar que el dolo en los grados de autoría por coacción o error se anula debido a la modalidad empleada puesto que el autor material al actuar bajo coacción anula en todo sentido su voluntad al momento de cometer el ilícito. Lo mismo sucede en los casos de actuación por error, ya que el actor de mano propia está en la inconciencia de que su actuación consumará un delito.

Por el contrario, si se habla de una actuación amparada en un aparato de poder organizado de poder, el actuante inmediato en tales casos sabe en que

los actos cometidos se configuran como delitos, sin embargo, al haberse encomendado dichos actos por órdenes le corresponde merecer una pena inferior ya que su dolo se ve disminuido al no haber sido éste el maquinador en su totalidad del plan ilícito.

Continuando con las reformas necesarias para la debida aplicación de la teoría de la autoría mediata cabe resaltar la confusión predominante en cuanto a la infracción realizada bajo la oferta de un precio, dádiva u otros.

Al momento en que el hombre de atrás pone en ofrecimiento una dádiva o una promesa se está incurriendo en la modalidad de autoría intelectual, por cuanto el autor material puede o no realizar el ilícito ya que el mismo queda suspenso bajo una transacción monetaria o promesa, dejando así que este tenga en sus manos el curso de los hechos.

Dicho dominio del hecho en poder del autor material elimina toda concepción de autoría medita, puesto que la misma se sustenta en el dominio de la voluntad que posee éste último sobre el autor inmediato. Ello significa que el acaecimiento del acto punible es incierto, y nuevamente se está tratando la modalidad de autoría intelectual.

Como se mencionó a principios del presente estudio, Roxin determina que el instigador no posee el dominio del hecho, es decir, que no está en su poder el curso del hecho antijurídico, puesto que no depende de él su realización, sino que meramente le pertenece tal al autor material. (Roxin, 2004, p. 236)

Sin perjuicio de lo anotado, los literales c) y d) del artículo 42 del COIP semejan su descripción con la establecida por la teoría tratada. Esto se fundamenta en que una de las modalidades de la autoría mediata es precisamente la coacción en cualquiera de sus formas, con lo cual su tipificación estaría acorde con los dogmas de la autoría mediata.

No obstante, el literal d) del mismo artículo establece la configuración de una autoría mediata en los casos en que se actué bajo presión de una organización delictiva, entendiéndose a esta como una autoría por organización, y por otro lado a un aparato de poder organizado.

En referencia a esta modalidad se debe indicar que la misma conlleva, en ciertos casos, la existencia de la obediencia debida puesto que dentro de la estructura existe un apartado de mando y otro de ejecución, lo que significa que los ejecutores están al amparo de las órdenes dispuestas por su superior.

En dichos casos los ejecutores pueden recurrir a la institución de la obediencia debida con el fin de exonerarse de responsabilidad o atenuar la misma en orden a que sus actuaciones son un mero reflejo de las órdenes proporcionadas por sus superiores. Lamentablemente, el Ecuador no ha acogido esta figura, con lo que se empeora la situación dogmática existente dentro de la teoría de la autoría y participación.

Con la finalidad de erradicar las confusiones establecidas por el Código Orgánico Integral Penal relativas a la teoría de autoría y participación, se ha llegado a la conclusión de que lo más acertado es una reforma íntegra al artículo antes mencionado, teniendo como modelo la siguiente tipificación:

Artículo 42.- Serán considerados autores las personas que incurran en las siguientes modalidades:

1. Autoría Directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría Mediata:

- a) Quienes ordenen la comisión de un delito valiéndose de otra u otras personas como instrumento.

b) Quienes, por violencia física, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción.

c) Quienes ejerzan un poder de mando dentro de la organización delictiva o dentro de un aparato de poder organizado.

3. Autoría Intelectual: Quienes instiguen o determinen en un tercero o terceros el cometimiento de una infracción.

4. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

Continuando con la reforma planteada, cabría a lugar agregar dentro del artículo 45 del COIP, referente a los atenuantes, el hecho de ser autor material dentro de una autoría mediata, puesto que si bien contempla la atenuante en casos de actuación bajo temor intenso o violencia, no ampara la figura acción por error o acción por cumplimiento de órdenes dentro de un aparato de poder organizado.

Finalmente, si no se logra reformar la concepción de la autoría mediata o autoría intelectual, los reales autores de los delitos que tienen una afectación jurídica significativa, no recibirán una pena ponderada y adecuada, mientras que quienes actúan bajo su mando o poder serán condenados injustamente, lo cual es una aberración para el significado de la justicia como tal.

REFERENCIAS

- Albán Gómez, E. (2005). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Albán, J. P. (2014). La Obediencia Debida y las Violaciones a los Derechos Humanos. Pro Homine – Blog de Derechos Humanos y Derecho Internacional. Recuperado el 30 de octubre de 2014 de <http://prohomine.wordpress.com/2014/01/19/la-obediencia-debida-y-las-violaciones-a-los-derechos-humanos/>
- Ambos, K. (2007). El Dominio por Organización. Estado de la Discusión. Derecho Penal Contemporáneo. Año 2007. Número 19. Recuperado el 04 de agosto de 2014 de <http://www.etextos.com/textos/109-module2044/?session=eAsyY2mTWIHye76kpQdDnOR4gK0fPKqofF0M0gcy8A%3D>
- Ambos, K. y Grammer, C. (2003). Dominio del hecho por organización. La Responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Recuperado el 04 de Noviembre de 2014 de http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero77/kaiAmbosyChristophGrammer.pdf
- Armenta, T. (2009). Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Arendt, H. (2008). Eichmann en Jerusalén. Barcelona, España. Editorial DeBolsillo.
- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bertoni, E. (2007). Autoría Mediata por Aparatos Organizados de Poder: Antecedentes y Aplicación Práctica. En F. Macedo (Coordinador), Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Berruezo, R. (2007). Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa. Buenos Aires, Argentina: B de F.

- Bruera, M. (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. En C. Lascano (Director Editorial). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Causa 13/84. Sentencia de 09 de diciembre de 1985.
- Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 del 10 de febrero de 2014. República del Ecuador.
- Código de Justicia Militar Argentino, Ley 14.029, publicado en el Boletín Oficial del 6 de agosto de 1951. República Argentina.
- Código Penal Argentino, Ley No. 11179, publicado en el Boletín Oficial No. 8300 del 03 de noviembre de 1921. República Argentina.
- Código Penal Colombiano, publicado en el Diario oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000. República de Colombia.
- Código Penal Español, publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 281 del 24 de noviembre de 1995. Reino de España.
- Colina, P., Fernández A., Gil de la Fuente, J. (2007). Código Penal Comentado y con Jurisprudencia. Madrid, España: La Ley.
- Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. República del Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Expediente No. 10/2001. Sentencia de 07 de abril de 2009.
- District Court of Jerusalem. The Attorney General vs. Adolf Eichmann. Case Number 40/61. Decision date 11th of December of 1961. Recuperado el 27 de octubre de 2014 de <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>
- Donna, E. A. (2009). La autoría y la participación criminal. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. En C. Lascano (Director Editorial). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.

- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. (1945).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998).
- Faraldo, P. (2003). Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas. La Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Feijoo Sánchez, B. (2009). Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- García Falconí, R. (2014). Código Orgánico Integral Penal Comentado. Quito, Ecuador: Ara Editores.
- García Vitor, E. (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Hernández Esquivel, A. (2011). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Lascano, C. J. (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora
- Ley para Condenar a los Nazis y sus Colaboradores, publicado en Sefer Ha-Chukkim No. 57 del 9 de agosto de 1950. Recuperado el 27 de octubre de 2014 de <http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1950-1959/pages/nazis%20and%20nazi%20collaborators%20-punishment-%20law-%20571.aspx>
- Ley No. 23.521, publicada en el Boletín Oficial Suplemento Especial del 09 de junio de 1987. República Argentina.
- López Díaz, C. (1999). Código Penal Alemán. Traducción al español. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Márquez, A. E. (2009). La Autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de Instrumentalización. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Muñoz Conde, F. (2008). Teoría General del Delito. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Roxin, C. (2000). Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- Roxin, C. (2006). El Dominio de Organización como Forma Independiente de Autoría Mediata. Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Número 7. Recuperado el 04 de agosto de 2014 de <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>
- Roxin, C. (2004). La Autoría Mediata por Dominio en la Organización. Problemas Actuales de Dogmática Penal. Lima, Perú: ARA Editores.
- Roxin, C. (2012). El Nuevo Desarrollo de la Dogmática Jurídico-Penal en Alemania. Revista para el Análisis del Derecho. Número 4. Recuperado el 24 de octubre de 2014 de <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>
- Vázquez, W. F. (2012). La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano. Diálogos de Derecho y Política. Número 8. Recuperado el 25 de junio de 2014 de [http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view File/12320/11169](http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/File/12320/11169)
- Welzel, H. (2004). El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Zaffaroni, E. R. (1999). Tratado de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zambrano Pasquel, (2009). La Teoría de la Participación. Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil. (26)