

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS.

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS.

**“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA AUTORÍA MEDIATA EN EL
ECUADOR.”**

**TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

AUTOR: DAVID ESTEBAN FERNÁNDEZ TORO.

DIRECTOR DE TESIS: Ab. JUAN PABLO TORRES RODRÍGUEZ.

QUITO, 2016.

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

David Esteban Fernández Toro.

1717522864.

A mi hija Zara Macarena,

Índice.

La teoría de la autoría en el Derecho Penal.

1. Aspectos Generales del concepto de Autor.
 - 1.1. Determinación del Concepto de Autor (Teorías de la Participación).
 - 1.1.1. La Teoría del Concepto Unificado de Autor.
 - 1.1.2. Las Teorías Diferenciadoras.
 - 1.1.2.1. Teoría Diferenciadora Subjetiva.
 - 1.1.2.2. Teoría Diferenciadora formal Objetiva.
 - 1.1.2.3. Teoría del Dominio del Hecho.
2. La Autoría Mediata.
 - 2.1. Elementos de la Autoría Mediata.
 - 2.2. Instrumentalización del hombre de adelante y los Aparatos de Poder Organizados.
 - 2.3. La Autoría Mediata en el Derecho Penal Ecuatoriano.
3. Los Juicios de Nuremberg como Punto de Partida de los Distintos Tipos de Autoría.
4. Jurisprudencia Relevante Respecto de la Autoría Mediata.
 - 4.1. Caso Restrepo.
5. Conclusiones y Recomendaciones.

INTRODUCCIÓN.

La tradición penal en el Ecuador se ha visto envuelta en diversas confusiones de carácter dogmático, como lo es el diferenciar de forma clara la autoría mediata de otros tipos de autoría, principalmente, de la autoría intelectual. Debido a este error, han surgido diversos problemas de carácter práctico y social en el Ecuador. El principal problema es que la función judicial no ha logrado cumplir con una de las finalidades del Derecho Penal, la cual es identificar e individualizar al autor del delito para que de esta manera pueda determinarse el grado de autoría y la pena aplicable a cada caso. Al ahondar dentro de este tema, nos encontramos con una realidad social diferente, pues al no existir una correcta interpretación de la doctrina en el andamiaje jurídico en el Ecuador, se ha dado paso a la proliferación del crimen organizado en el país, aunque no en la misma escala que las mafias en Estados Unidos. El no determinar a los principales actores de un delito ha permitido la impunidad del acto delictivo.

Según la actuación y el grado participación de un sujeto, en el cometimiento de un delito, el legislador ha propuesto una pena específica. Con el fin de juzgar adecuadamente, se propone que no se castigue de la misma manera a un autor material que a un sujeto que ha servido como participe necesario. Si bien es cierto son parte del mismo delito pero no tienen el mismo grado de autoría, por lo que representa en sí mismo un sujeto diferente en la teoría de la participación.

Es obligación de los legisladores interpretar las teorías establecidas para guiar a los jueces a determinar un hecho sancionatorio. Esta claro entonces que todo delito contiene la participación de una o mas personas sea con dolo o sin dolo y para esto grandes doctrinarios han establecido diferencias entre los tipos de autoria.

Este acto típico antijurídico es atribuible a una o varias personas y se han aceptado teorías como la material o directa, autoria mediata, autoria intelectual y coautoría. Pero, esta diferencia radica en que los sujetos que ejecutan la acción establecida en el tipo penal, es decir aquella que se encuentre tipificada, no realizan la misma acción, por lo tanto no se puede considerar a todos como el mismo tipo de autor. Algunos podrían cooperar al cometimiento del delito y no precisamente son autores, sino,

cómplices. Determinando así el juzgador, que cada sujeto sea juzgado conforme a su actuación o participación en el delito.

Es necesario determinar quien es el autor en un delito, pues la doctrina propone que es quien realiza el acto gravado. Desde la antigüedad se ha considerado al autor como aquel que actúa con *animus auctoris*, es decir con voluntad de serlo, considerando que el mismo puede serlo por una acción o una omisión. Esta definición fundamenta a la principal teoría respecto de la autoría mediata de Roxin, a la Teoría del Dominio del Hecho, la cual establece que autor es quien tiene el dominio del hecho. Se refiere a dominio del hecho como la acción de conocer todas las consecuencias posibles del acto que se comete teniendo así pleno conocimiento del mismo.

A lo largo de la historia, los actos del propio ser humano han servido como fundamento para crear nuevas teorías en el derecho. Siendo uno de los principales hechos históricos la Segunda Guerra Mundial, causa del holocausto judío, se iniciarían posteriormente los juicios de Nuremberg en contra los criminales de guerra que participaron de este acontecimiento bélico. A mas de crear el Derecho Penal Internacional, se evidenciaron distintos tipos de autoría, principalmente la autoría mediata, y se enriquecieron distintos conceptos de autor como lo es el de coautor a quien se le atribuye parte de la ejecución de un hecho siendo este un miembro del cometimiento del mismo actuando en colaboración consiente y voluntaria, o también al encubridor a quien se lo ha eliminado ya de la Teoría de la Autoría en países como Argentina, Colombia y mas recientemente en el derecho penal ecuatoriano. Esto se debe a una clara razón de que “con la consumación del delito se termina la posibilidad de participación en el mismo. Por eso todo hecho posterior a la consumación esta excluido de la participación.” (Bacigalupo, 1996: Pág. 168). Esto se refiere a que todo encubrimiento realizado se debe juzgar como un delito autónomo, principalmente como el delito de encubrimiento. Lo mismo se determino en España. Es importante mencionar esto, ya que desestima toda teoría de que autor es toda persona que participó en el delito.

Para centrar mas el tema a tratar, podemos definir a la autoría mediata como el uso de una tercera persona como instrumento para el cometimiento del delito. Para lograr comprender la autoría mediata se debe investigar minuciosamente que para realizar el acto delictivo existió un agente mediato quien fue el que dominó la voluntad del autor

inmediato. De aquí nace una voluntad pura para delinquir. En fin, el autor mediato tiene todo el dominio del hecho, pero no es quien realiza la acción.

Finalmente, se encuentra el autor intelectual. Conocido como el instigador, emplea medios para persuadir a una persona a que cometa un delito. Mediante la influencia que tenga esta persona, usa como instrumento a otro para la realización del hecho delictivo.

El Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 42., al autor como todo aquel que cometa la acción de forma directa o mediata. Dentro de la determinación directa, todos aquellos que tienen el dominio del hecho y lo realizan o que por medio de su omisión se provocó un delito. También tenemos los autores mediatos que son quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa un delito. También está el autor que ordene la comisión de la acción, se encuentra también la persona que por violencia física o abuso de autoridad utiliza un medio coercitivo para obligar a que se cometa un delito y por ultimo se encuentra quien ejerza un poder de mando dentro de una organización delictiva. Aquí podemos apreciar que a pesar de ser una codificación reciente, aun se encuentran vacíos para apreciar a cada autor mediato respecto de su juzgamiento por su grado de actuación. Es decir, si existe una confusión y conjuntamente abogados y juzgadores deben remitirse a doctrina para poder establecer la autoria de cada uno de los sujetos de un acto delictivo.

Considerando que esto nace en necesidad de aplicar uno de los principios mas importantes del derecho penal como lo es el *ius puniendi*, como atribución específica y exclusiva del estado de establecer e imponer penas.

LA TEORÍA DE LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL.

La teoría de la autoría en el derecho penal es creada por una necesidad sustancial de determinar la intervención de los sujetos en la comisión de un delito. Es común que los actos antijurídicos tengan la intervención de un concurso de voluntades contrarias a la ley. Llegando así a tener diversos sujetos del acto ilícito. Cada uno de estos lleva una pena específica ya que no todos tienen el mismo grado de participación. Veremos a continuación aquello relacionado a la teoría de la autoría del derecho penal.

1. Aspectos Generales del Concepto de Autor.

Parece fácil y obvio decir que el autor es quien comete el delito y a quien se le atribuye una pena, pero establecer la Teoría del Delito ha sido una tarea bastante complicada para los doctrinarios. Esta teoría nace de la cuestión planteada de que cuales elementos convierten a una persona en autor, a más de la realización del hecho. Para determinar esta responsabilidad, la doctrina inició por definir lo que es un delito, como el acto típico antijurídico culpable, y cada uno de estos elementos dan como resultado que a una persona se le pueda atribuir una responsabilidad penal.

Iniciaré definiendo cada uno de los elementos de la teoría del delito:

La acción es el primer elemento del delito. Es una conducta esencial para el tipo, previa a la imposición de una pena e independiente a un orden social. Esta acción debe ser relevante para el derecho penal, de no serlo, como por ejemplo el movimiento reflejo o el estado de inconciencia, son sucesos que no le importan al derecho penal y su penalización no es necesaria. De la acción, existen dos teorías que explican su relevancia con el acto final.

La teoría causalista explica que existen determinados cursos causales que llevan a la comisión de un delito. Cualquier persona que haya participado de uno de los cursos causales es culpable. Esta teoría fue incentivada por Von Liszt, y se la considera como inaplicable ya que acto no es causal, porque los cursos causales pueden ser

externos, haciendo imposible la culpabilidad de algún “autor”. Por ejemplo, si una persona regala un arma a otra, y esta la utiliza para asesinar, existirían dos culpables dentro del proceso, quien asesino y quien regaló el arma.

La teoría finalista, incentivada por Roxin, explicaba que la acción es final y que la misma busca un resultado específico. De forma acertada, Roxin planteó que la acción si sigue una cadena de actos, pero que cada acción es final en relación a lo que busca la persona.

El segundo elemento del delito es la tipicidad. Esto significa que la acción este establecida en la ley. El tipo o tipicidad se refiere a la acción prohibida. Existe la tipicidad objetiva y subjetiva.

En la tipicidad objetiva se determina que existe una actuación que está tipificada en la ley. Existen 5 elementos:

- El sujeto activo que es quien realiza la acción.
- El sujeto pasivo que es a quien afecta o se lesiona.
- La acción incriminada que es el verbo rector de la acción.
- El bien jurídico protegido es la garantía o el derecho violentado.
- La relación de causalidad que es la acción inmediata que realiza el autor por la que se produce la lesión del bien jurídico, y esta acción tiene tres requisitos, que exista una creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado, la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en un resultado y que la creación y realización del acto vayan de acuerdo al fin que quiere proteger la norma.
- El resultado final.

La tipicidad subjetiva, a su vez, tiene como elemento el dolo. Se define al dolo como la capacidad de intelecto volitiva de entender que la acción que se comete, lesiona la norma. Existen tres tipos de dolo:

- Directo o de primer grado, es el conocimiento actual y objetivo, previo e inmediato de la consecuencia.

- Indirecto o de segundo grado, es el conocimiento mediato del resultado de la acción.
- Dolo eventual que es desproporcionado y excesivo. Este dolo permite determinar porque terminado resultando una acción lesiva.

La antijuridicidad, como tercer elemento de la teoría del delito es todo aquello contra lo que la ley considera. Pues no basta con que un acto este contenido en la ley, por si mismo debe expresar tácitamente que el acto es contrario al bien jurídico protegido.

Existen elementos que excluyen a la antijuridicidad, o causas de justificación, estas son:

- Legítima defensa.
- Estado de Necesidad.
- Ejercicio legítimo de un derecho.
- Cumplimiento de orden de autoridad.

El último elemento de la teoría del delito es la culpabilidad. Pues este acto típico antijurídico debe ser atribuible para que sea punible. La culpabilidad es la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico a una persona.

Todos estos elementos se configuran como el delito, para que de esta manera se pueda atribuir esa responsabilidad que da como resultado. Esta responsabilidad se atribuye a un sujeto que cumpliendo con todos estos elementos se lo ha de denominar como autor.

Los problemas se han dado al momento de diferenciar al tipo de autor. Según Donna, “el problema que se representa en materia de autoría es determinar, frente a un hecho delictivo en el cual han participado varias personas, quien de ellos ha sido el autor y quienes los participes.” (Donna, 2002: Pág. 9). Remitiéndonos al significado literal de la palabra autor, este es un sujeto a quien puede atribírsele alguna obra o un acto, y en el derecho penal, es a quien puede atribírsele un acto como suyo.

Pues cuando un sujeto ha realizado una acción por si mismo no cabe problema alguno determinar su autoria, por ejemplo, el sujeto X con un arma de fuego mata al sujeto A.

Tenemos una autoría material respecto de un asesinato. Pero si el mismo sujeto X mediante los sujetos Y, y W planean el plagio del sujeto A, para luego asesinarlo y esconder su cadáver, se debe distinguir entre quien ha cumplido cada papel protagónico y quienes tuvieron una función secundaria. Para Maurach, la autoría y la participación son dos temas completamente diferentes, y los divide como participación en sentido estricto a los cómplices e instigadores, aquí se encuentran también los encubridores. Y como autores, al autor material, intelectual y mediato.

Acorde a Donna,

“Autor es quien comete el delito por sí mismo poniendo el concreto proceso de la realización de la lesión típica o, en caso de ser varias las personas, aquel que en un proceso de atribución, a un sujeto libre, sobre un curso de conductas objetivas, tiene el dominio de los hechos, siempre dentro de la idea de conductas externas libres.” (Donna. 2002: Pág. 39).

1.1. Determinación del Concepto de Autor (Teorías de la Participación).

Determinar el concepto de autor es la primera finalidad de este trabajo. Existen dos tipos de posturas respecto de la teoría de la participación:

La teoría de la participación tiene dos posibilidades teóricas, la teoría diferenciadora que se sujeta a diferenciar las distintas participaciones, distinguiendo el papel de cada sujeto, como el principal (autor) o los papeles accesorios (cómplices, cooperadores, partícipes), o, se renuncia a todo tipo de diferencias y todos son autores de su propio delito. Este es el concepto unificado de autor.

1.1.1. La Teoría del Concepto Unificado de Autor: La teoría del concepto unificado de autor señala que cada sujeto responde exclusivamente por su ilícito y su culpabilidad, para esto carece de toda relevancia el resultado del hecho suscitado. Esta teoría elimina la participación y dejaría sin relevancia la accesoriedad del sujeto en un mismo delito. No hace diferenciación entre los partícipes del delito pues todos los

participes son autores con igual rango dogmático. Para Donna esta posición tiene su base en la teoría de la equivalencia de las condiciones propuesta por Von Buri.

“Todas las condiciones de un resultado son equivalente y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo. Desde este punto de vista, cualquier aporte que se haga al hecho implicará su “causación”. De acuerdo a ello, todos los que aportes alguna intervención en el hecho deben considerarse causantes del mismo y, por consiguiente, autores.” (Donna, 2002: Pág. 15).

Aceptar el concepto unificado de autor nos llevaría a una reinterpretación infinita de un mismo delito. Debería establecerse la autoría de cada uno de los responsables y según su grado de participación y el juicio de la persona encargada de determinar la pena, importaría o no el resultado del delito, pues de ser necesaria su “complicidad” para la realización del ilícito este sería autor del mismo, aunque no disponga del dominio de la acción. Es decir, se consideraría como autores, a sujetos que no reúnen las características necesarias.

El concepto unificado de autor llevaría consigo una serie de problemas mas que nada procesales. A cada sujeto debería asignársele un proceso único eliminando así el principio constitucional de celeridad procesal al que esta sujeto el derecho ecuatoriano.

1.1.2. Las teorías diferenciadoras: Se encargan de distinguir a los autores y participes de un hecho ilícito.

1.1.2.1 Teoría diferenciadora subjetiva: Así tenemos la teoría diferenciadora subjetiva, fundamentada por la escuela causalista de Von Liszt, en que existen determinados cursos causales que llevan a la comisión de un delito. De esta manera tiene el mismo grado de culpabilidad la persona que vende un arma, como la que la dispara y mata a otra persona. Pero mantiene la distinción de autores y participes, mas no el grado de culpabilidad ni diferenciación de la pena. Roxin propuso otra teoría, la escuela finalista, pues la causalista estaba equivocada en que los cursos causales

pueden ser externos haciendo imposible la culpabilidad del primer acto. Para poder distinguir según esta postura a los autores de los partícipes, es necesario seguir cualquiera de las dos siguientes posturas. La primera es la teoría del dolo, propuesta por Von Buri, menciona que la diferencia entre un autor y un partícipe esta en individualizar la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe. Pues un partícipe solo quiere el mismo resultado que el autor, mas no depende de su propia intención el resultado del acto. El autor no reconoce otra voluntad superior a la de el, mientras que el partícipe si se debe a la voluntad del autor para llegar o no a la consumación del acto. En cambio, la teoría del interés defendida por Feuerbach, propone que autor es todo quien tiene *animus auctoris* y persigue un interés propio sobre el hecho, y el partícipe solo tiene *animus socii*, pues este mantiene un interés ajeno. En resumen, es autor quien quiere un hecho como propio, y es partícipe quien quiere al hecho como ajeno.

1.1.2.2. Teoría diferenciadora formal objetiva: La teoría diferenciadora formal objetiva, supone que es autor quien ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción típica descrita en los tipos. Es decir, únicamente autor es quien mata, quien falsifica o quien roba, cualquier acto simultaneo es una participación. Es decir, basta únicamente del cumplimiento del verbo rector.

El problema mas importante de la teoría diferenciadora formal objetiva, es que solo existe autor material, y elimina de esta manera al autor mediato y al autor intelectual, pues solo forzando los conceptos se podría determinar otro tipo de autoría. Inclusive es complicado diferenciar otro tipo de autoría ya que la autoría mediata e intelectual caben mas como niveles de participación.

1.1.2.3. Teoría del dominio del hecho: Como fundamento principal de la autoría mediata, la teoría del dominio del hecho expresa que “el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho”. (Donna. 2002: Pág. 31)

Para Roxin, la teoría del dominio del hecho debe guiarse más estudiando como acto primero a los sujetos, y el dominio del hecho de cada sujeto, pues la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un concepto abierto y no solo como un conocimiento previo de la acción, sino como un conocimiento posterior. Roxin estudio las distintas formas de autoría, pues al no ser un concepto indeterminado existen varios casos posibles:

- El dominio de la acción es claramente la realización de un acto sin dependencia de otro.
- El dominio de la voluntad es el supuesto de la autoría mediata, pues tiene en esencia el poder de la voluntad conductora.
- El dominio funcional es el caso en el que varios autores dirigen el hecho y hacen que los autores materiales sean ordenados. Este es un dominio condicionado.

La teoría del dominio del hecho nace conjuntamente con la teoría del dominio de la voluntad. Estas dos nacen con la semejanza del uso de instrumentos que dan como resultado el perfeccionamiento de un acto configurado como delito.

La teoría del dominio del hecho para Roxin parte de que el autor es la figura central del proceso de actuación concreta, y los partícipes carecen de este dominio del hecho.

Pues se ha entendido que la autoría se la imputa a quien realiza de forma final el acto en razón de su voluntad, es decir que esté en posición de orientar los factores causales de acuerdo con la dirección final de su voluntad.

Para André Scheller D'angelo, en una interpretación a Roxin, realizada en la revista de Derecho de la Universidad del Norte dice que,

“Se necesita un conocimiento fundamentador del dominio, es decir, que el autor debe conocer las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento: se pide, en estos términos, más conciencia que finalidad” (Scheller D'angelo, 2011: Pág. 249)

Con esto, podemos determinar que lo que intenta señalar Roxin, es que autor es quien figura como criterio central de la actuación, y el problema es que muchos legisladores

han determinado que autor es quien comete el acto ilícito, siendo esto una interpretación errónea. La valoración que se le tiene que dar al autor mediato es como si el mismo cometiera un delito de propia mano.

Los fundamentos contrarios a la teoría del dominio del hecho como fundamento de la autoría y la participación es que si depende del conocimiento del autor, los delitos imprudentes deberían quedar impunes y solo serían penados los delitos dolosos.

2. La Autoría Mediata.

La autoría mediata se define por un hecho que no depende principalmente de un autor principal, pues este sujeto se vale de otros instrumentos para de esta manera consumir un delito. “Hay casos en que el autor no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos: se puede servir, amén de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto sólo ella posea el dominio de la realización del tipo.” (Donna 2002: Pág. 45). El autor mediato es quien comete un hecho por medio de otro, es el que se sirve de otro sujeto u otros sujetos como instrumentos.

A este tipo de autor se lo denomina como el hombre de atrás, es quien coordina todo y por medio de su poder ordena que se cometa el acto.

La autoría mediata se da cuando el hombre de atrás obliga a que se cometa un delito. Este delito se configura por una tercera persona que sirve mas como un instrumento. Por lo tanto, es indispensable que la responsabilidad recaiga sobre quien hizo uso de un tercer sujeto como medio. Este es el autor mediato.

Se ha cuestionado sobre quien recae el dominio del hecho en la autoría mediata, pero siguiendo con el análisis propuesto por Roxin, quien tiene en su poder el resultado final de un acto delictivo, y puede manejar el curso de los actos para la realización es claramente quien tiene el dominio del hecho. Es el responsable del delito.

Podemos analizar que aquí se encuentra mas un dominio de la voluntad configurada en una tercera persona. Por eso se caracteriza principalmente la autoría mediata, porque es un manejo de la voluntad de otro. Además este dominio de la voluntad debe ser imposible de controlar, que no pueda poner resistencia.

Para Donna, la utilización del hombre sometido a fuerza debe ser irresistible, y propone un ejemplo bastante práctico,

“El autor mediato se vale, para cometer el delito, de un sujeto que es víctima de un error –la doncella, ignorándolo, lleva a la víctima la taza de café que el autor mediato ha envenenado-; el autor mediato obliga al inmediato, ejerciendo sobre el miedo insuperable, a que realice el

delito; el autor mediato mueve a un inimputable (a un loco o un niño) a delinquir.” (Donna. 2002: Pág. 45)

Hay que distinguir que el autor mediato no causa ni colabora de ninguna manera en el acto, sino que el por si mismo realiza el ilícito, valiéndose de otro para la materialización del acto. Su dominio es el control que ejerce sobre el curso causal.

En Europa se ha considerado en legislaciones como Italia o España, a la autoría mediata como innecesaria, debido a que la persona que induzca a otra a cometer un delito debe ser sancionada por el mismo sin distinción del autor mediato como autor material.

Su confusión respecto de la autoría intelectual comienza desde la edad media. Pues se consideraba al autor mediato como un “causante intelectual”. La fundamentación que se le da en la actualidad comienza con la escuela hegeliana, ya que su argumento de accesoriedad obligaba que la culpabilidad recaiga sobre el autor inmediato, dejando impune así al autor mediato.

En varios países europeos se ha eliminado el concepto de autoría mediata dejándola como una instigación a cometer un acto ilícito. Esta autoría debe ser punible pero como una autoría intelectual mas no mediata, según doctrinarios como Gimbernat o Grunhut; pues ellos consideran que desde un criterio formal objetivo el hecho principal no debe ser sino la realización antijurídica del tipo objetivo. Esta postura fracasa, pues no es lo mismo hablar de una autoría mediata que de una autoría intelectual, partiendo de que la instigación -autoría intelectual- es una creación de dolo sobre un hecho en el autor. Es decir, el autor ya pasa a formar parte de el dominio del hecho, en cambio, en la autoría mediata, el instrumento comete un acto no doloso, pues es imposible para Roxin, hablar de una instigación a un hecho no doloso.

Se debe distinguir también a la autoría mediata de la cooperación, pues Donna señala que la autoría es un hecho propio y que la cooperación es una participación como un hecho ajeno. La autoría mediata considera mas a degradar al ser humano a un objeto como medio material, y la cooperación consiste en una corrupción del ser humano para que el abuse de otra persona.

Para perfeccionar la autoría mediata, es necesario el uso de ciertos instrumentos, por ejemplo el engaño, la coacción, el poder, entre otras.

La relación existente entre los sujetos de la autoría mediata es,

“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: Pág. 278)

2.1. Elementos de la Autoría Mediata: Para configurar la autoría mediata es necesario que se configuren algunos requisitos. Estos requisitos son objetivos y subjetivos. Para Márquez, estos requisitos concluyen en que el autor mediato debe tener el dominio del hecho y el autor material debe estar en posición de obediencia hacia el autor mediato.

“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 intervención), pues en ellos no cabe autoría mediata.”(Márquez. 2009: Pág. 34 y 35)

Partiendo del dominio del hecho como un elemento principal de la autoría mediata podemos decir que al ser parte del dolo es constitutivo del hombre de atrás. El desconocimiento del dominio lleva al hombre de adelante (autor material) al error, quedando este en culpa. Es decir hay una exclusión del dolo.

Existen diferentes tipos de autoría mediata, que se clasifican en:

- Autoría mediata frente a actuaciones no típicas del autor inmediato: en este caso, existe un aprovechamiento de una tercera persona como instrumento. Aquí se hace uso de su desconocimiento del hecho, induciéndolo así al error. El autor mediato tiene el dominio de la acción.

- Autoría mediata y la actuación lícita del instrumento: en este caso existe una confusión por parte del autor material, considerando que su actuar es correcto pero el resultado es lesivo. Es una autoría mediata por error.
- Autoría mediata en los casos de ausencia de responsabilidad del instrumento: en este caso existe una autoría mediata ejercida por medio de la coacción. Su importancia radica en la falta de libertad del instrumento debido a una coacción.

Otro elemento que considero es importante en la autoría mediata, es el desconocimiento de la acción, pues el instrumento, en consideración debe estar en una completa ignorancia del hecho, de esta manera no sería mérito de él, la acción. Existen delitos bajo la modalidad de coacción, pues si un sujeto comete un delito por amenaza a su familia y se ve en la obligación de aquello, considero que deben haber elementos alternativos para que este sujeto logre salvar a su familia sin la necesidad de delinquir. Pues su pena sería considerada por un juez conforme a su grado de participación, y la posibilidad que tenga de conseguir ese medio alternativo como la policía, por ejemplo, para crear un escenario en el que si se cometa el acto. De ser imposible un medio alternativo, considero que debe comprenderse su situación. Es así pues como se puede establecer el dominio del hecho por medio del error, coacción o aparatos de poder.

En este caso, el autor mediato logra imponer su propia voluntad, para doblegar así al instrumento. Esta imposición se caracteriza por el dolo. Pues el autor material actúa con carencia de dolo.

2.2. Instrumentalización del hombre de adelante y los aparatos de poder organizados: Se ha caracterizado a la instrumentalización según su orden moral o material, de manera que a la primera se la ha llamado “vis absoluta”, y a la segunda “vis compulsiva”.

La fuerza moral se entiende como la violencia física que ejercida sobre un persona, anula su propia voluntad y la materializa.

La fuerza material es aquella fuerza física empleada en fin de alcanzar un resultado en el cual el instrumento se vea obligado a cumplir con lo mandado.

Esto significa que existe una absoluta configuración de la autoría mediata, el momento en el que se exponen situaciones como el dominio de la voluntad mediante el uso de la fuerza, amenazas o se induce al error, limitándole de su libertad, se comete también un acto delictivo.

La autoría mediata nace a través de los aparatos de poder organizados. Esto es por el dominio de la voluntad por una fuerza externa, como ya se ha mencionado. Zaffaroni, la define como un fundamento sustancial del dominio del hecho, “conforma a ella el autor es el que domina el hecho, que tiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el si y el como o, mas brevemente dicho, la configuración central del acontecimiento.” (Zaffaroni. 1999: Pág. 306). Es claro ya, que existe el dominio del hecho, el dominio de la voluntad y el dominio de la acción, pero para la existencia del dominio de la voluntad y de la acción, existe necesariamente un dominio del hecho por parte de un autor mediato. Es decir, diferenciar a la autoría mediata del dominio del hecho, es imposible. Pues debido a que el dominio del hecho se concentra en el uso de medios atribuibles al autor mediato para que mediante este logre poseer la voluntad y se concrete la acción, el mandante u hombre de atrás debe configurarse como el responsable de los cursos causales.

Estos aparatos de poder que menciona Roxin son fines maquinados según su organización para conseguir actos delictivos. Un ejemplo claro de estos aparatos de poder organizados son las mafias o los carteles de droga, todos cometen actos ilícitos rindiendo cuentas a una persona. Este tipo de situaciones llamaron la atención de Roxin, pues las figuras de la autoría, la instigación y la complicidad se ven involucradas en este tipo de casos. Los sujetos aquí cuentan aún con libertad, libertad para involucrarse y no existe coacción ni error. Roxin fundamenta la autoría en sentido que existe una nueva forma de autoría mediata, puesta esta radica en la fungibilidad de los ejecutores. El ejecutor inmediato es punible como culpable por cometer un delito por mano propia, pero estas causas son irrelevantes en cuanto al dominio del hecho del autor mediato. Pues el sujeto inmediato es únicamente una pieza cambiante, Donna lo califica como “una ruedita cambiante en la máquina de

poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos.” (Donna 2002: Pág. 62).

Esta posición se ve claramente en casos de genocidio. Por ejemplo el caso de Adolf Eichmann, director del Departamento Central para la Emigración Judía, se encargaba de localizar a los judíos que se encontraban en países europeos, los detenían y los transportaban a campos de concentración. Fue detenido por los aliados en 1945, escapó a Argentina, en donde fue capturado por el Servicio Secreto Israelí. Juzgado por genocidio del pueblo judío se lo condeno a muerte y posteriormente fue ejecutado. Para Donna,

“El genocidio es un delito desde todo punto inimaginable como hecho individual. (...), pues los delitos de guerra, estatales y de organización, no podrían ser aprehendidos adecuadamente si se manejan solo los criterios que rigen para el hecho individual, y es por ellos que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad no serian aptas para adaptarse, sin más, a un acontecimiento delictivo así.” (Donna 2002: Pág. 63)

Esta teoría ha sido respaldada por varios tratadistas, pues supone una nueva figura de autoría mediata, Lascano propone 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 2001: Pág. 350)

Esta figura de autoría mediata, se ha llamado como el hombre del escritorio. Pues bajo el mando jerárquico de un grupo organizado se ordena delinquir. Existe además, una carencia de error o coacción, pues no hace falta. Si el sujeto inmediato no cumple, se lo reemplaza por otro miembro del aparato de poder organizado. Es claro quien posee el dominio del hecho en estas organizaciones.

Respecto de los aparatos de poder organizados, Bruera ha establecido dos medios existentes,

1) En casos en que se utiliza al aparato del estado, y están suspendidas las garantías del Estado de Derecho, o las Garantías Constitucionales. Este caso se refiere a un jefe de estado o sus subalternos. Debido al poder que se le atribuye cuenta con el dominio de la voluntad como del hecho. Este caso se ve claramente en hechos ocasionados en países como Argentina o Chile con sus dictaduras, la Alemania Nazi, Colombia por su guerrilla o Ecuador con el grupo subversivo de Alfaro Vive. El jefe de estado y sus subalternos lograron crear un engranaje que terminó en actos criminales a los ciudadanos, sin otorgarles garantías constitucionales. En estos casos, la doctrina y la jurisprudencia ha alcanzado a establecer la diferencia entre los hechos, las ordenes y las formas en las que se cometió el delito. La pena mayor corresponde al hombre del escritorio.

2) Hechos que se cometen en el marco de organizaciones clandestinas, secretas, bandas criminales, etc., estos aparatos están constituidos por gente independiente con ideales similares. Por ejemplo, mafias italianas o rusas, carteles colombianos o mexicanos, trafico de personas en Europa.

2.3. La Autoría Mediata en el Derecho Penal Ecuatoriano: La historia del derecho penal ecuatoriano ha guiado a que se cometan errores respecto de la autoría mediata. La codificación reciente, el COIP, no queda atrás, pues sigue existiendo una confusión respecto de autor intelectual y del autor mediato. El artículo 42 expresa las distintas formas de autoría,

“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: Art. 42)

Pues ninguno de los elementos de la autoría mediada han sido tomados en cuenta para la codificación. El dominio de la voluntad, del hecho y de la acción no fueron valorados y dentro del mismo artículo se incluye a la instigación como forma de autoría mediata, siendo la instigación un elemento principal de la autoría intelectual. El instigador o incitador es quien induce a una tercera persona la idea de ejecutar un hecho, sin necesidad de coacción ni error. La instigación, tanto para Donna como para Bacigalupo es meramente una influencia psicológica, la cual no posee dominio de la voluntad ni dominio del hecho, el resultado del cometimiento del hecho es incierto. Es claro que existe una errónea interpretación de conceptos, que llevan a los legisladores ecuatorianos a la confusión de la instigación como elemento del autor mediato.

La modalidad de instigación no contiene la seguridad de un resultado, tampoco un medio coercitivo, organizado ni una inducción al error.

Para evidenciar de mejor manera la confusión existente se desprende del mismo artículo, numeral dos, literal b, que quienes “valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto”, serán autores mediatos. Pues no podemos afirmar que existe una autoría mediata en tipos penales donde el autor material es guiado por un ofrecimiento. Este ofrecimiento actúa como elemento de la autoría, y conforme a lo ya estudiado, únicamente el error, la coacción o un aparato organizado de poder son elementos de la autoría mediata. Además en la autoría intelectual se evidencia claramente el dolo como un elemento de quien actúa de mano propia, entonces existe un conocimiento claro del acto punible, tiene certeza y mas importante aun, el dominio de la voluntad y del hecho, por parte del autor material.

Tanto en la doctrina como en la legislación internacional se ha logrado diferenciar al instigador del sujeto de atrás. Pues el instigador actúa dolosamente influyendo a otro para que de la misma manera realice el acto ilícito. Aquí se atribuye el dolo a los dos sujetos, es obvio que sea un tipo de autoría específica.

En los casos de autoría mediata, se aplican circunstancias atenuantes o exculpantes para el ejecutor inmediato.

3. Los Juicios de Nuremberg como Punto de Partida de los Distintos Tipos de Autoría.

Se denominó así al conjunto de procesos legales iniciados por el bloque aliado vencedor en la Segunda Guerra Mundial, para sancionar a los altos mandos alemanes y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Hitler. Principalmente se acusó por genocidio, crímenes contra la humanidad, xenofobia, etc.

Los procesos fueron conducidos por Tribunales Militares Internacionales y sirvieron sobre todo para crear el Derecho Penal Internacional, en el cual se establecerían delitos como los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidios.

En total se acusaron a 611 personas relacionadas con el régimen Nazi. Además se disolvieron personas jurídicas como la Gestapo, la SS y el Partido Nazi. Esto entre los 12 juicios que se llevaron a cabo.

Dentro de los procesos que se llevaron a cabo, se logró evidenciar vacíos legales y erróneas interpretaciones por parte de los gobiernos de turno. Se llevaron a cabo teorías nuevas, como el Derecho Penal Internacional; y se desestimaron teorías antiguas como el positivismo radical propuesto por Kelsen, puesto que de ser correcta la interpretación literal y única de la norma ningún alemán habría cometido delito alguno, y en ese entonces existía una concepción de que si estaba contenido en la norma era porque debía ser lo justo.

A mas de la creación del Derecho Penal Internacional, y la desestimación del Positivismo Jurídico, se perfeccionó la teoría de la autoría y participación, conjuntamente por el dominio de la acción y el dominio de la voluntad.

El objetivo fue comprobar que las causas llamadas de inculpabilidad como el estado de necesidad o el miedo insuperable no deben ser tomadas en cuenta si el autor tuvo realmente la capacidad de obrar de otra manera, y podríamos decir que de aquí parten las nuevas teorías de la autoría. El derecho penal comenzó a trabajar de manera individualizadora, pues se calificaba el acto cometido por una capacidad individual para calificar la existencia o no de la responsabilidad. Por su parte, a los sujetos se les atribuye una capacidad de motivación, pues al momento de inducir al error a una persona, esta se hace incapaz de motivar su acto, y al igual que en el derecho civil, su acto carecería de responsabilidad.

Veremos entonces una breve reseña de los tipos de autoría,

También llamada autoría directa o individual “es quien ejecuta por si mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte esencial” (Donna 2002: Pág. 40). Es autor material es quien realiza el hecho por si solo y no se vale de otros, sino únicamente de su actuación corporal. De igual manera se aplica en los delitos de comisión como los de omisión. En los delitos de comisión existe una actuación corporal. En los delitos de omisión la autoría directa se manifiesta al no haber una actuación corporal que permita el deber objetivo de cuidado. Es fácil entender que en la autoría material el no hacer equivale al hacer. Es importante saber que los elementos de la autoría material son el ánimo, la voluntad y la actuación corporal propia, y por medio de los elementos podemos ver que comienza a diferenciarse la autoría. Esta tiene relevancia con todo lo que son delitos de propia mano por ejemplo el hurto.

Se conoce al autor intelectual como el sujeto que instiga a otro que actúa como autor material en la comisión del delito. La responsabilidad penal del autor material es incuestionable, pues actúa con dolo y con el dominio del hecho, pero el agente provocador también tiene responsabilidad. El Código Penal Argentino en su artículo 45, el Código Penal colombiano en su artículo 23, el Código Penal español en su artículo 14 y el Código Penal venezolano en su artículo 83 definen de igual manera a la instigación, como aquel que determina directamente o induce a otro a cometer un hecho punible. La instigación se caracteriza además por ser un hecho que crea en otro dolo. Para Bacigalupo, mientras el autor material no pierda el dominio del hecho este sigue siendo un caso de autoría intelectual, pues en el momento del perder el dominio del hecho estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. Una persona va a ser considerado como autor intelectual de un delito cuando lo dirija o planifique.

Este tipo de autor es el que maquina la situación y todos los actos que se cometan en la infracción a través de un tercer inducido de forma psicológica.

“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: Pág. 136)

Tratadistas ecuatorianos como Ramiro García, expresa sobre la autoría intelectual que,

“[...] 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: Pág. 395)

Pues nos queda claro que los elementos sustanciales de la autoría intelectual son la instigación o incitación y la incertidumbre en cuanto al perfeccionamiento del resultado final.

La autoría intelectual se ha visto en malas interpretaciones, pues los legisladores no han sabido establecer claramente quien es el autor intelectual y quien es el autor mediato.

Pues para Roxin, esta diferencia radica en 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: Pág. 236)

Son coautores todos quienes forman parte de la ejecución de un delito co-dominado. La coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas las cuales colaboran de forma voluntaria y consciente. Para Mir Puig, los coautores son todos

aquellos que colaboraron de forma esencial en la fase ejecutiva del delito. La coautoría es propiamente autoría, por lo tanto tiene los mismos elementos de la autoría, por ejemplo el co-dominio del hecho.

La coautoría se basa en el principio de imputación recíproca. Esto significa que todos los hechos realizados por todos los sujetos son imputables para todos, de esta manera se considera coautor en totalidad.

El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Para Roxin este elemento sostiene el fundamento de que cada uno de los coautores tienen en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en el trabajo. Para Bacigalupo,

“Este co-dominio es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.”
(Bacigalupo. 1996: Pág. 197)

Para la existencia de coautoría es necesario pues que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios. Debe existir un acuerdo de voluntades, además del co-dominio del hecho.

Para que exista coautoría es necesario de un aporte objetivo al hecho. Pues de no haber este aporte objetivo no podríamos determinar si hubo dominio del hecho por parte del coautor. Para Roxin, habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estado de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse. En el derecho penal argentino y español se codifica como el tomar parte en la ejecución, que de tal manera no habría podido realizarse sin aquel acto.

Para diferenciar entre coautores y cómplices, la doctrina ha propuesto dos momentos esenciales:

- Los coautores son los partícipes que se encuentran durante la ejecución.

- Son cómplices o cooperadores necesarios los que están durante la preparación del acto.

La complicidad o cooperación se da cuando personas de manera indirecta ayudan a otra a ejecutar un delito. La complicidad se materializa cuando una persona es responsable de un delito pero no por el hecho ni el resultado, sino por la colaboración que supo brindar en la ejecución del mismo. Cómplice es la persona que auxilia sin incidir en la realización del hecho.

4. Jurisprudencia Relevante Respecto de la Autoría Mediata.

Los casos mas representativos de la autoría mediata son aquellos que se han llevado por medio de aparatos organizados de poder, pues han sido los mas importantes que han logrado diferenciar al autor mediato del autor intelectual. Aquí se ha interpretado una responsabilidad penal individual de los sujetos.

4.1. Caso Hermanos Restrepo: Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, en el contexto gubernamental ecuatoriano de los años 1980, dominado por procesos investigativos policiales cuya característica principal fue siempre el uso de la fuerza desmedida, en este contexto la creciente resistencia social, en forma de guerrillas fue el justificativo para que el gobierno del Ing. León Febres Cordero legitime prácticas inhumanas, fortaleciendo las fuerzas del orden con “capacitadores” extranjeros en el ámbito de la tortura y el uso desmedido de la fuerza.

El jueves 08 de enero de 1988, los padres de Carlos Santiago y Pedro Andrés, Pedro Restrepo Bermudez y Luz Helena Arismendy, colombianos residentes en el Ecuador, dueños de una empresa textil, domiciliados en las afueras de la ciudad de Quito, salieron de la ciudad rumbo a la costa, a fin de pasar el fin de semana con unos parientes, dejando a sus dos hijos, conjuntamente con su hermana menor María Fernanda Restrepo a cargo de la casa y con el vehículo Chevrolet Trooper de placas PHD-355, a fin de que pudiesen movilizarse, después de dejar en el colegio a su hermana menor, Santiago volvió a casa y recogió a su hermano menor Andrés para salir nuevamente rumbo al aeropuerto con el fin de despedir a un amigo, salieron de su residencia ubicada a unos cinco minutos al oriente de la ciudad de Quito, al ingresar a la ciudad encontraron un vehículo patrullero con varios policías que se encontraban revisando los documentos habilitantes para el manejo de vehículos, esto ha sido confirmado por las versiones de algunas personas que fueron sometidas a la mencionada revisión, Santiago al no poseer licencia de conducir, al parecer emprende precipitada carrera evadiendo el control policial, ante lo cual un vehículo policial empieza la persecución a los menores de edad, sin conocer posteriormente nada de ellos.

Nada se supo de los menores hasta el siguiente día en el cual después de la búsqueda realizada por los padres, que habían retornado a Quito, reciben una respuesta positiva, confirmando la presencia de los menores en el Centro de Detención Provisional de Quito, también denominado Penal García Moreno, al momento de llegar al lugar de detención dicha información fue negada por los guías penitenciarios que se encontraban de turno esa tarde, en su informe la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos, consigna que el libro de ingresos habría sido alterado al momento de su revisión le faltaban páginas.

El Gral. de Ejército Miguel Arellano mencionó a los padres días después que, según informes de inteligencia militar, los menores estaban siendo investigados por la Policía Nacional, en los días posteriores se realizaron maniobras de rastreo alrededor de la quebrada por donde fue visto por última vez circulando el vehículo de los hermanos Restrepo, tras cuarenta y tres días de búsqueda el vehículo fue encontrado en la quebrada aledaña a Quito, mostrando visibles muestras de ser desvalijado, sin motor ni las principales piezas del mismo, los avances investigativos fueron asignados a la Subteniente Doris Moran, quien durante un año asevero a los padres que sus hijos se encontraban vivos y que habían abandonado el hogar de manera voluntaria.

El 10 de agosto de 1988 asume el poder en el Ecuador, el Dr. Rodrigo Borja Cevallos, con el cambio de mando se renueva la fe de los padres de los menores Restrepo por continuar con las investigaciones, con este nuevo gobierno se formó una comisión investigativa.

El servicio investigativo colombiano, debido a los esfuerzos de los padres realizó un informe en el que se concluía que los menores Restrepo habían sido detenidos, torturados y desaparecidos por la Policía Nacional. A luz del informe acusatorio por parte del gobierno colombiano en el cual se afirmaba que la Policía Nacional del Ecuador era responsable por la desaparición de los hermanos Restrepo y debido al gran descontento social, la Comisión conformada por el gobierno colombiano y la policía llegó a las siguientes conclusiones: a) que no se trataba de abandono voluntario del hogar; b) que la Policía había tenido en sus manos a los menores; y c) presumía que los hermanos Restrepo estaban muertos.

La Policía Nacional ecuatoriana indignada con este informe, realizó una nueva investigación determinando que los hermanos Santiago y Andrés Restrepo murieron producto de un accidente de tránsito y que sus cuerpos fueron devorados por la fauna fluviomarina que habita en el riachuelo donde fue encontrado el vehículo, este causó la indignación ciudadana que se manifestó en las afueras de la casa presidencial en contra de tan absurdas conclusiones. La presión popular obligó al presidente Borja a organizar una Comisión Internacional para investigar el caso la misma estuvo conformada por Tione Van Dongen: Holandés. Experto en desapariciones y representante de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Apolinar Díaz Callejas: Colombiano. Miembro de la Comisión Andina de Juristas, Guillermo Arismendi: Tío de los desaparecidos, Juan de Dios Parra: Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Humanos (ALDHU), Isabel Robalino: Miembro de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, Gustavo Medina: Procurador General del Estado.

Una vez iniciadas las investigaciones de la Comisión recibió los testimonios de algunos agentes que desempeñaban funciones en el Servicio de Investigación Criminal, también denominado SIC-10, entre estos las de un agente de bajo rango denominado Hugo España, cuyas declaraciones sacudieron a la sociedad ecuatoriana:

"a las 8 y media de la noche llegó el sargento Llerena con dos detenidos, menores de edad, y me indicó que los ubique en celdas separadas; al preguntar los nombres de los menores, ellos me indicaron que se llamaban Santiago y Pedro Andrés. Llerena regresó y se llevó al mayor de los jóvenes, luego regreso con él, pero cargándolo a cuesta y en compañía del agente conocido como "el chocolate". (revista Punto de Vista No 483: 1991, Pág. 5.)

La declaración continúa manifestando que quisieron encerrarlo en uno de los calabozos del SIC, España se negó manifestando que se encontraba muy golpeado y que no podía recibirlo en esas condiciones, de todo esto elaboro un parte policial por lo cual fue enviado al calabozo, manifestándole que debía guardar absoluta reserva.

Las declaraciones de España se complementaban con lo sospechado anteriormente por la Comisión, los jóvenes habían sido detenidos y confundidos con presuntos criminales, razones por las cuales fueron torturados, al parecer el mayor padecía de asma lo cual provocó que la tortura por ahogamiento le causará la muerte, y que el

otro hermano fuera asesinado para que no existan testigos, cosa que aterrorizó a la sociedad ecuatoriana, muy pronto el ex agente España fue invitado a varios programas televisivos así como radiales para pedir su versión de los hechos.

Lo más espeluznante relatado por España fue la ubicación de los cuerpos. El fue obligado a cargar los cuerpos hasta un vehículo policial y emprender viaje hacia los caminos andinos de la sierra ecuatoriana, llegando a la laguna de Yambo, donde dichos cuerpos fueron presuntamente arrojados.

En el año 2007 cuando asume la presidencia el Econ. Rafael Correa Delgado, mediante Decreto Ejecutivo de fecha 03 de mayo de 2007 crea la Comisión de la Verdad con el fin de documentar las presuntas violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre 1984 y el 2008 y que en su artículo No. 1 establece que deberá investigar las graves violaciones a los Derechos Humanos sucedidas entre los años 1984-1988. Comisión que investigó a 88 personas implicadas en el caso.

La creación de la Comisión de la Verdad no es algo aislado, esta responde al derecho consagrado en varias decisiones por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos denominado derecho a la verdad, en este sentido la misma Corte en el informe No. 10/95, caso 10.580 de Manuel Bolaños consagró el derecho de los familiares de la víctima a conocer la verdad de la situación.

Resulta obvio afirmar que esta decisión de la CIDH fue el antecedente para que el caso Restrepo sea juzgado de similar manera y más aún para la creación de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos en el año 2007, con el fin de dar un adecuado y real seguimiento a todas las violaciones a los derechos humanos de las cuales fueron víctimas los residentes del país en los años 80.

Al iniciarse estas investigaciones, un ex agente del SIC-10, Hugo España reveló lo sucedido con los hermanos Restrepo e informó el paradero de sus cuerpos. Además acusó a los ex agentes del SIC-10, Edgar Fraga, Antonio Gudiño y Jorge Medrano como los responsables de la tortura y asesinato de los dos hermanos. Existen también dos testimonios de encargados de los calabozos del Servicio de Investigación Criminal, en los cuales se acusa a los mismos ex agentes y se informa que transportaban el cadáver de un joven y un menor alado de el en un Jeep Blanco.

Configurando todos los elementos esenciales de la autoría mediata, existe una inducción por parte de los Coroneles Gustavo Gallegos y Gustavo Zapata a sus agentes. Conforme lo estudiado, podemos desarrollar este caso partiendo de los aparatos de poder organizados planteados por Roxin. Pues de no cumplir con las ordenes emitidas, los oficiales eran dados de baja y se encargaba a otra persona que realice el acto ilícito, los agentes acusados hoy en día son solo partes fungibles de un engranaje, en este caso estatal. Existen testimonios mas graves en los cuales se acusa al ex presidente del Ecuador León Febres Cordero de emitir todas las ordenes para el SIC-10, lo cual aún no se ha logrado probar.

Para identificar a los sujetos en este caso, es importante aclarar que los ex agentes pertenecían a un cuerpo ordenado de un aparato de poder organizado, en este caso, la Policía Nacional del Ecuador. Es decir, se encuentran altos mandos del SIC-10, a quienes se debería responsabilizar por el asesinato de los hermanos Restrepo. Es así que los Coroneles Gustavo Gallegos y Gustavo Zapata, declarados inocentes en 1995, por la Corte Suprema de Justicia eran los responsables de emitir las ordenes a los agentes encargados, para que luego ellos procedan de forma obligatoria, pues en declaraciones de Hugo España, el señala que de no acatar las ordenes, eran dados de baja y humillados dentro de la Policía Nacional. La entonces Corte Suprema de Justicia desestimó los cargos imputados contra los Coroneles y estableció penas para:

- Guillermo Llerena y Víctor Badillo son considerados autores materiales de la desaparición y se les impone una pena de 16 años de reclusión mayor extraordinaria.
- El Coronel Trajano Barrionuevo, el Teniente Juan Sosa y la Subteniente Doris Morán son sentenciados a cumplir una pena de 8 años, por el delito de cómplices.
- El General(r) Gilberto Molina y el ex agente Hugo España son sentenciados a 2 años de reclusión por el delito de encubrimiento.

Dejando de esta manera en claro, que no se consideraron a los elementos de la autoría mediata dentro de este caso, pues a quien encargaban los actos no se les imputó ni la autoría intelectual de los delitos, caso que también hubiera sido equívoco para la jurisprudencia.

Otro elemento importante es que hay un ejercicio del dominio del hecho por parte de los autores mediatos, pues es necesario establecer esto ya que los agentes encargados acataban órdenes. De haberse ordenado por los coroneles la liberación inmediata de los jóvenes, estos los hubieran liberado, y en otro caso, si se los hubiera ordenado torturarlos y asesinarlos y luego abandonar los cuerpos en alguna laguna, los agentes del SIC-10 lo hubieran hecho.

Finalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sentenció al Estado ecuatoriano a una indemnización a la familia Restrepo por el valor de dos millones de dólares.

Podría decirse que este es el caso mas representativos en cuanto a delitos de Lesa humanidad perpetrados por el estado ecuatoriano. La Fiscalía del Ecuador junto con la Secretaria de la Presidencia han intervenido en todos estos casos ya que son imprescriptibles según artículo 80 de la Constitución de la Republica del Ecuador, formando una Comisión de la Verdad. Además del caso Restrepo, existen otros procesos como el de la profesora Consuelo Benavides, o el caso Fybeca de Guayaquil, hoy en día caso Gonzáles y otros, en los cuales se puede evidenciar claramente a los autores mediatos y los autores inmediatos de un aparato de poder organizado, en estos casos de miembros de la Policía Nacional y del ejercito ecuatoriano. Por ejemplo en este último, se acusó al mayor Eduardo Gonzáles de haber comandado las acciones contra los asaltantes de la farmacia Fybeca en Guayaquil y que terminó con la vida de 8 personas. En este caso existió abuso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, también la desaparición forzosa de una persona detenida y asesinatos de personas ya rendidas por parte de los miembros de la policía, pero todos se encontraban bajo el mando del mayor Eduardo Gonzáles. De todos estos casos que pertenecen a la Comisión de la Verdad, cualquiera podría ser tomado como ejemplo de autoría mediata. Al ser casos perpetrados por el Estado ecuatoriano, existe un claro ejemplo del aparato de poder organizado propuesto por Roxin, en el cual, aquellos que funcionaron como actores inmediatos son solamente engranajes que actuaron sin dominio del hecho pero si con un miedo referencial en algunos casos, o en otros con obediencia debida.

5. Conclusiones.

La autoría mediata es entonces la inducción por parte de una persona a otra mediante el uso del error, la fuerza o aparatos de poder organizados. Dentro de la autoría mediata se encuentran dos sujetos diferentes, el autor mediato y el autor inmediato. El autor mediato es quien induce al autor inmediato a que cometa el acto ilícito, manteniendo, el primero, el dominio del hecho, situación necesaria para determinar el nivel de participación de una persona en un delito. El dominio del hecho es tener en las manos el curso causal de una acción, y en la autoría mediata, el inductor es quien determina el resultado de la acción, mas no el autor inmediato ya que el se encuentra en una acción de desconocimiento siendo el caso del error, o miedo temerario u obediencia en caso de coacción o un aparato de poder organizado. Estas situaciones definen que el autor inmediato actúa sin dolo, pues el no lleva consigo el conocimiento del hecho ni la voluntad de realizar el ilícito.

La investigación judicial por parte de jueces y fiscales debe dirigirse a las tres modalidades de autoría mediata, el error, la coacción o los aparatos de poder organizados, y según estos, determinar el grado de culpabilidad.

Los casos mas relevantes para la doctrina en relación a la autoría mediata son aquellos que derivan de un aparato de poder organizado. Internacionalmente se han suscitado casos como los juicios de Nuremberg, o aquellos de los Tribunales Penales de Israel, que se encargaron de juzgar a criminales de guerra como autores mediatos debido a su situación de obediencia frente a un aparataje en el cual, aquellos que emitían órdenes fueron sentenciados como autores mediatos. Hecho histórico relevante para el derecho penal internacional. En los casos de un aparato organizado de poder, el dolo es menor, ya que a pesar de que se cometa el delito bajo una orden encomendada, esta está fundada en un miedo temerario o una obediencia debida. Por su parte, el autor inmediato tiene conocimiento del ilícito pero su voluntad no se configura de igual manera que en la de un autor material. El ilícito se cometerá de igual manera, pues el es solo una ficha mas del fichero.

Durante la historia del derecho penal, la autoría ha encontrado varias contradicciones y problemas de interpretación. De manera que se ha confundido tanto a tipos penales

como autores de un delito. Los casos mas importantes son aquellos relevantes a la autoría mediata respecto de la autoría intelectual, así como también al encubrimiento. El Ecuador no se ha visto inmerso de estas contradicciones, pues incluso en la legislación vigente se encuentran una interpretación errónea de la doctrina. Los lineamientos para determinar la autoría mediata se han dentro de un mismo numeral con la autoría intelectual, como ya se explico, la legislación ecuatoriana interpreta al autor mediato como un instigador, reflejando así el error cometido en la codificación penal.

El escenario propuesto por el Código Orgánico Integral Penal es confuso, pues nos propone a su vez en el mismo numeral dos tipos de autoría similares, pero bajo un mismo nombre que es la autoría mediata.

El autor inmediato, por si mismo no constituye un delito, no cumple con el acto típico antijurídico culpable porque está fuera de si la voluntad, voluntad que sí radica en el autor material en el caso de una autoría intelectual. Este autor material si es un sujeto libre que posee la decisión de cometer el acto o no, esto acarrea a el, el dolo. Principalmente en los casos por error, el autor inmediato se encuentra en un lapso de inconciencia.

Las diferencias entre autor intelectual y autor mediato radican principalmente en el medio empleado para determinar a un tercero como ejecutor de la acción delictiva, el dominio final del hecho como certeza del cometimiento del mismo y de la existencia del dominio de la voluntad especificando quien es el responsable del curso causal. Otra diferencia que establece Roxin, es que en el instigador no se encuentra el dominio del hecho, en el inductor si se encuentra el dominio del hecho.

La autoría mediata, tiene como ejemplo clásico la inducción al error por parte del autor mediato, al autor inmediato, cuando éste lleva veneno a otra persona, pensando que una medicina o comida que no ha sido alterada. El autor inmediato efectúa el acto y la tercera persona muere. Se configura la autoría mediata ya que la persona que lleva la medicina o la comida desconoce del contenido de lo que va a administrar.

Por ejemplo, el delito de autoría intelectual por excelencia es el sicariato. En este caso, un sujeto ofrece a un tercero una suma de dinero para que éste de muerte a otro. Los elementos se plasman en que quien paga para que se cometa el ilícito tiene el

manejo de los cursos causales, tipo de ejecución y la dádiva que representa el cometimiento del acto, pues no existe en ningún momento coacción o error.

El instigador –autor intelectual- principalmente es quien de forma directa y psicológica crea en otra persona el ánimo de delinquir. Este ánimo se crea por la influencia del convencimiento o una promesa de recompensa. El instigador además actúa con una determinación dolosa, y crea en el tercer sujeto la misma determinación, el autor mediato no crea en el autor inmediato una determinación dolosa, sino que lo coacciona o lo induce a un error. En la autoría intelectual se crea un doble dolo. En la autoría intelectual existe ya una determinación dolosa por parte de quien instiga, como consecuencia se crea una concurrencia del dolo al momento de ejecutar el hecho punible. El autor material en la autoría intelectual tiene la libre decisión de actuar, por lo tanto existe ánimo y voluntad. Por eso es imputable el autor material de este hecho, porque actúa con animus autoris.

Se entiende así, que el autor intelectual es aquel sujeto que se encuentra detrás del autor material. La correcta interpretación de la doctrina en la ley, se daría si se inicia separando al instigador del autor mediato, pues no cabe el establecer a la instigación que es un acto psicológico que crea dolo, como una inducción. A su vez, el dolo en los casos de autoría mediata por coacción o error se anula debido a que no cuenta con el elemento de voluntad al momento de cometer el acto ilícito. La inducción si crea una obligatoriedad de cumplimiento, la instigación no crea este elemento, dando como resultado una incertidumbre del suceso.

Es importante que la legislación sepa diferenciar la autoría mediata y la autoría intelectual, pues distinguir a la autoría y la participación de los sujetos es indispensable para adjudicar la responsabilidad penal dentro de un proceso, cumpliendo así con el Debido Proceso y las Garantías en los Procesos Penales artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Aparte de la instigación, otros elementos que deben eliminarse del artículo 42, numeral 2, literal a) y b), son el precio, la dádiva, la promesa y el ofrecimiento, ya que esto es parte de la autoría intelectual. Puesto que estos elementos no son causantes del bloqueo de la voluntad, no inducen al error, no constituyen una fuerza de coacción, mantienen en el autor material el dominio del hecho. Esto es importante ya que el autor intelectual no posee dominio alguno sobre el autor material, y en autor mediato

si posee el dominio de la voluntad sobre el autor inmediato. En el primer caso, es justo que ambos sujetos sean punibles, en el segundo, dependiendo del caso deben ser juzgados respecto de su participación ambos sujetos. De forma que una vez establecidas las diferencias entre la autoría mediata y la autoría intelectual, queda en sí, una necesidad de reformar de forma íntegra el numeral 2 del artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal. Separando así, al instigador y sus medios como el precio, la dádiva, la promesa y el ofrecimiento del autor mediato y sus elementos como el error, la coacción y los aparatos organizados de poder.

La jurisprudencia ecuatoriana es otro factor que no ha ayudado a distinguir una autoría de otra, pues al mantener una postura equivocada referente a la autoría mediata, tanto a abogados como a jueces les ha quedado remitirse a la doctrina para poder diferenciar a los autores. En los casos relacionados como de los hermanos Restrepo, nos encontramos frente a un aparato de poder organizado en los cuales no es complicado determinar a los autores mediatos y a los autores inmediatos. Al igual que varios casos pertenecientes a la Comisión de la Verdad, todos actuaron bajo un nivel de obediencia necesaria frente a un aparataje en el cual, los autores inmediatos eran meros engranajes. Partiendo de una clara determinación del nivel de participación de cada sujeto, se debe continuar por la imposición de las penas, las cuales deben determinarse según el dominio del hecho que cada sujeto tenía en cada situación. Principalmente en el caso de los hermanos Restrepo, quedaron impunes los autores mediatos, pues una sentencia de la Corte Suprema de Justicia determinó que los altos mandos del SIC-10, no tenían responsabilidad sobre los hechos que se habían realizado y determinó penas para autores materiales, coautores y encubridores. Además, las penas privativas de libertad que cumplieron los sentenciados se caracterizaron por ser una clara burla a la justicia ecuatoriana, siempre se violaron las seguridades carcelarias, por ejemplo, al general Molina le fue permitido cumplir su sentencia en una dependencia policial de la cual se fugó a los catorce meses, dejando una clara desazón y descontento en la ciudadanía ecuatoriana.

El caso de los hermanos Restrepo configuró un escenario diferente para el Ecuador, posterior a este hecho, se dieron consecuencias como por ejemplo:

- La creación de organizaciones sociales a favor de los derechos humanos.

- Se evidenció ante el mundo, un sistema de gatillo fácil por parte de la Policía Nacional y el ejército ecuatoriano en el cual primero se disparaba y se preguntaba después.
- La deshumanización de personas pertenecientes a grupos sociales opositores al gobierno como es el claro ejemplo del caso Cajas Vaca Jarrín, ex miembros del grupo Alfaro Vive Carajo.
- Inclusión de todos aquellos instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos como parte de la normativa interna a la par de la norma suprema constitucional en la pirámide jurídica.
- Finalmente se pudo hablar de órganos investigativos y de garantías en el desarrollo de los procesos judiciales, de legalidad de las detenciones y de cárceles dignas para los seres humanos.
- Se capacitó a los miembros policiales brindándoles las posibilidades de obtener títulos de nivel superior en la rama de Derecho.

Si bien es cierto, los casos investigados por la Comisión de la Verdad pertenecen a hechos oscuros, aquellos han servido como ejemplo de lucha y de desarrollo normativo para el derecho ecuatoriano. Con la nueva Constitución se garantiza un debido proceso y garantías para los procesados que se resumen en derechos que siempre han tenido en tratados internacionales pero era necesario que sean reconocidos dentro de nuestra legislación, pues se evidenció que el Estado ecuatoriano violentaba contra los derechos personales y personalísimos de las personas que eran investigadas principalmente en la década de los 80s.

BIBLIOGRAFÍA.

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogota: TEMIS S.A.
- Donna, C. (2002). *La Autoría y la Participación Criminal*. Buenos Aires: RUBINZAL-CULZONI.
- Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.
- Código Orgánico Integral Penal (2014). Ecuador.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES.
- Roxin, C. (2004). *La Autoría Mediata por Dominio en la Organización. Problemas Actuales de Dogmática Penal*. Lima: ARA EDITORES.
- Revista Punto de Vista No 483 (1991). Ecuador.
- Márquez, A. (2009). *La Autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de Instrumentalización*. Bogotá: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito: ARA EDITORES.