

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESCUELA DE EDUCACIÓN CONTINUA

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

LA AUTORÍA Y LA COMPLICIDAD BAJO LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL  
DOMINIO DEL HECHO

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MASTER EN DERECHO  
PENAL

DIRECTOR: DR. ALBERTO MACHUCA CARPIO

AUTOR: DR. DAMIÁN PALACIOS RIQUETTI

CUENCA-ECUADOR

2016

## Dedicatoria

A mis padres e hijos, en especial a mi nieta Valentina que me ha hecho recobrar las ganas de seguir adelante.

## Agradecimiento

Al Dr. Alberto Machuca Carpio por su guía y apoyo incondicional.

## RESUMEN

Analizaremos la teoría del dominio del hecho que tiene su origen en la naturaleza de la conducta del ser humano, en estructuras lógicas objetivas como lo es la estructura final de la acción; así como, en las normas penales elaboradas por el legislador y en considerar al autor como figura central, concepto prejurídico que sumado al dominio del hecho, al dominio de la voluntad y al dominio funcional, nos permitirán delimitar y distinguir entre la autoría directa, autoría mediata y coautoría de la complicidad, y de esta manera, podremos diferenciar los distintos grados de participación en un hecho delictivo; considerando para el efecto las posiciones doctrinarias; abordando el tema de la acción como el ejercicio de una actividad final.

**AUTHORSHIP AND COMPLICITY UNDER THE PERSPECTIVE OF THE  
DOMAIN THEORY**

**ABSTRACT**

We will analyze the domain theory or positive control which has its origins in the nature of human behavior, in objective logical structures such as the final structure of the action, as well as in the criminal legislation developed by the legislature, and in considering the author as a central figure. This is a pre-legal concept which added to positive control, control of the will and functional control, will allow us to define and distinguish between direct authorship, mediate authorship and co-authorship of complicity. Consequently, we can differentiate between different degrees of participation in a criminal act; considering for this purpose doctrinal positions, addressing the issue of the action as the exercise of a final activity.

  
*Vicente Rocas*  
UNIVERSIDAD DEL  
AZUAY  
Dpto. Idiomas

  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

INDICE

INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO I

### 1 Teoría del Dominio del Hecho y La Acción

#### 1.1 Análisis general de la teoría del dominio del hecho

##### 1.1.1 Formas del Dominio del Hecho

##### 1.1.2 Dominio de la voluntad

##### 1.1.3 Dominio Funcional

##### 1.1.4 Plan Común

##### 1.1.5 Contribución

##### 1.1.6 Dominio de la Acción

#### 1.2 La Acción: concepto y estructura.

##### 1.2.1 La acción según la teoría finalista: análisis general y sus consecuencias en la teoría del delito

## CAPITULO II

### 2. La Autoría

#### 2.1 Conceptos de autor

##### 2.1.1 Concepto Unitario de Autor

##### 2.1.2 Concepto Extensivo de Autor

##### 2.1.3 Concepto Restrictivo de Autor

#### 2.2 La Autoría Directa

2.2.1 Concepto

2.2.2 Elementos concurrentes de la Autoría Directa

2.3 Autoría mediata

2.3.1 Concepto

2.3.2 Elementos concurrentes de la autoría mediata

2.3.3 Casos de autoría mediata

2.3.4 Casos en que el instrumento actúa sin dolo

2.3.5 Ausencia de responsabilidad del instrumento

2.3.6 Falta de culpabilidad del instrumento

2.4. Coautoría

2.4.1 Concepto

2.4.2 Elementos concurrentes de la Coautoría

2.5 Análisis caso práctico

## CAPITULO III

### 3 Complicidad

3.1 Concepto

3.2 Elementos concurrentes de la Complicidad

3.3 Clases de complicidad

3.4 Cómplice Primario

3.5 Cómplice Secundario

3.6 Análisis caso práctico

## INTRODUCCION

Estudiaremos la teoría del dominio del hecho cuyo fundamento se encuentra en la naturaleza de la conducta del ser humano, en estructuras lógicas objetivas como es la estructura final de la acción; así como, en las normas penales elaboradas por el legislador y en la idea del autor como figura central, siendo el dominio del hecho un concepto abierto, lo que nos va a permitir delimitar los grados de participación de los intervinientes en un hecho delictivo, para lo cual primero tenemos que tener la noción de lo que debemos entender por autor, para esto tomaremos lo que el Dr. Gustavo Eduardo Aboso, nos enseña y dice “para definir su concepto de autor, Roxin emplea una conjunción de criterios ontológicos y normativos que confluyen en la idea del autor como figura central del acontecer en forma de acción”<sup>1</sup>.

Analizaremos la acción ya que solo las acciones humanas que son relevantes para la ley penal son las que interesan considerar, trataremos la autoría directa así como de la autoría mediata a la luz de la teoría del dominio del hecho, a sabiendas de que el autor directo “ejecuta la acción típica de propia mano sin necesidad de otras personas, en este caso el dominio de la acción es innegable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo”<sup>2</sup>.

En su lugar el autor mediato no necesita ejecutar el hecho por su propia mano, sino que se sirve del accionar de otra persona; siendo el núcleo de la autoría mediata el dominio de la voluntad de otro, por lo que quien domina el hecho doloso es quien se encuentra detrás.

En base de lo dicho el mismo profesor indica que, “Welzel explica que el señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. En los delitos dolosos es autor solo aquel que mediante una conducción, consiente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”.<sup>3</sup> (Autor directo).

En cuanto a la autoría mediata, analizada a la luz de la teoría del Dominio del Hecho, el profesor Gustavo Aboso indica que “la autoría mediata se configura cuando el instrumento actúa bajo el completo control del autor detrás del autor. Esta persona de atrás es el único causante del delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento humano no puede disputarle la pertinencia, pese a encontrarse más de forma más próxima a la consumación”<sup>4</sup>.

Indudablemente la teoría del dominio del hecho en la propuesta de estudio, tendrá importancia trascendental para analizar a la luz de ésta, los elementos de la coautoría y la complicidad en todas sus formas, a sabiendas de que los coautores tienen el dominio

---

<sup>1</sup> Donna Edgardo Alberto, Hans Welzel- En El Pensamiento Penal de la Modernidad- Rubinzal – Culzoni Editores. Primera Edición –Santa Fe Buenos Aires 2005.pag.286.

<sup>2</sup> Donna Edgardo Alberto, La Autoría y la Participación Criminal, Editorial Comares S.L. Granada 2008. Pag.40.

<sup>3</sup> Donna Edgardo Alberto Hans Welzel. Ob. Cit. Pág. Pag.296

<sup>4</sup> Donna Edgardo Alberto Hans Welzel. Ob. Cit. Pág. Pag.301

funcional del hecho lo codominan y el cómplice actúa en un hecho ajeno favoreciendo al mismo y lo puede hacer de forma primaria o secundaria.

Luego del estudio propuesto podremos tomar posición, y llegar a definir en base a la teoría del dominio del hecho, los grados de participación y así delimitar y diferenciar la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría de la complicidad.

## **CAPÍTULO I**

### **1 Teoría del Dominio del Hecho y La Acción.-**

#### **1.1 Análisis general de la teoría del dominio del hecho.-**

Para el fin propuesto, sintetizaremos el criterio del Dr. Gustavo Aboso, con respecto a la Teoría del Dominio del Hecho:

“La teoría del "dominio social del hecho" de WELZEL representó un paso hacia delante en la búsqueda de la correcta solución para poner término a la acendrada disputa suscitada por la distinción entre autor y partícipe, lo cual exhibe sin duda como vaso comunicante a una teoría de la acción final que habría de revolucionar para siempre a la teoría del delito en general, y a la de la autoría en particular.

El Dr. Aboso realiza un análisis extrayendo principalmente los planteamientos del libro de WELZEL, llamado “*Naturrecht Und Materiale Gerechtigkeit*”, para explicar “la estructura sistemática del nuevo concepto de autor”; así como, los criterios de Roxin para complementar su postura.

“Este autor parte en su elaboración doctrinal de considerar ciertas estructuras lógico-objetivas que nos vienen dadas de la realidad, es decir, surgen del análisis de la naturaleza de las cosas, por lo tanto no son susceptibles de modificación por el juicio de valor que practica el legislador, quien debe inexorablemente tenerlas en cuenta al momento de diseñar la norma penal, puesto que toda derivación razonada que se realice a partir de ellas debe necesariamente guardar un hilo conductor que no contradiga esa premisa.

En palabras de WELZEL, “el legislador debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, entre ellas la estructura final de la acción humana, pues de lo contrario su regulación será necesariamente falsa”.

La vinculación existente entre los conceptos de acción, definida como el ejercicio de una actividad final, y de autor, como aquel que tiene el dominio final sobre el hecho, es comprensible en razón de que su primer elemento -la acción- constituye el eje central sobre el cual habrán de girar posteriormente los presupuestos que debe aglutinar en sí dicha acción como objeto de estudio para el Derecho Penal.

En consecuencia la voluntad de realización del hecho se basa, según este autor, en un querer realizado, es decir, en la voluntad de realizar el hecho como propio. "Esta voluntad es un elemento de lo injusto subjetivo, en cuanto la voluntad abarca a la acción como medio del propósito subsiguiente".

De este modo WELZEL demuestra acabadamente que el dolo del autor pertenece a lo injusto y supera la mera casualidad. Entonces, deduce este autor que " las acciones dolosas son estructuras finales esto quiere decir que ellas obtienen su contenido objetivo a partir de la

voluntad intencional (finalista), a la cual pertenecen el suceso objetivo inmediatamente como propia finalidad o de modo mediato sobre otra finalidad".

WELZEL resalta, como se explicó, en esta estructura óptica de acción a la finalidad, es decir, el carácter final de la acción. Explica este autor que "la acción humana es ejercicio de actividad final".

Esta estructura final de la acción permite al agente utilizar para su provecho a las relaciones causales y orientarlas a la realización del fin propuesto. Respecto de esto señala WELZEL que "hacer real las intenciones significa utilizar como medios factores causales del mundo externo, los cuales hacen real un preciso resultado como meta -en esto consiste básicamente la especialidad de la acción humana, mediante la cual se resalta el accionar sobre cada sencillo proceso causal.

Según esto puede reconocerse en esta acción humana dirigida hacia una finalidad siempre en el plano óptico, dos fases: la del pensamiento y de la exteriorización de la acción.

En la primera el sujeto se fija una meta o resultado, es decir, anticipa lo que quiere realizar, y a partir de esta finalidad realiza un proceso de retroceso en donde selecciona los medios a emplear para la consecución de esa finalidad lo que implica la consideración de los efectos concomitantes de su realización. Por el contrario, este proceso mental que realiza el sujeto es un proceso progresivo mediante el cual éste puede prever las eventuales consecuencias del empleo de tal o cual medio. Así, el sujeto puede confirmar o desistir de la utilización de determinados medios para la consecución de este fin o meta. Si alguien quiere alcanzar determinada meta, por ejemplo, el matar a alguien, selecciona los medios según la meta fijada y evalúa las previsibles consecuencias de su futuro accionar. Así, el sujeto puede utilizar un artefacto explosivo, un arma de fuego, un elemento punzante etcétera, para lograr ese objetivo, pero concomitantemente el sujeto evalúa los posibles efectos concomitantes de dicho proceder. El empleo de un poderoso artefacto explosivo puede ser seguramente el método más eficaz para alcanzar la meta propuesta, pero esto significaría la previsible muerte de terceros. Esta previsibilidad de los efectos concomitantes provoca que el sujeto adopte o no otros medios alternativos menos lesivos o riesgosos. En caso de que el sujeto, pese a la previsibilidad de la producción de dichos efectos concomitantes actúe en consecuencia, dichos efectos se incluyen necesariamente en la finalidad perseguida por él.

La segunda fase transcurre en el mundo exterior es decir la exteriorización de dicha finalidad mediante la puesta en marcha del proceso causal que desemboca en la producción del resultado. Para esto es menester que el sujeto domine este proceso causal. Explica WELZEL que esta segunda fase de la dirección final se desarrolla en el mundo real y que se trata de un proceso causal en la realidad dominado por la determinación del fin y de los medios en la esfera del pensamiento.

Configurada así la estructura de la acción humana y su naturaleza óptica, el criterio valorativo o normativo de la determinación de las figuras en materia de codefincuencia criminal no puede desconocer esta realidad objetiva, de lo contrario el legislador estaría regulando una materia desconociendo su naturaleza y estructura.

El punto de partida de la estructura de la acción final determinará como se analizará a continuación, el criterio del dominio del hecho para la autoría.

En principio el dominio del proceso causal evidenciado en la segunda fase de la acción, esto es, la exteriorización, determina que este dominio del hecho o del proceso causal conducente a la producción del resultado fijado sólo puede yacer en cabeza del autor. En este punto cobra singular importancia el criterio de dominabilidad objetiva para el Concepto de autor.

Pero precisamente acá es donde se originan las disputas entre los autores finalistas por explicar si el componente definitorio de la acción, es decir la finalidad y su necesario significado en el dominio del curso causal impone desde el punto de vista sistemático hablar necesariamente de una dominabilidad causal objetiva en el concepto de autor y así emplearlo como piedra basal para la distinción entre autor y partícipe.

Un sector de la doctrina finalista, se apoya en la dominabilidad objetiva de la acción final para definir el contenido del concepto de autor. Así, pues, Maurach "identifica la determinación material del dominio del hecho con la dirección final del acontecimiento típico por parte del autor, en el tener-en-las-manos el curso típico de los acontecimientos, al cual se extiende el dolo".

Contra dicho punto de partida de definir el dominio del hecho en la ontología de la dominabilidad de la acción final se opone otro sector doctrinario (finalista) que entiende que el concepto de autor no se deriva necesariamente de la estructura óptica de la acción final, y por ende pre-típica, sino que dicho concepto debe buscarse obligadamente en la teoría de lo injusto, en el tipo penal y sus límites".

En esta controversia el propio WELZEL decía al replicar a la teoría subjetiva que el suceso debe ser objetivamente una obra del autor. Por esto no basta la mera voluntariedad traducida en una afirmación o asentimiento con el hecho cometido, sino que es necesario que el autor aparezca objetivamente como hacedor de aquel.

La finalidad es un elemento, aunque sea sólo esencial, dentro de toda acción con significado social. También para la autoría la finalidad es un elemento: el hecho típico. De todo su contenido con significación social dependen la autoría además de otros elementos personales del autor.

En suma, serán los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal-doloso o culposos los que brinden las pautas para determinar al autor, en especial el comportamiento típico, sin perjuicio de afirmar que la estructura óptica de la acción final propuesta por WELZEL importa necesariamente hablar de un agente o autor como hacedor de acción, cuyas propiedades funcionales desde el punto de vista de una teoría de autor deben necesariamente analizarse desde la matriz normativa.

Sintetizado este concepto del dominio del hecho en su precursor, habrá de analizarse a continuación el valioso aporte de Roxin a dicho criterio.

Roxin escoge, una síntesis de los métodos óntico y normativo. En primer lugar, establece que la materia de regulación está dada en la realidad, no es creada por el legislador ni éste puede modificar su estructura lógico-objetiva. Sin embargo, esto no le impide al legislador atender a ciertas propiedades de los objetos, es decir, valorar algunas particularidades por encima de otras. Así, entonces, este autor remarca la importancia de la valoración realizada por el legislador de criterios determinantes del objeto de regulación. Estas valoraciones contenidas en los preceptos penales, en particular, sobre autoría y participación, no pueden dejarse a un lado al momento de determinar cuáles serán los aspectos más característicos del objeto y desterrar así cualquier tipo de arbitrariedad.

Explicado el punto de partida metodológico de Roxin, este autor parte del principio orientador de la figura central del acontecer en forma de acción. Este criterio orientador, como lo define el propio Roxin, es un criterio formal que no prejuzga el contenido de la autoría, si no que que sirve de enlace entre el plano óntico, pretípico, avalorado, propio de la naturaleza del ser que deberá ser rellenado con criterios estrictamente jurídicos. Al respecto, dice Roxin: "La expresión elegida ha de entenderse, pues, sobre este trasfondo, deduciéndose entonces lo siguiente: el concepto de "figura central" designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación, pero por otra parte también un baremo de diferenciación prejurídico claramente aprehensible .

El baremo diferenciador de "figura central" viene perfilado no solo por la realidad, sino también por la valoración impregnada en las categorías de autoría y participación que establece el legislador en la ley penal. Así, pues, cuando el legislador describe los tipos de autoría y participación criminal parte precisamente de este criterio de delimitación al ubicar en una posición central o preponderante al autor por encima de los partícipes. Esto resulta claro si uno acude a los dispositivos de la parte general de cualquier Código Penal, por lo menos en aquellos que parten de un criterio diferenciador entre autor y partícipe", y advierte con su simple lectura que el autor es concebido, valorado por el legislador como la figura central del suceso.

De esta forma justifica Roxin la elección pretípica de este baremo diferenciador entre autor y partícipe que nos viene dado de la realidad social, así como el principio de accesoriedad tendría, según Roxin, una justificación en dicha fenomenología óntica. En este sentido Roxin expresa que "si es que cabe hablar de una 'esencia' previa dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriedad perfilada «lógico-objetivamente».

A continuación Roxin aclara nuevamente que esta pauta genérica avalorada de la "figura central del suceso" debe ser completada en su esencia o contenido conforme a las particularidades de cada uno de los preceptos de la parte especial, ya que los sucesos delictivos encapsulados en las normas penales presentan una diversidad que resulta imposible, o por lo menos así parece ser que lo deja asentado Roxin.

Roxin propone sintetizar en el concepto de dominio del hecho en dos mecanismos que tengan en cuenta tanto la mutabilidad de los fenómenos de la vida como la imperiosa necesidad de determinación de los grupos de casos que atienden a distintas valoraciones. Para lograr esto Roxin prefiere hablar de un concepto abierto de dominio del hecho que permita, por un lado,

incluir los nuevos cambios producidos en la realidad y, por el otro, atender la propia naturaleza de cada una de las formas de codelincuencia, sus rasgos de peculiaridad que la diferencian de las otras. Así explica Roxin la ventaja de un concepto abierto de dominio del hecho al decir "como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida. Por ejemplo, es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos. Para estos casos no se tiene prevista la solución. Con la mera subsunción bajo un supraconcepto, como posibilitaría y requeriría un concepto fijado de autor, no se adelanta nada. Más bien hay que disponerse a complementar la descripción ajustada a los datos materiales del caso [ ... ] No obstante no cabe hablar aquí de concepto 'abierto' en el sentido de que no va a ser posible una 'indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles' y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido".

De este modo justifica Roxin la necesidad de contar con un concepto "abierto" de dominio del hecho que permita incluir en el futuro nuevas apariciones criminales y que deberá basarse en un método descriptivo para su concreción, método que se aleja de la mera abstracción y erradica el peligro de incurrir en una inseguridad jurídica en su aplicación al caso concreto por parte de los jueces. Este concepto "abierto" de autor presenta la ventaja de proporcionar desde la realidad contornos más o menos precisos de los grupos de casos de codelincuencia y permite así adoptar, desde el plano de los operadores del sistema, la mejor solución posible del caso concreto. Este criterio formal de autoría no se encasilla en una realidad social determinada históricamente, sino que aspira, en razón de su propiedad a histórica y como guía de orientación del intérprete, a solucionar de forma eficaz los problemas derivados de la imprevisibilidad propia de casos futuros".

Esta propuesta se complementa, además del empleo del método descriptivo, con la inclusión de principios regulativos que le permite al juez "completar" este concepto "abierto" de autoría. Será en cada ámbito de los sectores de la realidad con atención a la actividad humana en particular donde habrá de deducirse este principio regulativo complementador del concepto de autor".

En suma, el método descriptivo y los principios regulativos confluyen en este nuevo diseño del concepto de autor y su aplicación habrá de examinarse en atención de la comúnmente aceptada distinción entre autor, coautor y autor mediato, fenómenos todos ellos de autoría que habrán de señalar cuáles son las directrices básicas de la fundamentación del criterio de dominio del hecho en cada uno de los casos".<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Gustavo Aboso-Edgardo Alberto Donna - dirección- Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad, El Criterio del Dominio del hecho en la teoría del Autor por Gustavo Eduardo Aboso. RUBINZAL- CULZONI editores, Buenos Aires, año 2005, ps. 275 -293.

### **1.1.1 Formas del Dominio del Hecho.-**

Para adentrarnos en el tema materia del análisis, escogeremos un procedimiento que se apoye en la distinción tan común entre “autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos que influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con estos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional). A este agrupamiento, cuya eficacia se evidenciara en el curso de esta exposición”, responde el trabajo en este capítulo. <sup>6</sup>

En suma, trataremos en el presente capítulo siendo consecuentes con la propuesta de trabajo realizada, el dominio de la voluntad, el dominio de la acción y el dominio funcional, como formas del dominio del hecho, a la luz de la teoría finalista de la acción.

### **1.1.2 Dominio de la voluntad**

Cabe citar en este punto lo que ROXIN en sus propias palabras dice. “Mientras que allí (en el dominio de la acción), la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la voluntad" en el autor.”<sup>7</sup>

“El concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene "en sus manos" el suceso, debemos consiguientemente preguntarnos si la ley nos proporciona puntos de apoyo sobre cuándo entiende realizados estos requisitos. Tales puntos de apoyo existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo – con independencia de su situación anímica en el caso concreto- y le permite sustraerse de la pena por la vía de la resistencia mínima, ello solo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad solo al sujeto de detrás,

---

<sup>6</sup> Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Pág. 149.

<sup>7</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pag.166.

que se convierte en la figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción.”<sup>8</sup>

“Al efecto hay que señalar en principio que "dominio del hecho" no significa lo mismo que "influencia volitiva". No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos.

El dominio de la voluntad, hay que limitarlo a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás. Siempre que al ejecutor directo le quede libertad de decidir, la influencia del sujeto de detrás no puede ascender al "dominio" cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría.”<sup>9</sup>

“Si el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás es exclusivamente una cuestión que se dirime psicológicamente, convertiría la verificación procesal del dominio de la voluntad en asunto de peritos psicólogos, de manera que obtendríamos un concepto de dominio del hecho "propio de las ciencias naturales.”<sup>10</sup>

“Por lo que, parece absolutamente razonable hablar de “dominio” allí donde la influencia del sujeto de detrás es de tal género que el derecho Penal exime de responsabilidad al que actúa directamente. La decisión "determinante" y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de detrás no sólo cuando al agente ya no le es posible, desde el puro punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el Derecho Penal ya no la exige de él.

El que quien determina se encuentre en el centro del acontecer o no, no se rige exclusivamente por criterios psicológicos, sino que depende de si al agente se le exime de responsabilidad merced al sujeto de detrás. De ahí se obtiene el resultado de que aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad en el ejecutor. Pero a quien influye en otro de manera que este de iure se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad.”<sup>11</sup>

Roxin, “con la idea de figura central, demuestra que la autoría mediata no es una forma de determinación, pues una “coacción” o el empleo de aquel que está sufriendo un “error” convierte al sujeto de detrás en la figura clave del suceso de modo distinto a que si se hubiera limitado a determinar o simplemente a aconsejar. Denomina al dominio que caracteriza la autoría mediata “dominio de la voluntad”, porque a diferencia del dominio de la acción, en la cual la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, el del autor mediato versa sobre “casos en los que falta precisamente la acción” ejecutiva del sujeto de

---

<sup>8</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pag.170.

<sup>9</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 168.

<sup>10</sup> Claus Roxin, ob. cit., pág. 170

<sup>11</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 171-172.

detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de dominio de la voluntad en el autor”<sup>12</sup>.

## **A) ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS COACTIVOS.-**

### **- Estado de Necesidad Coactivo.-**

Para fundamentar este punto, recurrimos al ejemplo planteado en el libro de ROXIN “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición”, que dice: A, B y C son capturados por una banda cuyo cabecilla D amenaza de muerte a B si no mata a A. B se niega al principio, pero luego se ve persuadido por C a decidirse a realizar el delito.

En estos casos, B actúa de modo exculpado; pero no merced a C, sino en virtud de la situación de necesidad creada por D. Por esta razón tampoco existe motivo para que el legislador considere a C como figura clave del suceso, junto a D. El exiguo espacio que aún le quedaba a B para decidir autónomamente, a pesar de la intimidación de D, no fue ulteriormente reducido por C, de manera que la decisión de realizar el hecho por parte de B, sobre la base de la situación ya existente, ha de ser considerada como libre en relación con C. Por eso C solo puede ser inductor.

Esta solución, evidente asimismo para el sentimiento jurídico, sólo es posible, de entrada, si se sigue el concepto de dominio del hecho aquí desarrollado en entender que B es igualmente autor, apartándose además del concepto estrictamente psicológico del dominio de la voluntad, puesto que resaltando exclusivamente el poder anímico es difícil imaginar que B haya actuado, en relación con un solo hecho, a la vez “libremente” y no “libremente”. Ante todo, cabría objetar que B, si solo se sintió movido a realizar el tipo por la persuasión de C, precisamente habría resistido frente a D demostrando así su “libertad”, mientras que sólo al final cedió ante las palabras de C. Pero no se trata de esto, pues la situación coactiva fue creada por D, y eso sólo basta para hacer aparecer a B como dominado por él, al margen de cómo éste se situara al respecto internamente”<sup>13</sup>.

El profesor WELZEL, en el estado de necesidad por coacción, nos cita el siguiente ejemplo:

A obliga a B, embarazada, bajo amenazas graves, a ingerir un abortivo. B no actúa antijurídicamente: A es autor (mediato) del aborto. En general, en el acarreo intencional de una situación de necesidad (estado de necesidad, defensa legítima), para un tercero, al que se obliga a actuar como el autor quiere.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Alberto Suarez Sánchez, Autoría, Universidad Externado de Colombia, Calle 12n. 1-17 Este, Bogotá, Tercera edición año 2007. Pag. 185.

<sup>13</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 172-173

<sup>14</sup> Hans Welzel, Derecho Penal Parte General, Roque de Palma Editor Buenos Aires 1956., Pág.107.

## **- EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE SUPRALEGAL.-**

“Cabe enumerar los supuestos que tanto han ocupado a la praxis en la última posguerra en el marco de los llamados procesos por eutanasia: médicos oficiales cooperaron en la muerte antijurídica de algunos pacientes, enfermos mentales, para salvar a los demás. De no haber cooperado, los habrían matado a todos. O bien, si se pretende excluir de este lugar a los casos de obediencia debida: un ferroviario evita una colisión que amenaza producirse y en la que con seguridad van a morir muchas personas cambiando las agujas y dirigiendo el tren a una vía secundaria, donde atropella como prevé el ferroviario a unos cuantos obreros.

Puede darse el caso una creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supra legal? suponiendo que otro haya producido conscientemente -con conocimiento- de todas las circunstancias- la situación en la que el ferroviario sólo podría evitar la colisión mediante el cambio de agujas, ¿cómo ha de valorarse su conducta? Y ¿cómo ha de enjuiciarse a los sujetos de detrás que pusieron a los médicos en la tesitura de dejar morir a todos los pacientes o cooperar en la muerte de algunos?

Estos casos muestran, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, algunas peculiaridades hasta ahora no apreciadas, pues si suponemos que el autor directo puede sustraerse a la responsabilidad penal permaneciendo inactivo, y si excluimos así mismo la idea de relaciones de subordinación compulsivas, sólo cabe hablar de "coacción" a los sujetos actuantes en la medida en que el sujeto de detrás los pone en una situación de conflicto moral.

Un caso así no puede localizarse psicológicamente en el mismo plano que los tratados hasta ahora, puesto que el poder del instinto de conservación, que allí surtía efecto, reduce más o menos la posibilidad de decidir libremente, traspasa las inhibiciones morales e impulsa al autor a lesionar el bien jurídico. Por el contrario, aquí ocurre a la inversa: el autor, omitiendo cualquier intervención, no tiene que temer en absoluto por su propia persona. Así pues, los impulsos psíquicos, como no deja de confirmar la experiencia, tenderán más bien a dejar seguir su curso a los acontecimientos, manteniéndose uno mismo al margen. Sería de todo punto erróneo querer equiparar la voz de la conciencia con la compulsión volitiva derivada del instinto de conservación.

De ahí se deduce, para la teoría del dominio del hecho, que no es posible hablar de dominio de la voluntad del sujeto de detrás en sentido psicológico. La autoría mediata del sujeto de detrás sólo cabe fundamentarla per se -y aquí se pone de manifiesto todo el alcance de los criterios elaborados supra haciendo corresponder el "dominio de la voluntad" con el concepto de la responsabilidad jurídica. El legislador exime al autor directo (pues autor lo es ya en virtud de su dominio de la acción) no por razones psicológicas, sino porque respeta su decisión libre por motivos ético-sociales. Esta exoneración de consecuencias penales se concede al agente a causa de la situación creada por el sujeto de detrás. Por eso, en éste reside la última decisión por la que se ha de responder penalmente sobre lo que ha de ocurrir y

precisamente en eso consiste el contenido jurídico de lo que hemos entendido por "dominio de la voluntad".<sup>15</sup>

### **-Influencia psíquica análoga al estado de necesidad exculpante.-**

“Sirva como punto de partida un supuesto de MAURACH un poco abreviado. A determina a la mujer B, fácilmente influenciable y sometida del todo a él sexual y psicológicamente, para que mate a su esposo, amenazándola con abandonarla si no lo hace.

Es fácil apreciar que se trata también aquí de la polémica, que ya nos es conocida, entre el concepto de autoría mediata puramente psicológico y otro orientado a la responsabilidad jurídica. Que se fundamenta por el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad sólo al sujeto de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción.

De nuestras consideraciones precedentes sobre la naturaleza del dominio de la voluntad se deduce forzosamente que también en este caso ha de preferirse esta última postura. En esto me parece que la fundamentación aducida por GALLAS coincide en su núcleo absolutamente con la postura que supra desarrollamos. El dominio lo tiene el sujeto de detrás sólo allí donde la decisión última y determinante le corresponde a él. En el entorno de las situaciones coactivas, tal es el caso cuando el legislador despoja al agente de la responsabilidad por su hacer (y sólo entonces). En todas las demás situaciones sólo se da un mayor o menor influjo del sujeto de detrás, que no obstante deja subsistente la posibilidad de autodeterminación "libre" en sentido jurídico y, consiguientemente, el dominio de la voluntad del ejecutor.

Así pues, hay que establecer que las situaciones análogas al estado de necesidad que dejan al agente la responsabilidad por su hacer no procuran el dominio de la voluntad al sujeto de detrás, que no pasa de inductor”.<sup>16</sup>

### **- El estado de necesidad coactivo para el suicidio o la autolesión.-**

“Sobre la base de la teoría del dominio del hecho está claro que la mera determinación a otro a que se suicide no convierte al sujeto de detrás en autor mediato”.<sup>17</sup>

“Consiguientemente, es evidente entender que hay dominio del hecho del que determina, siempre que se ha forzado a suicidarse al afectado mediante violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para el mismo o para un allegado suyo.

---

<sup>15</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 177-178.

<sup>16</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 180-182

<sup>17</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pag. 183.

De existir estos requisitos ya no se da una decisión del coaccionado que sea libre por la que tenga que responder jurídicamente y que mantenga, por tanto, el dominio de la voluntad.

Así pues nuestra solución reza así: la coacción al suicidio fundamenta el dominio de la voluntad del sujeto de detrás siempre que (pero sólo cuando) este se sirva de violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para el mismo o para un allegado suyo”.<sup>18</sup>

### **-La producción del resultado mediante un tercero no coaccionado que actúa lícitamente.-**

El caso académico es el siguiente: “A determina a X, al que quiere quitar de en medio, para que ataque a C con un cuchillo. Pretende conseguir que C mate a X en legítima defensa justificante, como en efecto sucede.”<sup>19</sup>

“En este caso el dominio de la voluntad sobre la acción que condujo a la muerte del agresor X reside en el sujeto de atrás, porque el atacado C ya no puede adoptar ninguna resolución libre.

Pero ¿y si no existe una auténtica situación coactiva, como por ejemplo, si A simplemente fuerza a X a atacar el patrimonio de C y éste entonces, como quería A, abate a X en legítima defensa? ¿Y si no es C sino hasta entonces el no interviniente D, en auxilio de C, quien mata a X? ¿Puede decirse que A tiene el dominio del hecho (o sea, en este contexto, el dominio de la voluntad) sobre las acciones de C y D, aun cuando ninguno de los dos se encuentra bajo la presión de una coacción exculpante. Aquí puede de nuevo ser útil la idea que más arriba elaboramos y sin la cual la teoría del dominio del hecho en todas partes llevaría a resultados absurdos: que el concepto de dominio no puede estimarse exclusivamente con arreglo a criterios psicológicos y que, sobre la base de la ley, hay que imputar una decisión al sujeto de detrás que determina siempre que se exima de consecuencias penales al agente merced a la situación creada por el sujeto de detrás. Tal es aquí el caso que puede afirmarse el dominio del hecho del que determina”.<sup>20</sup>

*En virtud de lo manifestado sintetizo de la siguiente forma lo dicho por Roxin, con respecto a los supuestos de coacción, en su obra cumbre titulada: Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000:*

“Al considerar al dominio del hecho como un concepto “abierto”, podemos ir analizando los diferentes casos de coacción conforme a los cambiantes fenómenos vitales, que serán tratados acorde al procedimiento descriptivo y a la inclusión de principios regulativos, que presentan la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos y encontrar soluciones con sentido a los distintos temas de coacción.

---

<sup>18</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 185.

<sup>19</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 185-187.

<sup>20</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 192

Asimismo, el concepto está "abierto" para supuestos hasta ahora no advertidos o que se van a añadir por el desarrollo del Derecho.

Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad solo al sujeto de detrás, que se convierte así en figura principal (central) del suceso de la acción. En el ordenamiento jurídico se puede encontrar la exoneración de responsabilidad penal en el sujeto de adelante por la situación de coacción creada por el sujeto de detrás, quien tiene en sus manos el dominio de la voluntad del ejecutor.

Finalmente, mientras que la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, la autoría mediata se fundamenta en los casos en los que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de dominio de la voluntad en el autor.

Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás”.

## **B) EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR:**

El escenario en que el sujeto de detrás utiliza a otro como un instrumento bajo error para ejecutar un delito es el segundo caso de autoría mediata. Citamos los siguientes casos:

### **-Ejecutor Directo Obra sin Dolo -.**

“La autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro, cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera. Por ejemplo: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de una jeringuilla para inyectar a otro una dosis mortal. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Por ejemplo: "A" incita a "B" a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca a "C" —que está de acuerdo con la prueba— por medio de un disparo de revólver. "B" acepta con idea de ganar la apuesta, dispara y mata a "C". Por lo menos ha obrado con culpa y, en su

caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, "B" ha tenido el dominio del hecho: "A" no es autor mediato".<sup>21</sup>

El Profesor Welzel, en el presente tratamiento cita el siguiente ejemplo y dice: Autoría mediata existe, por tanto:

a) "En la utilización de un tercero que actúa no dolosamente, siendo indiferente que el tercero actúe culposamente o completamente sin culpa. Un médico entrega a una enfermera, con intención de homicidio, una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. La enfermera inyecta la droga y el paciente muere. El médico es autor doloso(homicida) ; la enfermera, según si hubiera podido o no conocer la dosis demasiado fuerte, autora culposa o totalmente inculpable".<sup>22</sup>

"En los casos de error, el sujeto de detrás es el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado.

Pero donde sólo es uno quien, mediante su intervención, encauza (de manera final) el acontecer en dirección al resultado, es siempre él el espíritu rector, el titular del dominio de la voluntad. Esto es evidente. No hay que dudar que también el legislador considera al que se sirve de quien yerra de esta manera configurador del curso del hecho y, por tanto, figura central del suceso de la acción. Del mismo modo, del núcleo de la idea de la teoría del dominio del hecho se deduce que ha de considerarse al sujeto de detrás que enlaza los factores causales como aquel que tiene "en sus manos" el acontecer.

Para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás no es necesario el dominio de la persona del ejecutor: el instrumento que sufre error no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino que se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego.

Se da aquí en el fondo un supuesto de dominio del hecho "directo" por parte del sujeto de detrás."<sup>23</sup>

### **-Error de prohibición propio.-**

Para aclarar este punto, tomamos el ejemplo del aborto planteado por el profesor WELZEL y que es citado por Roxin, que al respecto del ejemplo del aborto dice:

"Una mujer oriunda de ALEMANIA CENTRAL, sabía que el aborto es MORALMENTE REPROCHABLE Y SOCIALMENTE DAÑOSO, (aun no conociendo la prohibición legal), el de ATRÁS que le INSTIGA es INDUCTOR. En el mismo caso si la mujer oriunda de

---

<sup>21</sup> Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Parte General, Editorial Hammurabi SRL, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, año 1999, pág. 507.

<sup>22</sup> Hans Welzel, Derecho Penal Parte General, Roque de Palma Editor Buenos Aires 1956., Pág.106.

<sup>23</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps .196-197.

ALEMANIA CENTRAL, si (por ejemplo, debido a la educación recibida) pensaba que el aborto es útil para la comunidad y está aprobado en general como medio para evitar la superpoblación, el sujeto de atrás, conocedor de la situación jurídica, es autor mediato.

Llegados a este punto, afirmo que si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de primer grado, (conciencia de la antijuricidad formal- saber que existe una norma de carácter prohibitivo) pero el sujeto de detrás tiene el de segundo grado, (conciencia de la antijuricidad material-saber la razón por la cual se ha configurado la norma) se da un supuesto de autoría mediata. Si ambos intervinientes tienen igualmente el conocimiento del sentido requerido para el dominio del hecho de primer grado o también para el de segundo grado, ha de estimarse participación.

En el caso precedente, hay que distinguir: si el autor directo ha advertido la dañosidad social (antijuricidad material) de su hacer, en el sujeto de detrás solo se da participación. Por el contrario, si le falta al agente el conocimiento del contenido del desvalor social (de su hacer), la configuración del hecho con sentido reside en el sujeto de detrás, en tanto en cuanto éste posea ese conocimiento.

Para captar el sentido del tipo se requiere necesariamente o al menos por lo general la conciencia de la antijuricidad formal”<sup>24</sup>.

Por tanto es la supradeterminación del sujeto de atrás, apoyada en el error del ejecutor directo es lo que permite fundamentar la autoría mediata.

### **- El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación.-**

Esta circunstancia de error puede ser de tres clases: “En primer lugar, puede acontecer que el agente se equivoca acerca de la existencia de una justificante, suponiendo la presencia de una causal de exclusión de la antijuricidad no previstas en el ordenamiento jurídico, como cuando el funcionario judicial estima pertinente por el derecho consuetudinario la aceptación de un valioso regalo de navidad procedente de parte interesada (hipótesis de cohecho). En igual error incurre el trabajador que estima lícito vender mercaderías de su empleador para pagarse los salarios que este le adeuda. A estos casos se les denomina error sobre la existencia de una justificante.

En segundo lugar, puede pasar que el agente yerre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que en el caso concreto concurra una excluyente de la antijuricidad, lo cual se traduce en una situación de exceso motivada por un error. Cae en este error el maestro que en ejercicio del derecho de corrección, en virtud de una falsa creencia de su parte motivada en una actitud de un estudiante, desborda los reglamentos correspondientes e infiere a éste ofensas que atentan contra su integridad moral. Lo mismo, el acreedor que después de ejercer su derecho por las vías legales, invocando el pago de la

---

<sup>24</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 224-226.

deuda sin éxito, cree permitido tomar con violencia de la cartera del deudor moroso la suma de dinero adeudada (error sobre los límites de una justificante).

Junto a las dos anteriores variedades, aparece una tercera forma denominada error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho, que se presenta cuando el agente supone la presencia de los requisitos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida, cuando en realidad ello no sucede. Son los casos de justificación putativas.

Así acontece, verbigracia, cuando el autor lesiona de gravedad al transeúnte que en horas avanzadas de la noche en una calle oscura y frecuentada por asaltantes hace ademán de sacar un pañuelo de su bolsillo, lo que es interpretado por aquel como un gesto sospechoso del cual infiere un ataque en el acto (defensa putativa).

En base a estos ejemplos, debemos decir que:” Las causas de justificación tiene dos elementos claramente diferenciados: uno cognoscitivo, que es el conocimiento del agente de los presupuestos facticos (situación objetiva justificante) de la causa de justificación y el otro volitivo, que es la voluntad de ejercer el derecho o el deber en que consiste la causa de justificación.

De manera que el error sobre los supuestos facticos de una causa de justificación, elimina el dolo. Por tanto, es autor mediato quien, conociendo el estado de error en que se encuentra un sujeto sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, lo utiliza para realizar el delito.<sup>25</sup>

Roxin realiza el siguiente planteamiento: “Autor mediato es siempre el sujeto de detrás que provoca o aprovecha el error de otro acerca de requisitos materiales de causas de justificación.

Quien persuade a otro de que la figura que se encuentra detrás de un arbusto le está apuntando con un arma, determinándole así a abatir al tercero en legítima defensa putativa, o quien a alguien que sufra ese mismo error, conociendo la situación, le procure el arma, es siempre autor mediato. Si se aprecia aquí un error de tipo excluyente del dolo, el resultado mencionado se deduce ya de las ideas expuestas, pues el ejecutor no es autor, de entrada, de un delito de comisión y ni siquiera posee el dominio del hecho de primer grado.

En efecto, aun cuando este "error de prohibición" fuera no disculpable, las circunstancias que el agente se ha representado nunca le pueden proporcionar la consciencia de la dañosidad social, porque excluirían la desvaloración de su conducta. Para el sujeto de detrás con ese conocimiento siempre sería posible, pues, en virtud de la supradeterminación configuradora

---

<sup>25</sup> Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, La Autoría Mediata en el Derecho Penal, Formas de Instrumentalización- Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda edición año 2009, Bogotá DC- Colombia, ps.241-244.

de sentido, obtener el dominio de la voluntad, (autoría mediata) convirtiéndose en la figura clave del suceso.”<sup>26</sup>

**-El sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad.-**

“No suceden con demasiada frecuencia casos en los que, dada la suposición errónea de circunstancias que excluyen la culpabilidad, se inmiscuya un sujeto de detrás. No obstante, para aclarar el concepto de dominio del hecho sí tiene importancia.

Volvamos a partir de nuestra situación clásica: en un naufragio A ha conseguido salvarse aferrándose a la tabla de carneadas. B lo abate para poder mantenerse a flote con la tabla él mismo. En realidad, no se daba un estado de necesidad exculpante, pues ya se acercaba un barco para salvados a ambos. En un suceso así el sujeto de detrás, C, que entrevé la situación (porque, por ejemplo, se encuentra sobre un escollo, al que no pueden llegar los otros y desde el que ve acercarse el barco), puede cooperar de distintas formas:

Puede, o bien provocar en B el error sobre la situación de necesidad, afirmando (a sabiendas de su falsedad) que el barco salvador que B espera no está a la vista, o no interviene en el origen del error, pero si instigando a B para que abata a A para salvarse, o no provoca ni el error ni la resolución del hecho, pero sí posibilita a B que mate a A, lanzándole una pistola.” Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Ps. 233-234.

Llegados a este punto, considero que si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de primer grado, (conciencia de la antijuricidad formal- saber que existe una norma de carácter prohibitivo) pero el sujeto de detrás tiene el de segundo grado, (conciencia de la antijuricidad material-saber la razón por la cual se ha configurado la norma) se da un supuesto de autoría mediata. Si ambos intervinientes tienen igualmente el conocimiento del sentido requerido para el dominio del hecho de primer grado o también para el de segundo grado, ha de estimarse participación.

En estos casos, el autor directo no abarca, en los ejemplos, el sentido social de su conducta.

Además, en los casos citados, “la captación del sentido social requiere algo más que el conocimiento de las circunstancias típicas externas (primer grado-saber que existe una norma de carácter prohibitivo) y el injusto material (segundo grado- saber la razón por la cual se ha configurado la norma): únicamente quien además conoce elementos de la reprochabilidad jurídica comprende el verdadero significado de su actuación y puede dirigir plenamente el suceso; pero en la suposición errónea de elementos que excluyen la culpabilidad, hay que reconocer un tercer grado de dominio del hecho, que requiere la captación del contenido de culpabilidad de la acción que tiene lugar en la realidad. Entonces resulta una graduación triple, en la que el conocimiento de las circunstancias del hecho, del sentido del tipo y del

---

<sup>26</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 230-231.

contenido de culpabilidad, por este orden, posibilitan el grado respectivo de la configuración del hecho.

De aquí se deriva, sin más dificultad, la solución de nuestra problemática: si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de segundo grado, porque según su representación de las circunstancias externas le falta la reprochabilidad a su actuación, el sujeto de detrás, en virtud de su conocimiento más amplio, puede utilizar al ejecutor como instrumento de sus planes criminales y mediante su cooperación configurar el suceso en su significado delictivo. Por eso es señor del hecho de tercer grado y autor mediato.

Si, por el contrario, ambos intervinientes creen que se dan verdaderamente las circunstancias que excluyen la culpabilidad por ejemplo, si el sujeto de detrás de nuestros ejemplos tampoco sabía que se aproximaba el barco salvador, la captación de sentido de ambos es del mismo grado, no resulta posible la supradeterminación y el sujeto de detrás sólo puede responder como partícipe.

Esta concepción también resulta evidente con sólo atender a la idea rectora del principio del dominio del hecho, del tener en las propias manos el curso del acontecer, pues las tres variantes del caso coinciden en que el sujeto de detrás, C, favorece conscientemente un suceso que se basa únicamente, en cuanto al sentido social decisivo para su cualidad delictiva, en su planeamiento previsor. En este punto tales supuestos no deben enjuiciarse de modo distinto que los de empleo de un instrumento que obre no dolosamente o sin la consciencia de la antijuricidad material. Y esta homogeneidad estructural justifica que se aplique el mismo tratamiento. Dicho sencillamente: como asesinato u homicidio aparece el hecho únicamente en la consciencia de C. Por eso, también para la teoría del dominio del hecho tiene éste que ser autor.”(El sujeto de detrás es el centro del acontecer delictivo).<sup>27</sup>

### **-El error sobre el sentido concreto de la acción:**

#### **- El error in persona.**

El caso más importante afecta a la creación deliberada de un error in persona: “A acecha en un camino para esperar a B en cuanto aparezca. C se reúne con A. Al ver que se aproxima su enemigo mortal D, tiene la idea de hacer creer a A que se trata de B. Como consecuencia, A abate a B.

También puede formarse el hecho de manera que falte toda relación psíquica entre C y A. A acecha a B con dolo de matar, C lo llega a saber y consigue que su enemigo D pase por ese lugar solitario de noche, de manera que A lo confunde con B y lo mata”. Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Ps. 237-238

---

<sup>27</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 233-237.

En base al planteamiento factico realizado en líneas anteriores, se desprende el cuarto grado de conocimiento.

“El tipo es una figura conceptual abstracta, pero el dominio del hecho ha de enjuiciarse con arreglo a las circunstancias concretas. La razón de que para determinar la autoría mediata tenga que llevarse a cabo una mayor individualización o concreción que para verificar el tipo reside en la distinta función de ambas figuras jurídicas.

Que el error de A sobre la identidad de la persona abatida no se tenga en consideración en el tipo se basa en una reflexión del legislador relativa al merecimiento de pena: como para él a toda vida le corresponde el mismo valor, le basta que el autor haya advertido que su víctima es una persona. Si a A se le imputa la muerte de D, es porque de todos modos quería matar A y porque tanto lo uno como lo otro es cualitativamente igual de reprochable.

La cuestión de la autoría mediata de C, en cambio, nada tiene que ver con el merecimiento de pena de lo que A hizo voluntariamente. Por lo que respecta al contenido de injusto y de culpabilidad, C no aventaja a A. No obstante, para el dominio de la situación concreta sólo importa si C pudo realizar su propio fin, no entrevistado por A, a través de él como instrumento ciego. Y éste es el caso. Si tenemos ante nosotros a D muerto y preguntamos de la voluntad de quién es obra ese resultado, solo viene en consideración C como configurador de éste. Con respecto a la muerte de D, la situación no difiere de si A hubiera querido disparar a un tocón de árbol y C le hubiera hecho creer que la figura que aparecería a la luz crepuscular era precisamente un objeto de ese género. La circunstancia de que en nuestro caso A planease también matar, queda fuera de la ejecución concreta de la acción y nada modifica en que sobre ésta únicamente C tenía el dominio. Tal circunstancia basta para considerarle, junto a A, figura central del suceso de la acción.

Así pues, tenemos dos señores del hecho: A es autor en tanto que se trata de la muerte de una persona, esto es, de la realización dirigida del sentido del tipo; C es autor en tanto que se trata de la muerte de D, o sea de la configuración del sentido concreto de la acción. Él tiene el dominio del hecho de cuarto grado; C solo el de tercer grado. Por tanto, C es autor mediato”.<sup>28</sup>

### **-El error sobre presupuestos de cualificaciones.-**

“Se refiere a casos en los que el ejecutor también actúa de modo plenamente delictivo, pero su error es relevante de otra manera para el tipo penal. Tales casos han dado lugar en muchas ocasiones a sentencias del BGH. La problemática se expone con la mayor claridad en un suceso que del BGH describe en los siguientes términos: «El 12 de abril de 1945, cuando las tropas americanas acababan de ocupar el pueblo A, el inculpado instó a una patrulla para que detuviera y fusilara al comisario L, acusándole falsamente de haber fusilado a su vez a varios trabajadores inmigrantes. El inculpado pretendía, aprovechando las circunstancias entonces imperantes, que mataran a L sin aparato de proceso y sin que se comprobara la veracidad de

---

<sup>28</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 237-241.

sus afirmaciones, lo que efectivamente consiguió. Soldados americanos fusilaron a L sin ni siquiera escuchar sus protestas de inocencia, únicamente la declaración del acusado.

En otro supuesto el acusado, al acabar la guerra, había hecho creer a antiguos internos en campos de concentración que un tal L era culpable de la muerte de muchos de sus antiguos compañeros. Acto seguido los ex internos habían maltratado gravemente y finalmente matado a L.

El error del que obra directamente impide la cualificación por asesinato, dejando subsistente sólo un delito de homicidio, mientras que en el sujeto de detrás concurren los móviles y con ello los requisitos del asesinato”.<sup>29</sup>

### **-El error sobre el riesgo.-**

“En primer lugar, solo en la conformación del suceso externo. Si, por ejemplo, el ejecutor, A, y el que lo ha determinado, B, persiguen el resultado de igual manera, la mejor orientación de B acerca de la probabilidad de que se produzca el resultado carece de efectos sobre el desarrollo de la acción.

Si en el ejemplo de la granada también A quisiera producir la muerte de C, el engaño de B no habría surtido efecto en el acontecer global: la decisión del hecho la ha concebido el propio A, y ni siquiera se da complicidad psíquica.

Si A de no haber sufrido error sobre el riesgo, habría obrado igual, falta la causalidad real del engaño, porque no ha sido este, sino la voluntad de matar, el motivo del hecho.

En su lugar, si A hubiera sabido que la bomba iba a estallar con mayor probabilidad habría omitido el hecho. Así pues, en virtud de su engaño B se ha servido de A(en el punto determinante para su decisión) como de un instrumento ciego. De este modo se dan los requisitos psicológicos del dominio del hecho de superior grado.

Así mismo, si alguien no capta el contenido del desvalor jurídico de su conducta o ni siquiera el sentido concreto de la acción, el problema de lo que habría hecho de haber conocido la situación no puede alcanzar trascendencia para la valoración jurídica, puesto que en todo caso ha obrado sobre la base de una de una motivación (personal) que no se ajustó al significado objetivo de su conducta y que, por tanto, permitió la supradeterminación por parte del sujeto de detrás.

Entonces, si el sujeto de detrás que provoca o aprovecha un error sobre el riesgo capta el sentido jurídico del hecho mejor que el ejecutor; conoce circunstancias relevantes para la culpabilidad que están ocultas para el agente. El sentido que imprime al acontecer mediante su aportación causal es, también según parámetros jurídicos, distinto a aquel que el hecho

---

<sup>29</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 239.

tiene a ojos el sujeto de delante, se da una supradeterminación configuradora de sentido que atribuye al sujeto de detrás el dominio del hecho”.<sup>30</sup>

### **Toma de posición.-**

En cuanto al DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR mi posición es la siguiente:

La posibilidad de supradeterminación configuradora se fundamenta en el carácter gradual del dominio del hecho, que está articulado en cuatro grados; a decir:

- 1.- El dominio del hecho de primer grado, vasta con el conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, o sea, los presupuestos del injusto; esto es, saber que existe una norma de carácter prohibitivo-antijuricidad formal.
- 2.- El dominio del hecho de segundo grado, vasta con el conocimiento del sentido del tipo, de su dañosidad social; esto es, saber la razón por la cual sea configurado la norma antijuricidad material.
- 3.- El dominio del hecho de tercer grado, requiere la captación del contenido de culpabilidad de la acción que tiene lugar en la realidad; y,
- 4.- El dominio del hecho de cuarto grado, requiere la configuración del sentido concreto de la acción.

Citados los cuatro grados de supradeterminación del dominio del hecho, debemos indicar en las mismas palabras de ROXIN, que: el dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibitoria y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento. Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Pág. 258

Sintetizando el pensamiento de Roxin, en su obra cumbre titulada: Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona año 2000 séptima edición, en cuanto al que yerra no tiene el dominio del hecho digo:

---

<sup>30</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 247-251

“El sujeto que se sirve de quien yerra, es indudablemente configurador del curso del hecho y, por tanto, figura central del suceso de la acción; por lo que, el sujeto de detrás es el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado querido.

El instrumento que sufre error no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino que se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego.

Por lo que la supradeterminación del dominio del hecho se fundamenta en el conocimiento superior que tiene el sujeto de detrás de los distintos grados del dominio del hecho, que le convierten al sujeto -instrumento en un factor condicionante ciego, configurándose así el dominio de la voluntad sobre éste por parte del sujeto de detrás quien es el que dirige de manera final el acontecer hacia el resultado querido.”

### **C) LA TESIS DE ROXIN: EL DOMINIO DE LA ACCIÓN MEDIANTE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS.-**

El Profesor Edgardo Alberto Donna, en su obra *La Autoría y La Participación Criminal*, sintetiza el planteamiento de Roxin con respecto a este tema de la forma que sigue:

“La autoría mediata no está limitada a una acción defectuosa del instrumento, puede darse perfectamente aun frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario: el dominio del hecho de varias personas también es posible, en cuanto a la lesión respectiva del bien jurídico.

Las posibilidades de autoría mediata no se agotan con las dos formas básicas, esto es, la voluntad de dominio del inspirador o manipulador que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizada por la circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un "aparato" -generalmente organizado por el Estado- con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización. Para analizar este tipo de autoría se debe pensar, por ejemplo, en la matanza de los judíos por parte del régimen nazi y en las estructuras mafiosas de poder, y para no sólo poner ejemplos extranjeros, en los desaparecidos en el gobierno militar de 1976. En estos supuestos, se afirma, es difícil interpretar estos hechos con los parámetros normales de autoría.

Esta situación llamó la atención de Roxin sobre las figuras de la autoría, la instigación y la complicidad, e intentó dar una explicación que se ajustara a lo que realmente había acaecido. Según el autor, en los casos de exterminio de judíos hubo autoridades "competentes" y en el caso Statschinsky un servicio secreto extranjero, a cuyas directivas se remitía el autor directo. No hay duda de que en ambos casos los autores mediatos de ambas muertes fueron, según Roxin, las autoridades competentes y el servicio secreto extranjero, aunque no existió dominio de la voluntad por medio del error o de la coacción. Para avalar su posición, Roxin recurre a los expedientes del juicio de Nuremberg, de los cuales no surge que alguno de los autores directos haya sido amenazado de sufrir un mal grave si se negaba a cumplir la orden

de ejecución. Iguales consideraciones se pueden hacer con respecto a Statschinsky. En ambos casos el autor inmediato tenía la posibilidad de apartarse de las órdenes que se le impartieron.

Al existir libertad en quien actúa, es decir ni coacción ni error, Roxin debe dar un nuevo argumento para poder fundar la autoría mediata, y éste es que se trata de un mecanismo funcional del aparato en que ellos ejercen su actividad. "Una organización de este tipo desarrolla, justamente, una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros. Ella funciona sin estar referida a la persona individual de los conductores; digamos que funciona automáticamente. Solo es preciso tener a la vista el caso, para nada inventado, de que en un régimen dictatorial la conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas. Cuando suceden estos acontecimientos, en los cuales, para hablar gráficamente, el manipulador aprieta un botón y se pronuncia una orden de ejecución, se puede confiar en que el ejecutor va a cumplir el objetivo, sin necesidad de llegar a conocer a quienes va a ejecutar. Tampoco es necesario que recurra a los medios de la coacción o del engaño, puesto que sabe que cuando uno de los muchos órganos que colaboran en la realización de los delitos no cumpla con su tarea, inmediatamente va a entrar otro en su lugar, sin que se vea perjudicada, en su conjunto, la ejecución del plan. En base a estos argumentos, ROXIN concluye que " Lo que garantiza al sujeto de detrás la ejecución del hecho y le permite dominar el suceso es la "fungibilidad", la sustituibilidad o remplazabilidad sin límites del autor inmediato. El que actúa de manera inmediata es solo una "pieza o ruedecilla" intercambiable en el engranaje del aparato de poder". Claus Roxin Derecho Penal Parte General tomo II. Thomson Reuters Civitas- 2014, pág. 112.

En este último caso, 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 en 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.

Esta posición se vio clara también en el caso Eichmann. Adolf Eichmann ocupó un puesto clave en el delito de genocidio perpetrado por los nacionalsocialistas: Director del Departamento Central para la Emigración Judía, cuya tarea consistía en localizar a los judíos que se encontraban en los países europeos ocupados, detenerlos y transportarlos a los campos de concentración para que fuesen asesinados en las cámaras de gas. Detenido por los aliados en 1945, escapó a la Argentina, en donde fue capturado por los servicios secretos israelíes y conducido a Israel. Juzgado por genocidio del pueblo judío y crímenes contra la humanidad, fue condenado a muerte y ejecutado. Fue también el proceso seguido a Eichmann en Jerusalén el que llevó a la ciencia penal a ocuparse más en detalle de la situación existente en la Alemania nazi, desde el punto de vista de la participación delictiva. La doctrina está de acuerdo en que para explicar e interpretar estos asesinatos llevados a cabo por la maquinaria nacionalsocialista de exterminio no bastan, en principio, los conceptos corrientes de la dogmática penal, sino que el genocidio es un delito desde todo punto inimaginable como hecho individual. Esto es una novedad, pues los delitos de guerra, estatales y de organizaciones, no podrían ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios

que rigen para el hecho individual, y es por ello que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad no serían aptas para adaptarse, sin más, a un acontecimiento delictivo así.

Luego de la instauración de la democracia en Argentina, se juzgó a los miembros de la junta militar que había tomado el poder en el año 1974, y se tuvo en cuenta la teoría de Roxin, a quien se invocó expresamente, y de la cual se hace un breve resumen al solo efecto de explicar el tema en cuestión.

Según quedó acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de Comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en:

- 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 descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían acuitar 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!.

Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente.

Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de la no intervención de los organismos legales de prevención del delito en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría y utilizando el poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno.

También quedó demostrado en el juicio que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios.

Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado.

La pregunta es: los procesados que emitieron tales órdenes pero no realizaron personalmente las acciones descritas en los tipos penales, ¿son responsables? Y en su caso, ¿bajo qué forma?

En el juicio, el fiscal afirmó que las órdenes prescribieron la realización de secuestros, la aplicación de tormentos y la eliminación física de una vasta cantidad de personas definida vagamente sobre la base de la genérica categoría de "subversivos"; órdenes éstas que también importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robos, abortos, violaciones y supresión del estado civil de menores. Por ello, los consideró 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. Entendió así que la calidad de autor mediatos derivaba tanto del texto del artículo 514 del Código de Justicia Militar, como de la última parte del artículo 45 del Código Penal, en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.

El tribunal entendió que resultaba aplicable al caso la norma contenida en el artículo 514 del Código de Justicia Militar, que dispone que "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden". A criterio de la Cámara Federal, este artículo prevé un supuesto de autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito. Asimismo, la expresión "determinar a otro" del artículo 45 del Código Penal tiene un alcance más vasto que la mera instigación y resulta un sustento dogmático de la autoría mediata.

Explica la sentencia que para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos. Para ello tiene en cuenta que la decisión tomada por los procesados de combatir la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces fue adoptada cuando las Fuerzas Armadas ya se encontraban empeñadas en esa tarea y su intervención se encontraba regulada por una serie de disposiciones legales y reglamentarias. Es decir que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados, sólo cambió la forma de combatir. Además, los procesados, ubicados en el vértice máximo de la estructura de poder, no se limitaron a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos: proveyeron los medios necesarios, como ropa, vehículos, combustible, armas y municiones, los lugares de alojamiento de cautivos, etcétera, que constituyeron un auxilio imprescindible para la

ejecución. Más aún, hubo otra circunstancia relevante: sólo los procesados podían garantizar la impunidad.

Los comandantes tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en la causa no fueron 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. Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos no hubieran podido ocurrir.

En este contexto, entendió el tribunal, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia, pues el dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total y si 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. Por todo ello se condenó a los comandantes como autores mediatos de los hechos de marras.

Sin entrar en el análisis de esta sentencia, entendemos que la Cámara Federal del Crimen cometió un error metodológico, en la forma de aplicar la teoría, reconocida por el propio Roxin, ya que se hizo una serie de distinciones en la aplicación de las penas que no era coherente con las afirmaciones antes dichas.

Y esta incoherencia de la sentencia es por demás evidente. Si todos eran autores mediatos de los delitos de homicidio calificado, la pena debió ser única y no hacer un distingo para cada Junta Militar y además por persona. De todas formas, recuérdese que sucesivos actos de gobierno (ley de punto final y amnistía) terminaron la cuestión en cuanto al cumplimiento de la pena, aunque subsista el problema doctrinal.<sup>31</sup>

**-Citaremos a continuación, los criterios que integran el domino de la voluntad en virtud de una estructura de poder organizada plasmados por la Doctor Paula Cadavid Londoño.-**

**“Aparato organizado al margen del derecho**, en la actualidad Roxin afirma que el aparato no tiene que existir completamente al margen del derecho, sino que bastará que se aparte del ordenamiento jurídico en relación con las conductas delictivas que se cometen en su ámbito; según ello, tratándose de aparatos de índole estatal ese alejamiento será de carácter parcial.

Al respecto es objeto de discusión el momento en el que se debe realizar la comparación de la conducta con el derecho, sobre todo en relación con los aparatos de índole estatal, por cuanto es común encontrar que, dada su posición en el poder, los mismos hayan producido

---

<sup>31</sup> Edgardo Alberto Donna, La Autoría y la Participación Criminal, Editorial Comares, S.L. Granada 2008. Ps.60-68.

el marco normativo necesario para dar cumplimiento a su plan o propósito político, el cual además sustentará y dará respaldo a las conductas ejecutadas en virtud del mismo. El ejemplo claro es del nacionalsocialismo, que operó al amparo del derecho positivo vigente adecuado a sus necesidades y circunstancias; bajo ese escenario, en estricto sentido, los disparos en el muro no contravinieron las normas aplicables al momento de ejecución de la conducta, por cuanto las disposiciones pertinentes autorizaban el uso de la fuerza para impedir el paso por la frontera sin autorización. En consecuencia, el análisis concluyente sobre el apartamiento del derecho, frente a ese tipo de organizaciones, tendría que adelantarse ex post, toda vez que, de compararse al momento de comisión de la conducta, será posible que no pueda verificarse. Esta es la postura que defiende Roxin, cuando señala que dicha comparación debe operar en el momento presente y no para la época en que el aparato, en caso de ser estatal, ostentaba el poder”.<sup>32</sup>

“ **Aparato organizado con estructura jerárquica y superior con poder de mando**, en relación con los grupos de delincuencia organizada, estos deben corresponder a estructuras fuertes, independientes de sus integrantes, con un proyecto colectivo propio, que suponga la infracción de la ley penal, tal como un "Estado dentro del Estado"; así, los miembros de la organización no deben obrar de acuerdo con sus propios intereses, sino en aras del fin de la organización, y sus órdenes se deben cumplir con independencia de los sujetos ejecutores.

La estructura jerárquica atiende a una rígida ordenación de mando, de dirección y atención de las órdenes; se refiere al poder de dirección del superior, como su capacidad de poner en marcha el aparato, y de asegurarse la producción del resultado. De esa estructura se deriva el dominio por organización, que permite al superior tener el dominio del hecho sobre la conducta realizada por el ejecutor, a raíz de la automaticidad del funcionamiento de la organización, y en la medida en que su orden será cumplida al ponerse en marcha el aparato; el superior de un aparato organizado de poder utiliza su poder de mando para la comisión de una conducta delictiva. Sin embargo, no se requieren órdenes explícitas transmitidas a los ejecutores, ni que se precise el qué, como tampoco quién la cumplirá.

Tampoco resulta relevante, de cara a la tesis planteada por ROXIN, si el superior se ubica en medio o en la cúspide de la cadena de mando, porque lo que determina su calidad de autor mediato es la capacidad de poner en marcha el aparato para que se cumpla con su instrucción. Así podrá ser autor mediato el jefe máximo, o los mandos medios, en todo caso quien tenga el dominio de la organización. Se puede verificar, en ese sentido varios autores mediatos en el curso de la orden. Pero si dentro de la cadena de mando alguno de los miembros de la organización transmite o emite la orden sin tener la capacidad de poner en marcha el aparato, sin tener el dominio de la organización, no será autor mediato sino cómplice o determinante.

---

<sup>32</sup> Paula Cadavid Londoño, Coautoría en Aparatos Organizados de Poder de Carácter Delincuencial. Universidad de los Andes Grupo Editorial Ibáñez 2013 Bogotá- Colombia. ps. 179-182.

Esta estructura jerarquizada es la que determina la relación vertical que opera entre el sujeto de detrás y el ejecutor, y a raíz de la cual este último no tiene alternativa distinta a cumplir, aunque lo haga, a su vez en forma voluntaria.”<sup>33</sup>

“**Fungibilidad del ejecutor**, lo que controla el hombre de atrás no es a un sujeto en concreto, sino a la estructura misma y al funcionamiento de la organización; es sobre el actuar de la organización que el sujeto de atrás tiene un dominio funcional y por consiguiente se convierte en un "autor mediato". Es así como ROXIN ubica el concepto de instrumento en el aparato, en la maquinaria, y precisa que el instrumento del que se vale el superior para realizar la conducta no es solo y ni siquiera mayoritariamente el sujeto de delante, sino el propio instrumento, el aparato integrado por diversas estructuras organizacionales que le asegurarán el cumplimiento de su orden, con independencia de quien sea el ejecutor final. El instrumento es el aparato y no el sujeto de delante.

SCHROEDER, introduce un nuevo elemento, que redefine la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, que es la amplia disposición del ejecutor a cometer el hecho, elemento en virtud del cual lo que le otorga el dominio al superior es el hecho de contar con ejecutores previamente motivados a actuar, no que estos sean fácilmente reemplazables.

Si bien ROXIN no preveía el mencionado como un elemento configurador de su teoría, en recientes conferencias ha manifestado que acepta y reconoce su existencia, aun cuando no como un elemento nuevo y adicional, sino como la consecuencia de la interacción de los otros tres criterios planteados desde el inicio; son el apartamiento del derecho, la fungibilidad y la verticalidad de la estructura los que determinan que el sujeto de delante esté dispuesto a cometer la conducta.

Pero de lo anterior se concluye que aun quienes se oponen al reconocimiento de este criterio, en aras de la defensa central de la teoría, tienen que buscar un elemento integrador de remplazo, para fortalecer la construcción del dominio del hecho en el sujeto de atrás. Sea la fungibilidad, la capacidad de sustituir al ejecutor o su amplia disposición a cometer el hecho, el punto es que, de alguna forma, tienen que definir una vía que permita el traslado del dominio del hecho del ejecutor al sujeto de atrás, la cual se basa, en uno u otro caso, en la relación entre los sujetos y entre estos y el aparato.

ROXIN afirma que introdujo este cuarto factor determinante de autoría mediata en estructuras organizadas de poder como respuesta al planteamiento de SCHROEDER, Sin embargo, precisa que el mismo no corresponde a un presupuesto autónomo de la figura, sino que se deduce de los otros tres criterios anteriores, Son los criterios de jerarquía, poder de mando del sujeto de detrás y fungibilidad los que llevan a que el ejecutor tenga una considerablemente elevada disponibilidad al hecho, La posición del ejecutor en el ámbito de una estructura de poder delincriminal es distinta a la de un autor individual, porque se encuentra rodeado de todas las influencias y los controles propios del grupo, que en lugar de derivar en su irresponsabilidad, lo hacen "más preparado para el hecho”.

---

<sup>33</sup> Paula Cadavid Londoño, ob. Cit., ps. 184-186

Roxin, defiende su inclusión. Señala, al respecto, que la pertenencia a la organización llevará al ejecutor a actuar, por múltiples razones, entre ellas la tendencia de adaptación al aparato, el poder de mando del superior, el interés de cumplir en forma adecuada el encargo e incluso el carácter fungible del sujeto, lo que lo llevará a pensar que, aun en caso de no atender él la instrucción, lo haría otro en su lugar”.<sup>34</sup>

### **1.1.3 Dominio Funcional.-**

“Son coautores quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del codominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total.

Lo peculiar en los casos de coautoría es que ninguno de los coautores cuenta con el control total del acontecimiento, de cuya configuración, en cambio, solo pueden disponer todos ellos en común. De aquí el carácter funcional al todo de cada una de las contribuciones separadamente consideradas. De esta funcionalidad de la cooperación de los coautores depende, a su vez, la distinción entre ellos y aquellos intervinientes que son simplemente participes.

Desde el punto de vista subjetivo, la coautoría requiere un acuerdo de voluntades y, desde el objetivo, la recién mencionada prestación de una contribución que se funcional a la realización del hecho común.”<sup>35</sup>

“Roxin dice que el dominio completo reside en las manos de varios de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global.

El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera funciona el plan. Pero también el otro se ve igualmente desamparado; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, esta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos.

Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros.

---

<sup>34</sup> Paula Cadavid Londoño, ob. Cit., ps. 186-195.

<sup>35</sup> Enrique Curay Urzúa, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, tercera Edición. Ps.610-611.

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global.

Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido."<sup>36</sup>

“Para que exista coautoría, es indispensable que los distintos intervinientes presten a la realización del hecho una contribución que haga "funcionar" el plan conjunto, que sea funcional a la realización del hecho, de tal manera que si uno de ellos le retira el proyecto fracasa; pero, al mismo tiempo, la actividad de cada cual, es a su vez, dependiente de que los restantes realicen la suya, porque por sí sola es incapaz de conducir a la consumación.”<sup>37</sup>

### **-Dominio del hecho funcional como concepto abierto.**

“El principio de interdependencia funcional, en teoría tan claro, no admite ya una verificación mediante criterios generales. La razón estriba tanto en la esencia del concepto de dominio funcional (1) como en la materia de regulación abarcada por el ámbito de la coautoría (2).

La idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos solo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás, no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico- cognitivos y psicológicos.

En efecto, no se puede hacer depender la autoría de un vigilante de que, durante la ejecución, debido al peligro de ser descubiertos, tuvo que entrar en acción. Más bien, ya desempeña una función necesaria en el sentido de nuestra teoría cuando hubiera tenido que intervenir de producirse las circunstancias pertinentes; pero esto no es ya verificación de hechos, sino una estimación judicial obtenida de la contemplación de la individualidad del caso.

Ciertamente tampoco ha de concebirse el principio del dominio del hecho funcional en el sentido de que sólo podría ser coautor aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado. Y es que con posterioridad nunca se puede -por ejemplo, en nuestro ejemplo de partida- averiguar a ciencia cierta si uno habría podido apuñalar a la víctima sin la cooperación del otro. Pues entonces se habría dado un hecho totalmente distinto. No obstante, a su vez qué constituye un "hecho distinto" en este sentido no cabe determinarlo con carácter general: a tal efecto en los casos límite hace falta una valoración judicial formada de la mano de las circunstancias concretas.

También tendría simplemente un valor condicionado la consideración psicológica retrospectiva de qué efecto habría producido la falta de un interviniente concreto, de si, por

---

<sup>36</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 307-311.

<sup>37</sup> Enrique Curay Urzúa, ob. Cit., pag.612.

ejemplo, sin vigilante no habrían ejecutado el hecho, pues tales consideraciones no dejan de ser hipotéticas. Por eso de lo que se trata es de entender el significado objetivo de una función mediante un acto de comprensión de sentido.

Así pues, por muchas vueltas que se le den al problema, todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado para el caso típico. Pero siempre queda una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. Aquí el juez debe en cierto modo continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma. Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un "principio regulativo".

Tal modo de proceder no significa que sea deficiente la formación conceptual. Más bien refleja la circunstancia, ya dada en la materia de regulación, de que en el ámbito de la coautoría ciertamente son posibles verificaciones de carácter general, pero que junto a ellas quedan su puestos no tipificables que solo pueden enjuiciarse contemplando la concreta situación real.”<sup>38</sup>

#### **-El acuerdo de voluntades.-**

“El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias, es también requisito indispensable de la coautoría.

Los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva.”<sup>39</sup>

“Hay coautoría si los distintos intervinientes obran con una voluntad común. Por esta razón, la coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad compartida, de suerte que el exceso consciente de uno de ellos no grava a los restantes. Así, por ejemplo, cuando los coautores se han acordado para entrar a robar en una casa a la creen deshabitada, pero uno de ellos, que sube al segundo piso, tropieza en una habitación con una joven doméstica a la que viola sin que sus compinches se enteren de ello, o enterándose sólo después de ocurrido el acceso carnal: por la violación sólo debe responder como autor único de propia mano el que se excedió. Con todo, ha de tenerse presente que para apreciar coautoría también en el exceso que los otros intervinientes obren a su respecto con dolo eventual. Por ello, el sólo se había concertado para la ejecución de un robo con intimidación, pero que sus coautores eran portadores de armas de fuego cargadas, y no hizo nada para asegurarse de que no las usarían excepto pedirles que no lo hicieran, debe responder por el robo con homicidio que a la postre

---

<sup>38</sup> Caus Roxin, ob. Cit., ps. 312-314.

<sup>39</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 313-316.

se consumó, pues su modesta expresión de oposición no constituye manifestación seria de una voluntad de evitación.”<sup>40</sup>

### **-Coautoría sucesiva.-**

“Obviamente es posible la coautoría sucesiva, aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciada para continuar ejecutando el delito junto con los otros. No obstante, frente a la teoría hasta ahora casi unánime, al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias cualificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención.

Esto se deduce forzosamente de la idea básica de la teoría del dominio del hecho, con arreglo a la cual uno es coautor cuando (y en tanto que) domina junto con otros el curso del acontecer. Ello presupone una interdependencia recíproca en la que cada uno sólo puede actuar junto con los demás, pero, en virtud de la función que desempeña en el marco del plan global, tiene su realización en sus manos. Nada de esto se da cuando alguien, solo después de realizar circunstancias cualificantes, encuentra un compañero que hasta entonces ha carecido de influencia en la marcha de los acontecimientos.”<sup>41</sup>

“Se designa como coautoría sucesiva el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse. Por ejemplo: "A" y "B" penetran con violencia en una tienda, donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de "C"; éste, enterado del hecho ya realizado por "A" y "B", concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería. La coautoría sucesiva es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo.

La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un dolo subsequens.”<sup>42</sup>

El Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, nos enseña casos de autoría plural o coautoría, y nos dice:

“La coautoría puede ser concomitante, cuando cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. Pero también puede ser que cada uno realice una parte de esta, porque ha habido un reparto de la tarea criminal. En tal supuesto la autoría será funcional si cada interviniente ha hecho un aporte necesario conforme al plan concreto del hecho, o sea, si sin su aporte este no hubiese podido concretarse o si interrumpiendo su aporte hubiese frustrado la concreción del hecho. Esta autoría por reparto funcional de la empresa criminal requiere que cada uno de los aportantes necesarios reúna los requisitos típicos de la autoría si esta fuese calificada.

---

<sup>40</sup> Enrique Curay Urzúa, ob. Cit., pag.611.

<sup>41</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps .320-321.

<sup>42</sup> Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Parte General, segunda edición, Editorial Hammurabi SRL, 1999 Buenos Aires Argentina. Pág. 504

El Profesor, cita como ejemplos de lo dicho los siguientes:

**Autoría Funcional:** Se distribuyen funcionalmente la tarea criminal. Tres personas entran a un banco, uno está armado y amenaza al personal y a los clientes; otro recoge el dinero de los cajeros, el tercero vigila que nadie toque la alarma.

**Autoría Concomitante:** Todos realizan la misma conducta simultáneamente. Tres personas entran a un banco armados, amenaza cada uno a un cajero y le exigen el dinero, lo toman y salen del banco.”<sup>43</sup>

#### **1.1.4 Plan Común.-**

“Para que haya coautoría debe existir, como nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común, que se entiende como tal un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, es decir, un dolo común en el sentido de la teoría del acuerdo previo.

La importancia esencial del acuerdo en la coautoría, lo que hace que este sea posible pero imprescindible en la participación en sentido estricto e imprescindible en la coautoría es precisamente que el acuerdo con división de trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, no sería suficientes por si solos para determinar objetivamente y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poder hablar de una acción. Acción así, determinante, es necesaria para que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones.

El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante la decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores intimida a la víctima y el otro le quita el dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Luego, lo que requiere entonces, en principio un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo.

La conexión de voluntades atañe al carácter común de la lesión aun bien jurídico que deberá ser provocada por la vía de la división del trabajo, es decir, el carácter común del hecho.”<sup>44</sup>

“A través del concepto del acuerdo se busca hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás, por eso entre estos se produce una especie de compartimiento de la responsabilidad, porque las circunstancias del hecho se atribuyen a todos los coautores: lo que hace uno le pertenece a otro y a la inversa, configurándose una comunidad.

---

<sup>43</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Estructura Básica del Derecho Penal, Editora AR S.A. EDIAR. Tucuman- Buenos Aires 2009, ps. 138-139.

<sup>44</sup> Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, ob. Cit., pág. 132-134.

Surge, por lo tanto, la coautoría cuando la acción es conjunta, de modo que cada una de esas acciones por separado no es idónea para constituir la autoría, por lo cual se debe supeditar al repartimiento, pues la conjunción sí permite hablar de una acción típica, en la cual concurre un acuerdo que se caracterice por el reparto de funciones y por la suma de esfuerzos individuales.

Conviene sí aclarar que a la teoría del dominio del hecho no le basta el acuerdo para afianzar la coautoría, pues se requiere, además, la actuación del sujeto, la cual no puede ser de cualquier clase, sino esencial y simultánea con la ejecución.”<sup>45</sup>

El profesor Bacigalupo manifiesta: “El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo.

El co-dominio del hecho requiere una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aportación está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión común que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas. El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya no considera que el acuerdo previo sin más es suficiente para la coautoría. Tal punto de vista, unánimemente criticado por la doctrina, ha cedido el paso a un punto de vista que lo considera, en todo caso, una condición, pero no la única, de la coautoría.<sup>46</sup>

### **1.1.5 Contribución.-**

El Profesor Bacigalupo condensa el tema de la contribución en la coautoría de la siguiente forma:

“Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse.

---

<sup>45</sup> Alberto Suarez Sánchez, ob. Cit., ps. 190-193

<sup>46</sup> Enrique Bacigalupo, ob. Cit., ps.501-502

Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

Esta fórmula tiene una base legal directa en el art. 28.2, b del Código Penal Español, en efecto, el significado de la expresión "tomar parte en la ejecución" sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, período en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho "no se habría podido cometer" implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. "Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación" y, por lo tanto, co-domina el hecho.

El art. 28.2, b del Código Penal Español ha sido entendido exclusivamente como una forma de cooperación necesaria. Desde nuestro punto de vista, por el contrario, es preciso diferenciar: el art. 28.2, b se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado durante la ejecución una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario, aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la etapa de la preparación, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho. Esto puede aclararse aún más con el siguiente cuadro:

A) Partícipes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse:

Durante la ejecución = coautores.

Durante la preparación = cooperadores necesarios

B) Partícipes que realizan cualquier otra aportación del art. 29 del Código Penal Español:

= Cómplices (sea durante la ejecución o la preparación)

Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución.<sup>47</sup>

Luego de estructurar el dominio funcional, es necesario aclarar un punto neurálgico que ha sido materia de discusión por los mismos partidarios de la Teoría del Dominio del hecho y es la cuestión de que si el que prepara es o no coautor.

---

<sup>47</sup> Enrique Bacigalupo, ob, cit., ps. 502-504.

Para esto es necesario citar al profesor ROXIN, que de manera acabada explica con meridiana claridad este tema.

### **-ESTADO DE LA CUESTIÓN.-**

“Al ocuparnos de la cooperación en la fase preparatoria no podemos comenzar directamente por considerar que requisitos deben reunirse aquí para el dominio del hecho. La problemática exige más bien un planteamiento esencialmente más radical: hay que indagar si en este ámbito es posible en absoluto la coautoría o si quizá cabe decir en general que quien solo toma parte en actos preparatorios debe estar excluido de la posesión del dominio del hecho en todos los casos.

Al respecto, según nuestras ideas, hay que partir obviamente de que la coautoría y la autoría mediata han de separarse estrictamente entre sí frente a la tan difundida mezcla de ambos conceptos. El dominio del hecho funcional y el dominio de la voluntad, se basan en principios totalmente distintos. Por eso, no cabe recurrir al dominio de la voluntad, cuyos requisitos se han descrito pormenorizadamente y que de ninguna manera exige cooperar en la ejecución para fundamentar coautoría. Lo cual ha de subrayarse de entrada, porque los partidarios de la teoría del dominio del hecho incluso los que no consideran la coautoría como una autoría parcialmente mediata suelen invocar, ya en caso de cooperación en la fase preparatoria, para explicar la coautoría, la influencia volitiva del interviniente, difuminando así la diferencia estructural entre dominio del hecho funcional y dominio de la voluntad.

La cuestión de si la actividad preparatoria puede surtir efecto fundamendador de coautoría ha quedado hasta ahora casi completamente sin explicar en la teoría del dominio del hecho. Contra la posibilidad de autoría se pronuncia GALLAS, quien señala: «No basta una intervención en el planeamiento o en la preparación del hecho. Más bien, el coautor tiene que tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. El que se limita a espiar sobre a oportunidad del hecho o a proporcionar los instrumentos necesarios no actúa como co-señor del hecho, sino solo como cómplice, aun cuando haya participado en el acuerdo sobre el hecho.»

Muy semejante es la solución de MAURACH, que desde luego no aborda expresamente el planteamiento: Está de acuerdo con GALLAS en que quien meramente explora la oportunidad del delito sólo es cómplice o inductor al margen de la porción del botín que pueda esperar. No obstante, la controvertida cuestión de si la coautoría requiere siempre presencia personal en el lugar del hecho o si la ausencia del cooperador en cuestión excluye estimar coautoría, la plantea incorrectamente de esta forma: el jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos individuales es tan merecedor de pena en calidad de autor como el conductor que personalmente pasa por la aduana con el alijo.

Por el contrario, leemos en WELZEL: «... también el que objetivamente sólo prepara o auxilia es coautor si es co-titular de la resolución conjunta del hecho». Hasta un comportamiento que externamente se limite a exhortar al hecho conducirá a la coautoría si el que objetivamente sólo instiga obra "con decisión del hecho propia".

Igualmente dice BOCKELMANN, en la polémica contra GALLAS, que «también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría, de cometerse sobre la base de una resolución del hecho conjunta y de representar la ejecución del papel que le ha correspondido al ejecutor en la decisión adoptada ... El empleado del banco que acuerda con el ladrón profesional el hurto de la caja fuerte de manera que él debe enterarse de cuándo la caja está repleta y en qué momentos no hay que contar con que aparezca el guarda, mientras que el otro debe ejecutar la sustracción, desde luego no comete sólo inducción o complicidad con el hurto, sino que es coautor. ... »

No es difícil darse cuenta de que en esta cuestión controvertida se reflejan distintos puntos de partida de cada uno de los teóricos del dominio del hecho. Mientras que MAURACH y, sobre todo, GALLAS parten de una teoría objetiva de la participación y por eso requieren para la autoría una mayor proximidad al tipo, las posturas de WELZEL y BOCKELMANN representan evoluciones posteriores de una teoría del dolo estrictamente subjetiva y en esa medida concuerdan con la jurisprudencia constante del RG, (Corte Suprema Alemana) con arreglo a la cual ya la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría con tal de que se den los requisitos subjetivos .

También la jurisprudencia del BGH, (Tribunal Superior Federal Alemán) con todas sus concesiones a la teoría del dominio del hecho, se ha mantenido siempre firme en este principio central de la teoría subjetiva. Así, se dice en una Sentencia de 3 de febrero de 1960: «La coautoría requiere un actuar que contribuya a realizar el tipo, al respecto basta, según el "principio de la división del trabajo, reconocido en general, con que el coautor limite su actividad personal a acciones preparatorias de apoyo.» Más decididamente dice la misma Sala (la IV) el 10 de marzo de 1961 -con todo, negando al mismo tiempo el dominio del hecho- que basta una "cooperación espiritual" preparatoria; coautor puede serlo ya aquel que ha reforzado "en cualquier momento" la voluntad del que ejecuta, él solo, el hecho.<sup>48</sup>

### **-Posición.-**

Si partimos del principio fundamental del autor como figura central, veremos que un individuo que actúa en los actos preparatorios no tiene por ningún concepto el dominio del hecho, porque para tenerlo debe intervenir en la fase ejecutiva; esto es, en la realización misma del hecho, para que en el caso de la coautoría el hecho pueda ser codominado por todos los intervinientes cada uno debe objetivamente dar un aporte necesario sin el cual la empresa criminal no tendría éxito; además, quién actúa solo en la fase preparatoria por mas plan "perfecto" que exista, se va a ver relegado y se encontrara el domino del hecho en manos ajenas. Por lo tanto pienso que el cooperar en los actos preparatorios no fundamenta una coautoría.

---

<sup>48</sup> Claus Roxin, ob, cit., ps. 323-325.

## **- EL QUE PREPARA NO ES COAUTOR.-**

“Sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho, lo que se deduce (basándonos en las directrices elaboradas supra para la determinación del concepto de autor) de varias consideraciones:

1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.

2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente "dominar" el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliaren la preparación en algún momento tiene que dejar de su mano el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.

Lo cual lo ilustra precisamente el ejemplo ideado por BOCKELMANN en apoyo de la postura contraria: el empleado del banco puede dar el soplo al ladrón profesional de cuando está repleta la caja y de cuando el guarda está haciendo la ronda; pero a partir de ahí ha quedado eliminado del juego; lo que ocurra ya y cómo se ejecute, tiene que "dejarlo a criterio" del ladrón. No cabe hablar en absoluto de que en la realización del suceso que coincide con la imagen típica, esto es, el robo en sí, domine la situación.”<sup>49</sup>

### **1.1.6 Dominio de la Acción**

## **- LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE.-**

“En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coincide incuestionablemente la "concepción natural de la vida" y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo

---

<sup>49</sup> Claus Roxin, ob. Cit., ps. 323-326

realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.

La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas, describe también al autor. Sólo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción.

Si uno se mantiene firme en este fundamento incontestable no hay argumento de peso en favor de que hubiera que modificar algo en este resultado cuando también han cooperado otras personas en el hecho. La aportación de éstas puede valorarse como se quiera, pero en cualquier caso el que realiza el tipo de propia mano no deja por eso de coincidir con la descripción legal del autor en un ápice”.<sup>50</sup>

“Autor Ejecutor, directo de propia mano es aquel que realiza dolosamente y por sí mismo, la conducta descrita en el tipo.

En cuanto quien obra así tiene materialmente en sus manos el curso de la acción, cuenta siempre con el dominio del hecho y, por consiguiente, nunca será un simple partícipe. El que ejecuta materialmente la conducta descrita por el tipo es señor del hecho, aunque obre con puro animus socii o en interés de otro pues esas actitudes subjetivas en nada modifican la situación objetiva, con arreglo a la cual él es quien conserva el poder de decidir sobre la prosecución del acontecimiento delictivo hasta su consumación.

1.- Autor ejecutor es, en primer lugar, quien ejecuta físicamente el hecho típico, como cuando el homicida A dispara sobre la víctima B o le asesta una puñalada letal, o cuando el ladrón E penetra en la casa quebrantando los resguardos que la protegen y, apoderándose de la cosa la lleva consigo fuera del ámbito de custodia y resguardo del tenedor legítimo, etc.

2.- También es autor de propia mano quien para realizar el comportamiento típico se sirve de otro como de un instrumento inanimado que, por consiguiente, ni siquiera ejecuta una acción. Así, debe considerarse autor ejecutor de los daños al que empuja a un tercero que cae sobre los cristales del escaparate y los quiebra; lo es, así mismo, de las lesiones, el que fuerza el dedo de otra para que apriete el gatillo del arma de fuego que estaba examinando, provocando un disparo que hiere a un espectador. Se comprenden en estas situaciones los caos de fuerza absoluta (Bis Absoluta)”.<sup>51</sup>

“De acuerdo con esta forma de dominio, quien de manera libre y de propia mano realiza los elementos señalados en el tipo es, sin más, autor. Se trata de una idea obvia, que es preciso fundamentarla en términos dogmáticos, pues es autor quien el legislador tiene en mente al

---

<sup>50</sup> Claus Roxin, ob. Cit., pág. 151.

<sup>51</sup> Enrique Cury Urzúa, ob. Cit., ps.595-596.

elaborar las descripciones típicas; de ahí que “solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción.

Esta forma de dominio hace que quien realice el tipo de propia mano coincida con la descripción legal de autor; por lo cual hay una ventaja dada por el legislador, porque su descripción de las conductas consideradas típicas no es otra cosa que descripción de comportamientos del autor, la cual no puede ser modificada en su sentido ante las aportaciones de otras personas que han cooperado al hecho, cualquiera que sea la valoración dada a estas.

En fin, tal vez hoy nadie discute que quien ejecuta el hecho de manera directa, libre y de propia mano en todo caso es autor. Con todo cabe destacar que aquí no se trata de un concepto de dominio del hecho puramente objetivo, pues al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos estamos imaginado un comportamiento dirigido finalmente.”<sup>52</sup>

## **1.2 La Acción: concepto y estructura.-**

“El concepto de acción tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. Dicho con otras palabras, la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina si el comportamiento es o no relevante para el derecho penal. En este sentido, el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (si concurren los elementos que la fundamentan).

Durante varias décadas la teoría de la acción fue el centro de las discusiones relativas a la estructura del delito. El enfrentamiento entre los partidarios de la teoría causal y finalista de la acción terminó con la imposición de las transformaciones sistemáticas propugnadas por la última. Desde el punto de vista más superficial la polémica se manifestaba en el lugar sistemático del dolo, que la teoría causal consideraba como una forma de la culpabilidad, mientras la teoría finalista proponía su incorporación (como simple dolo de hecho, es decir, sin incluir en el concepto de dolo la conciencia de la antijuridicidad) a lo ilícito. Por otro lado, también un aspecto de la imprudencia (la infracción de un deber objetivo de cuidado) debía ocupar su lugar en lo ilícito, permitiendo así que el dolo y la culpa (así entendidos) dieran lugar a dos formas diversas de lo ilícito en lugar de a dos formas de la culpabilidad, como lo sostenía la teoría causal.

Desde un punto de vista profundo esta discusión se refería al problema del sentido de los comportamientos humanos. Mientras la teoría causal identificaba la acción humana con su aspecto causal- naturalístico, la teoría final de la acción se desarrolló en un contexto

---

<sup>52</sup> Alberto Suarez Sánchez, ob. Cit., ps. 183-184

científico-social en el que el sentido social de la acción dependía de la dirección dada por el autor a su acción y, por lo tanto, de la dirección subjetiva de la misma.

La disputa entre ambos conceptos desembocó en el concepto social de acción que procuró sintetizar aspectos de los otros dos. De acuerdo con éste "acción es conducta humana socialmente relevante", es decir que la acción puede consistir tanto en el ejercicio de una actividad final, según postulaban los finalistas, como en la causación de determinadas consecuencias (de acuerdo con los causalistas), en la medida en la que el suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor. Pero este concepto ha sido también fuertemente criticado por su carencia de contenido: una conducta —se dice en este sentido— es socialmente relevante o no, si se subsume o no bajo un tipo penal.”<sup>53</sup>

“Hemos dicho más de una vez, que el delito es esencialmente acción. Se nos podrá observar, de inmediato, que el delito es, también, antijuridicidad, culpabilidad y tipicidad, puesto que la ausencia de cualquiera de esos elementos supone también la del acto punible; por esos se los denomina a todos, situándolos en un mismo plano, caracteres o elementos del delito. Sin embargo, ateniéndonos a la materialidad la acción o el acto, constituye el aspecto tangible y sustancial del delito. Cuando decimos que el delito es acción, estamos señalando la copropiedad de lo que jurídicamente, a través del juicio de valor que dan los otros elementos, se declara delictuoso. Es así como los demás elementos del delito aparecen, al definir el hecho punible, como características o condiciones de la acción. Es un sustantivo al que se añaden restantes características como calificativos o atributos.

Los distintos puntos de vista sobre el modo de concebir la acción, seguramente constituyen, en el momento actual, el tema de mayor trascendencia en la estructuración de la teoría del delito.

Citaremos las distintas posiciones:

**LA TEORÍA CAUSAL.** La doctrina "naturalista" ve la acción como un acontecer del que es causal la voluntad del autor. Por eso, la actividad o actitud corporal debe constituir una manifestación de voluntad, entendida como ejercicio de la capacidad de actividad o quietud voluntaria que tiene el ser humano.

Sólo eso importa para la acción: que la actitud corporal responda a la voluntad del hombre, que la decida él; no alcanza al contenido de la voluntad -obrar para algo o por algo-, que pertenece al ámbito de la culpabilidad. Inversamente, la falta de ese nexo psicológico primario -la manifestación de voluntad- implica falta de acción.

La verdad es que hoy también la teoría tradicional reconoce el finalismo de la acción humana. Así lo hacen "causalistas" como MEZ- GER Y SCHMIDHAUSER. El primero concibe la acción sobre la base de un acto de voluntad dirigido hacia un fin, hacia una meta. El segundo rechaza ambas concepciones unilaterales -la causal y la finalista- declarando que

---

<sup>53</sup> Enrique Bacigalupo, ob. Cit., pag.245-246.

sólo una teoría "compleja" de la acción puede encarar justamente este concepto complejo -- causal- finalista de la acción.

**LA TEORÍA FINALISTA.** Esta doctrina, cuya concepción primitiva es ofrecida por Hans WELZEL, encuentra su punto de partida en la capacidad que tiene el hombre de acondicionar el futuro sobre la base de su conocimiento del acontecer causal; capacidad relativa, pero capacidad; actúa, pues, proponiéndose un fin, por lo que la acción humana es finalista. El autor parte mentalmente de la meta propuesta y acondiciona las causas para alcanzarla. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad es la resultante de las causas circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.

**LA ACCIÓN.** Este elemento que es el sustento del delito y el que fundamenta las distintas concepciones, se concibe como un movimiento corporal regido por la voluntad hacia un determinado fin previamente anticipado. En otras palabras, ella opera como la previsión de un fin por parte del autor, la elección de los medios adecuados que sabe tales por el dominio de la causalidad que acuerda la experiencia y su puesta en marcha en procura de aquél.

Ticius desea matar a Sempronio y se decide a hacerlo. El fin que rige su conducta es la muerte del segundo. Sabe que las armas de fuego son aptas para matar porque así lo indica la experiencia. Compra, pues, un revólver y espera a la víctima escondido y cuando ella aparece dispara (pone en marcha los medios) y así llega al resultado muerte de Sempronio (fin que había anticipado y que guió su actuación, que, por eso, fue vidente).

En los delitos culposos ese fin también dirige la actividad del sujeto, aunque por un desvío de la causalidad imputable a la violación de un deber de cuidado, sobreviene un resultado no querido.

El conductor de un automóvil que está apurado por llegar a una reunión e imprime velocidad antirreglamentaria a su vehículo causando la muerte de un peatón al embestirlo cuando cruzaba la calle, había anticipado el fin de llegar pronto a su domicilio y al efecto eligió el medio de conducir a exceso de velocidad. El resultado a que llegó por un desvío causal no querido, es la muerte de un peatón.

Es útil señalar, sin embargo, que en el finalismo al dolo se lo reputa avalorado o natural en el sentido de que, en la función que se le asigna resulta neutro al valor jurídico y está despojado de esa valoración, por preceder su ubicación a la antijuridicidad”.<sup>54</sup>

**LA TEORÍA SOCIAL.** E. SCHMIDT, “formuló el que se denomina concepto social de la acción. Sostiene que se trata de un “fenómeno social en un significado directo de la realidad social”. JESCHECK define a la acción en ese sentido como "conducta humana socialmente relevante” La expresión conducta aparece caracterizada como toda respuesta del hombre que,

---

<sup>54</sup> Carlos Fontán Balestra, derecho Penal Introducción y Parte general, Lexis Nexis, Abeledo- Perrot 2002, Buenos Aires, ps. 190-195

ejerciendo su libertad, reacciona ante las exigencias reconocidas o reconocibles de una situación.

Esta teoría, que ha sido formulada de diversas maneras, originariamente no fue sino una de las muchas tentativas de ajustar o adecuar el causalismo a las exigencias sistemáticas del orden jurídico, principalmente en lo referente a los delitos de omisión. Posteriormente se transformó en una verdadera teoría, con elementos propios y repercusión de la teoría general del delito.

Se considera normalmente que una conducta tiene relevancia social, cuando produce efectos en la relación del individuo para con su medio social, de modo que este último sea afectado por la actuación de aquel. También se afirma que es relevante socialmente la conducta sobre la cual se puede realizar un juicio de valor”.<sup>55</sup>

## **CONCLUSIÓN:**

El dolo primero se consideró como forma de culpabilidad, por lo que se integraba con el saber y querer, y se ligaba al conocimiento de la antijuridicidad.

Hoy por hoy, se lo ubica como parte de la tipicidad (tipo subjetivo) y se integra con el saber (conocimiento) y querer (intención-voluntad), por lo que se lo califica como avalorado o natural. Existe ausencia de dolo, cuando la conducta que se ejecuta se la realiza sin conocer que lo que puede pasar, se suscita; en cuyo caso no concurriría el CONOCIMIENTO, conocimiento que existirá cuando el sujeto de la conducta lo tenga, no necesariamente de una forma técnica o científica, basta que sea dentro de la esfera de lo profano, lo cual será suficiente para justificar la relevancia típica de la conducta ejecutada.

En tanto que la voluntad- intención, debe estar fundada en la realización del hecho factico, donde el agente tiene que querer el resultado que busca finalmente.

En un hecho factico concreto, si la conducta se ejecutó dolosamente, se tiene que establecer que el sujeto actuó con conocimiento-saber- de la relevancia típica de lo ejecutado, esto es que su actuar fue dirigido a lesionar un bien jurídico; además, con su actuar debe –querer- (intención-voluntad) lesionar un bien jurídico.

### **1.2.1 La acción según la Teoría Finalista: análisis general y sus consecuencias en la teoría del delito.-**

“El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal.

---

<sup>55</sup> Carlos Fontán Balestra, ob. Cit., pag.198-199

En estas reflexiones quisiera limitarme a exponer la posición dogmática de la teoría de la acción finalista.

Con esta caracterización de la esencia de la acción humana nos incorporamos a una gran tradición filosófica. Desde que ARISTOTELES (ética de Nicomach, 1 112 b) mostrara la estructura de la acción, por primera vez a través de la finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad media (ante todo por obra de SANTO TOMÁS) y quedó reconocida generalmente hasta HEGEL.

Sólo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior. Me es grato poder establecer que, hasta ahora, no se ha formulado ninguna observación seria contra mis empeños de restablecer la comprensión del carácter finalista de la acción. No lo hace tampoco GRISPIGNI, que más bien toma esta teoría como una cosa trivial sobrentendida.

Desearía que realmente lo fuera, pues entonces todos los malentendidos que aparecen en gran número, serían imposibles. Obviamente, no basta, pues, conocer sólo el viejo "Omne ens intelligens agit propter finem", "Cada ser inteligente para un fin" sino que hay que comprender también que él tiene determinadas consecuencias sumamente concretas para la dogmática del derecho penal. Esto, por desgracia, no es totalmente sobrentendido. La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".

Para ilustrarlo, remito a la diferencia entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por el otro: en el asesinato todos los actos individuales están dirigidos desde el objetivo anticipado: la compra del arma, el acecho, el apuntar, el apretar el gatillo; mientras que en el rayo, el resultado "muerte" es la resultante ciega de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consiente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruido en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso, pertenece también a

la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a:

- 1) El objetivo que quiere alcanzar;
- 2) Los medios que emplea para ello; y
- 3) Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

Por eso, no se debe opinar, partiendo de una pura interpretación de las palabras, que la "finalidad" podría tomar en consideración solamente el objetivo ("finis"). Esto no sería menos equivocado que cuando se quisiera objetar contra la "causalidad", que debería limitarse a la causa ("causa") y no podría satisfacer el efecto.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello.

Sólo en relación a estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

La enfermera que, sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto mortal, realiza ciertamente una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio.

Quien, para practicar, tira en el crepúsculo contra un objeto que toma por un tronco, pero que es una persona sentada, dispara ciertamente un tiro finalista de ejercicio, pero no realiza ninguna acción finalista de homicidio. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido originada de modo ciegamente causal por la acción finalista.

Conforme a ello, no hay acciones finalistas "en sí", sino siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. Es indiferente si estas

consecuencias propuestas con voluntad representan en la construcción total de la acción precisamente el objetivo deseado, o sólo los medios empleados o hasta solamente meras consecuencias secundarias tomadas de "yapa". Una acción finalista de homicidio no existe solamente cuando la muerte fue el objetivo principal de la actividad de la voluntad, sino también cuando sólo formó el medio para un objetivo ulterior (p. ej., para heredar al muerto) o cuando sólo fue la consecuencia secundaria que necesariamente ha tenido que tomar de "yapa" (p. ej., la muerte por quemaduras de una habitante paralítica, al incendiar una casa asegurada contra incendio). Por eso una acción finalista puede tener varios sentidos de acción, según cual sea su relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad. Así, en la acción mencionada en el último ejemplo: una defraudación de seguro, con relación al objetivo perseguido; un incendio, con miras al medio empleado; un asesinato, con miras a la consecuencia secundaria tomada de "yapa".

Naturalmente, la dirección finalista se extiende también a la ejecución exterior de la acción misma, de modo que el "resultado" de la dirección finalista puede agotarse en la actividad simple: cabalgar, hacer gimnasia, bailar, patinar sobre hielo, etc., son también actividades dirigidas finalmente, lo mismo que cometer actos lascivos, jurar, declarar, etc. Además, por el hecho de que muchos de los movimientos de nuestro cuerpo están automatizados, debido al ejercicio continuo, la dirección finalista de una acción no es restringida, sino, por el contrario, ayudada: el pasear es también una actividad dirigida finalmente, a pesar que no tenemos que dirigir cada paso en particular como en la primera infancia.

La dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura, consiente de su finalidad, las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleada lo mismo para la concreción de objetivos socialmente positivos como socialmente negativos. En este punto se intercala el derecho penal, prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos. Acciones finalistas, cuya voluntad de concreción está dirigida hacia la realización de resultados socialmente negativos, son calificadas de antijurídicas por el derecho penal en los tipos de los delitos dolosos: como asesinato, homicidio, hurto, etc. "Dolo", como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto.

Pero el derecho no se conforma con prohibir solamente acciones dolosas antijurídicas, sino que establece, también para acciones que no tienen ningún dolo antijurídico, determinadas exigencias de su dirección finalista, para el amparo de bienes jurídicos. El derecho no prohíbe solamente al hombre desplegar una actividad dolosa antijurídica, sino que espera también de él en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricciones-que observe en sus demás acciones un mínimo de dirección finalista para evitar lesiones de bienes jurídicos. De los ordenamientos de la vida social se eliminan también aquellas acciones, que no siendo antijurídicas, vistas desde el ángulo de sus consecuencias finalistas, observadas en su consecuencia no finalista, puramente causal, no aportan el mínimo objetivamente necesario en la actividad finalista, para evitar tales consecuencias.

Las acciones que, contempladas en sus consecuencias causales, no observan el mínimo indicado jurídicamente de dirección finalista, son comprendidas por los tipos de los

delitos culposos como lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos". En estos tipos, las consecuencias de las acciones propuestas con finalidad, son irrelevantes para el derecho penal y no son descritas, por lo tanto, en los tipos en forma concreta. Su tipo de injusto consiste más bien en determinadas lesiones causales de bienes jurídicos, ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista (la diligencia indicada).

Quien limpia un fusil, que no había descargado antes, y mata sin querer a otro, realiza una acción finalista (la limpieza del fusil), que origina causalmente la muerte del otro. Sin embargo, para el tipo, no son importantes las consecuencias finalistas, sino la consecuencia causal (la muerte de otro), y ello porque el actuante, en su actividad finalista (el limpiar), no ha aportado el mínimo jurídicamente necesario de dirección finalista para evitar el resultado (el cuidado objetivamente necesario en el intercambio).<sup>56</sup>

“El carácter finalista de la acción se basa en que el ser humano, 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 realización de esos fines". Actividad finalista es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el puro acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante casual de la constelación de causas existente en cada momento". La espina dorsal de la acción finalista (es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal, en cuanto ésta no es el mero reflejo subjetivo, en la mente del autor, del proceso causal externo, sino el factor que configura y dirige el proceso causal.

Pertencen a la acción, según el concepto finalista, las consecuencias comprendidas en la voluntad de realización del autor, que, para Welzel, es sinónimo de finalidad, que comprende el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por el como posibles y con cuya producción contaba.

Dada la limitación del saber causal de los seres humanos, el Derecho no puede prohibir la simple causación de resultado sino sólo la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción de la lesión de un bien jurídico o que llevan consigo el peligro de dicha lesión por vía del descuido".<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Hans Welzel, Teoría de la Acción Finalista, Editorial de Palma-Uruguay, Astrea Buenos Aires 1951.ps. 18-29.

<sup>57</sup> Edgardo Alberto Donna - dirección- Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad, La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido por Sandro F. Abralles. RUBINZAL- CULZONI editores, Buenos Aires, año 2005, pág. 320.

## **CAPITULO II**

### **2. La Autoría**

“El problema que se presenta en materia de autoría es determinar frente a un hecho delictivo en el cual han participado varias personas, quién de ellos ha sido el autor y quienes los partícipes. Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que ese hecho le pertenece”.<sup>58</sup>

#### **2.1 Conceptos de autor**

Existen varios conceptos de autor, unos que consideran autor a una o varias personas que hayan intervenido de cualquier forma en el hecho, sin diferenciar o valorar los aportes realizados en el mismo; otros, que valoran en distinto grado la participación de cada uno de los intervinientes en el hecho, y como dice el profesor Edgardo Alberto Donna “se distinguen varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados”.<sup>59</sup>

##### **2.1.1 Concepto Unitario de Autor.**

###### **-Teoría unitaria de autor.-**

“La teoría unitaria de autor no hace ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito, considerando autores a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso: Según esta concepción, bastara una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que él individuo ha sido autor.

La idea básica es abandonar los criterios de distinción entre el autor y el cómplice y reemplazarlos por una correcta medición judicial de la pena. Es decir, el juez no debe analizar si el sujeto fue autor o partícipe del hecho, sino que simplemente debe medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente.

Esta teoría se fundamenta en primera instancia en que todos los que aporten alguna intervención en el hecho deben considerarse causantes del mismo y, por consiguiente, autores.

---

<sup>58</sup> Edgardo Alberto Donna, La Autoría y la Participación Criminal, Editorial Comares, S.L. Granada 2008, pag.9

<sup>59</sup> Edgardo Alberto Donna, ob. Cit., pag.13

Además, toma al delito como obra común de los intervinientes, por lo que deben ser castigados todos por igual, sin considerar el papel que hayan tenido los que contribuyeron de distintas formas en la ejecución del hecho.

Este concepto ha sufrido una serie de críticas; anotaremos las principales:

1.- Como lo sostiene Jescheck, el abandono del principio de accesoriedad "difuminaría los contornos del tipo" ya que el específico injusto de la acción de cada tipo se perdería con la reinterpretación que incluye todas las contribuciones al hecho en la causación de las lesiones a los bienes jurídicos. Se afectaría de esta manera la función de garantía de los tipos penales y por lo tanto el principio de legalidad.

2.- Según Roxin se nivelan las diferencias de significado previas a favor de un contexto de sentido lógico abstracto; en base a esta idea, el autor, que era la figura central del suceso en forma de acción, se convierte en un mero causante de lesiones típicas de bienes jurídicos. El ejemplo del suicidio es claro. Quien coopera en el suicidio de otro se convierte en autor de ese suicidio.

3.- En los delitos especiales habría que considerar como autores a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal. Si un particular coopera con un funcionario público en la comisión de algún delito propio de su función, de acuerdo a esta teoría se llegaría al absurdo de considerar que el particular también fue el autor del hecho. Se puede analizar el tema en base al título De los delitos contra la administración. Basta pensar en algunos casos como los delitos de malversación de caudales públicos del artículo 260. También se puede analizar el caso de la exacción ilegal del artículo 266, y aun en el artículo 268 (2), del enriquecimiento ilícito del funcionario público

4.- Lo mismo sucede con los llamados delitos de propia mano, en los que sólo puede ser autor quien realiza por sí la acción típica. De acuerdo a esta posición el solo hecho de que el sujeto coopere de algún modo en el hecho ya lo convierte en autor. La cuestión también se soluciona recurriendo a la parte especial. En efecto, quizás el tipo penal más claro de delitos de propia mano es el falso testimonio del artículo 275 del Código Penal. Luego, será autor del delito el que instigue o ayude al testigo".<sup>60</sup>

### **2.1.2 Concepto Extensivo de Autor.-**

“De conformidad con el concepto extensivo de autor, se afirma que es autor todo el que interviene en el proceso causal que acaba con la producción de un hecho típico y que, por tanto, sólo la existencia de preceptos que describen determinadas formas de intervención, como son la inducción y la complicidad, hace que las mismas salgan del ámbito de la autoría para entrar en el de la participación.

---

<sup>60</sup> Edgardo Alberto Donna, ob. Cit., ps.13-17.

Por lo anterior el concepto extensivo de autor se ve en la necesidad de buscar criterios diferenciadores de la autoría y la participación.

En comparación con la teoría del concepto unitario, según esta teoría, el legislador pretende la aplicación directa del tipo penal a todos los causantes, sin distinguir para nada entre autores y partícipes. En el concepto extensivo el legislador puede haber distinguido al autor del partícipe y, sin embargo, la doctrina que se plantea afirma que la participación es sólo una forma de atenuación de la pena”.<sup>61</sup>

Conceptos "extensivo" y "restrictivo" de autor. Cuando se ha intentado conceptuar al "autor" se han seguido caminos distintos, que salen también de puntos de partida que son diferentes.

Para algunos, el autor es un "concepto extensivo", que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Según esta idea, es la causalidad entendida conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones- la que da la base del concepto de autor. Por consiguiente, todo "causante" es un autor.

Según esta teoría, el legislador pretende la aplicación directa del tipo penal a todos los causantes, sin distinguir para nada entre autores y partícipes, dando lugar a la tesis del "autor único", o bien puede el legislador haber distinguido al autor del partícipe y, sin embargo, la doctrina partir del concepto extensivo de autor, para afirmar que la participación es solo una forma de atenuación de la pena. En este sentido, la teoría de la participación sería una forma de restricción de la punibilidad.

Hay varios argumentos que demuestran lo insostenible del criterio extensivo de autor. Por un lado, los partidarios de esta tesis deben admitir que en ciertos casos no es sostenible, como, por ejemplo, cuando se trata de delitos de propia mano, en que no basta la causación, sino que se requiere que el autor realice el verbo típico; por otro, cuando la forma típica de autoría es una autoría mediata, puesto que el que directamente "causa" no es el autor, como en el caso del que "hiciera insertar" del art. 292. Si bien puede sostenerse que éste no es un argumento decisivo en contra del concepto extensivo de autor, puesto que habría tipos que, además de la causación, requerirían especiales características en el autor, lo que resulta incontestable es que esta teoría no puede menos que reconocer que no todos los caracteres del autor se encuentran en el tipo, sino que también son completados por las disposiciones sobre participación, porque de lo contrario, no podría ser partícipe el que no tuviese los caracteres del autor.

Por otra parte, no resulta en general muy coherente que esta tesis tenga que aceptar que eventualmente los tipos alteran el concepto de autor restringiéndolo y que otras veces las disposiciones de la parte general lo alteran ampliándolo. Además, no parece ser del todo cierto o, al menos, no es del todo evidente que la participación sea siempre una

---

<sup>61</sup> Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, *la Autoría Mediata en el Derecho Penal*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Santafé de Bogotá, 2009 segunda edición. Ps. 79-91.

forma de restringir la punibilidad, pues cuando se trata de la punición de la participación en delitos propios, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla.

Por último, tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, por ser "autor" y "causante" dos cosas distintas, la extensión del concepto de "autor" hasta abarcar a cualquier "causante" resulta violatorio del principio de legalidad. "La estructura del concepto extensivo de autor se vincula con un desconocimiento de la función de garantía de la ley penal. Esta está confiada a los tipos de la parte especial, cuya función es delimitar las zonas punibles del ámbito de las impunes y la complicidad y la instigación se construyen a partir de los tipos, como ampliaciones de las zonas punibles. Esta conexión fundamental del Estado de derecho se invierte con el concepto extensivo de autor: el principio *nullum crimen sine lege* pierde su sentido cuando cualquier causación del resultado prohibido se quiere hacer valer como autoría fundamentalmente punible y de este modo eliminar los límites ciertos".<sup>62</sup>

### **2.1.3 Concepto Restrictivo de Autor.-**

“Nos resta la otra posición, según la cual el concepto de autor es mucho más restringido y la participación -esto es, la complicidad y la instigación- son formas de extender la punibilidad. Esta es la tesis sostenida en la actualidad por la mayoría de la doctrina. A su respecto cabe aclarar que para una posición como la que hemos adoptado, afirmada en la naturaleza óptica de los conceptos de autor y partícipe, el concepto restrictivo de autor es el que se impone, puesto que resulta obvio que en lo óptico no todo el que pone una causa es un autor. No obstante el concepto restrictivo de autor no se identifica necesariamente con esta posición, porque también es sostenido desde otros puntos de vista”.<sup>63</sup>

“El concepto restrictivo busca derivar la noción de autor de los tipos penales y es el que mayor acogida ha tenido, por adecuarse de mejor manera a la descripción de aquéllos responder a su contenido; además, una interpretación restrictiva de los tipos es más garantista y respetuosa del principio de legalidad y del valor superior de la seguridad jurídica propia de un Estado de derecho, que una interpretación extensiva. El concepto restrictivo considera que solo algunos de los intervinientes son autores, en tanto que otros, en virtud de preceptos señalados en la parte general del Código, son castigados como partícipes, con independencia de la calidad y cantidad del aporte causal.

Frente a un concepto restrictivo, la existencia de preceptos que castiguen que castiguen expresamente otras formas de intervención distintas a la de la autoría, permiten convertir en punibles las conductas propias de la participación. Es por ello por lo que las reglas sobre

---

<sup>62</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General IV, impreso en la Argentina copyright by EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y financiera Tucumán- Buenos Aires 1999. ps. 298-300.

<sup>63</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, ob. Cit, ps. 298-300

participación son causas de extensión de lo típico y de la punibilidad, las cuales permiten abarcar como típicas conductas que sin ellas no serían punibles.

En el concepto restrictivo de autor las formas de participación no son independientes porque deben sumisión a la figura central de la autoría, por virtud de la accesoriidad, la cual se constituye en uno de los principios orientadores de aquel concepto.

Estas son las razones por las cuales este concepto arrebatara la preferencia frente a los otros vistos”.<sup>64</sup>

## **2.2 La Autoría Directa.-**

Según el artículo “18.2.a del Código Penal de Cuba, son autores “los que ejecutan el hecho por sí mismos”. Esta modalidad de la autoría se corresponde con lo que, en el orden teórico, se ha denominado “autor inmediato o directo”. Se trata del sujeto que realiza todas las características de la figura de delito correspondiente: quien sustrae en el hurto (artículo 322.1 del Código Penal), quien mata en el homicidio (artículo 261)”.<sup>65</sup>

En el actual Código Orgánico Integral Penal, que está vigente en nuestro país, en el Capítulo Tercero- Participación, encontramos el artículo 42 que dice:

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.

### **COMENTARIO:**

Partimos indicando que la autoría directa se fundamenta en el dominio del hecho y por lo tanto es autor quien consiente del fin posee el dominio del hecho y en la ejecución del delito aparece como figura central decisiva en el suceso.

De esto se desprende la primera forma del dominio del hecho, la autoría directa o inmediata, (dominio de la acción = autoría directa).

---

<sup>64</sup> Alberto Suarez Sánchez, Autoría, Universidad Externado de Colombia, calle 12n., 1-17 Este, Bogotá, tercera edición año 2007. pág. 129

<sup>65</sup> Renén Quirós Pérez, Manual de Derecho Penal III, Editorial Félix Varela San Miguel no. 1111E., Mazón y Basarrate el Vedado ciudad de la Habana, pag.45.

Aclarando que, el “dominio del hecho, se manifiesta en el dominio de la propia acción típica”. Edgardo Alberto Donna, La Autoría y la Participación Criminal, Editorial Comares, S.L. Granada 2008, pag. 35, y por lo tanto, considero que quien domina la acción típica, consiente del fin propuesto, donde selecciona o elige los medios para llegar a ese fin y siendo figura central en el acontecimiento o en el hecho, sin duda es autor directo o inmediato, tal y como lo considera el Código Orgánico Integral Penal, de manera acertada para mi criterio, por lo que no presenta mayor complejidad definir la autoría directa o inmediata.

En el caso de los delitos omisivos, los tipos penales describen la conducta debida, entendiéndose prohíba la conducta diferente a la debida. Encontrando su fundamento en el deber de cuidado y la posición de garante.

Como dice el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Estructura Básica del Derecho Penal, Editora AR S.A. EDIAR. Tucuman- Buenos Aires 2009, página 128. “En los impropios tipos omisivos los sujetos activos siempre son calificados, la calificación del sujeto activo en los impropios significa que éste se halla vinculado por un especial deber de preservación o cuidado respecto del bien jurídico ofendido, que en esta situación típica le obliga a garantizarlo, es decir, que la situación y su condición lo colocan en una posición de garante”.

En suma, pienso que no acarrea dificultad en considerar que la Teoría del Dominio del Hecho, es la adecuada para sustentar la autoría directa o inmediata.

### **2.2.1 Concepto.-**

“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”.<sup>66</sup>

“Quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos es autor”.<sup>67</sup>

### **2.2.2 Elementos concurrentes de la Autoría Directa.-**

“Las circunstancias que caracterizan la autoría pueden clasificarse en generales y especiales.

**a) Circunstancias generales.** El elemento general que caracteriza la autoría es el dominio final del hecho. Dominio del hecho tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado. No se trata, en verdad, solamente de la dirección final de la propia acción, que todos, también los partícipes, tienen respecto de su acto. El dominio del hecho depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes.

---

<sup>66</sup> Edgardo Alberto Donna, ob. Cit, pág. 41.

<sup>67</sup> Claus Roxin, la Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editorial Grijley E.I.R.L. Primera Edición enero 2007. pág. 464.

Sólo en la medida en que el sujeto pueda sobre-dirigir el suceso total habrá dominio del hecho”.<sup>68</sup>

#### **b) DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO.-**

El dominio del hecho como concepto abierto atreves de un **procedimiento descriptivo** que “presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos. Cuando por ejemplo, se dice tiene dominio del hecho quien hace a, b, c etc., la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes.

Como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida. Por ejemplo, es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos.

Hay que disponerse a complementar la descripción ajustada a los datos materiales del caso. No obstante, cabe hablar aquí de concepto “abierto” en el sentido de que no va a ser posible una “indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles” y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido.

#### **c) Procedimiento regulativo como elemento del concepto abierto.-**

La descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiéndose así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, porque, allí donde lo imprescindible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. ”Regulativo” se entiende aquí como “orientativo”.

El legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto, mediante la aplicación del empleo de principios orientativos para la valoración judicial de casos concretos que escapan del enjuiciamiento anticipado generalizador.

Esto significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta”.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá 1996, pág. 185.

<sup>69</sup> Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. pas. 146- 148.

**c) Circunstancias especiales.** “Hay casos en los que, además del dominio del hecho, son precisos otros elementos para determinar la autoría.

1. En los delitos en que el tipo requiere un especial elemento subjetivo de lo injusto o de la autoría, como por ejemplo "el ánimo de lucro" en el hurto.

2. En los delitos especiales, en que el tipo solo puede ser realizado como autor por quien tiene una determinada calificación objetiva (ejemplo: delitos de funcionarios) el sólo dominio del hecho será insuficiente para caracterizar al autor. Ejemplo: el prevaricato, sólo puede ser realizado por quien, además de dominar el hecho sea juez o funcionario.

En estos casos el sujeto infringe un deber especial que sólo le incumbe en la medida en que se dan en él las características objetivas que lo emplazan como sujeto de ese deber especial.

3. En los delitos de propia mano, que pueden considerarse una variedad de los delitos especiales (confr. JESCHECK, p. 214) se piensa que es preciso para que haya autoría, además de la dirección final del suceso, la "realización corporal de la acción prohibida" (ejemplo: en el delito de estupro se requiere el acceso carnal; tal acceso carnal no es susceptible de ser realizado mediante otro”.<sup>70</sup>

**-Concluyo indicando que:**

La autoría directa se fundamenta en el dominio del hecho y por lo tanto es autor quien consiente del fin posee el dominio del hecho y en la ejecución del delito aparece como figura central decisiva en el suceso.

De esto se desprende la primera forma del dominio del hecho, la autoría directa o inmediata, (dominio de la acción = autoría directa).

La diferencia con los partícipes, utilizando las palabras de Roxin, es la siguiente: “El partícipe es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación (inducción) o contribuye a él mediante la prestación de ayuda (complicidad)”. Claus Roxin Derecho Penal Parte General tomo II, Primera Edición Thomson Reuters- Civitas, año 2014, pág. 68.

---

<sup>70</sup> Enrique Bacigalupo, Ob. Cit. ps. 186-187.

### **2.3 Autoría mediata.-**

Código Orgánico Integral Penal.

El artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, en su numeral 2 nos habla de la autoría mediata y dice:

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

#### **-COMENTARIO:**

El dominio del hecho en la autoría mediata tiene su fundamento cuando un sujeto (sujeto de detrás), se sirve de otro (instrumento), para la realización de un hecho punible doloso.

Por lo tanto el dominio de la voluntad, es lo que caracteriza a la autoría mediata.

Ahora bien, no estoy de acuerdo la forma en que es tratada la autoría mediata en el Código Orgánico Integral Penal, por las siguientes razones:

Se confunde el fundamento de la inducción con el de la autoría mediata, debemos tener claro que en la inducción, el autor no debe estar decidido a la realización del hecho, el inductor es quien tiene que determinar al hecho al autor.

La determinación del hecho en palabras de Roxin se sintetiza de manera didáctica al decir:

“Quien se siente desagarrado entre un extremo y otro y vacila sobre si debe cometer el hecho, aún no está resuelto y puede ser inducido por una persona externa, que le proporciona la preponderancia en la psique del autor a las tendencias a cometer el hecho. Quien “en el fondo” está resuelto a ejecutar el hecho, pero aún tiene algunos reparos concretos, ya no es inducible. En cambio, quien decide primero ejecutar el hecho, pero después, como se dice popularmente, “se raja” y se sumerge en un estado de indecisión, será inducido si un tercero externo lo “endereza” y le restablece la voluntad de cometer el hecho”. Claus Roxin Derecho Penal Parte General tomo II, Primera Edición Thomson Reuters- Civitas, año 2014, pág. 229

Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación Criminal*, Editorial Comares, S.L. Granada 2008, ps. 126-127, en su obra manifiesta que, “determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que se proporciona a quien aún no ha resuelto la comisión del hecho delictivo, bajo su propia responsabilidad.

Además, el determinar presupone la concreción del hecho: es necesario que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico, pues la exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente. La exigencia de concreción del hecho es satisfecha cuando el inductor describe el delito a cometer en sus rasgos generales. No es necesaria una descripción precisa del delito, si bien las instrucciones formuladas por el inductor deben dejar entrever una caracterización del hecho a realizar”.

Por lo dicho, quienes instiguen o aconsejen en la forma en la que quiere dar a entender el Código Orgánico Integral Penal, sin duda están induciendo; por lo tanto el artículo 42.1 literal a, del Código Orgánico Integral Penal, que trata la autoría mediata, confunde los fundamentos de la inducción con los de la autoría mediata, en virtud de que la autoría mediata encuentra su soporte, primeramente en que quien tiene el dominio del hecho es el sujeto de detrás y en su lugar en la inducción el dominio del hecho lo tiene el autor del delito, y por lo tanto la inducción es una forma de participación ya que el inductor carece del dominio del hecho.

“En la autoría mediata se puede dominar un hecho como sujeto de detrás forzando al ejecutor a la realización del tipo, y se domina la voluntad en virtud de la coacción. Luego, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo, y se domina la voluntad en virtud del error. Y, por último, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da ordenas, de un aparato organizado de poder, de los órganos de ejecución intercambiables y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho, dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Claus Roxin *Derecho Penal Parte General* tomo II, Primera Edición Thomson Reuters- Civitas, año 2014, pág. 85.

Por lo que podemos concluir con certeza que el literal a del numeral 2 del artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, que trata la autoría mediata, en realidad lo que trata es la inducción.

Así mismo, el artículo 42.2.b del Código Orgánico Integral Penal, confunde nuevamente a la inducción con la autoría mediata, ya que: “es posible considerar como idóneo cualquier medio en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: convencimiento, ruego, la promesa de una recompensa, un consejo cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica de un bien jurídico”. Edgardo Alberto Donna, *La Autoría y la Participación Criminal*, Editorial Comares, S.L. Granada 2008, pag.128.

Justamente, el precio, la dádiva, promesa, ofrecimiento, que consagra el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 42.2.b, es lo que fundamenta los medios de inducción según establece el Profesor Edgardo Alberto Donna, por lo que entonces jamás podemos hablar de

autoría mediata sino de inducción en este caso, por lo tanto aquí también se confunden conceptos básicos.

Para finalizar el análisis, tomaremos el literal c y d del artículo 42.2 del Código Orgánico Integral Penal, donde a mi criterio se pretende en algo tipificar la autoría mediata, ya que los fundamentos esenciales de la misma, son el dominio de la voluntad por coacción, donde el sujeto de detrás domina el hecho forzando al sujeto de delante a la realización del tipo penal; el dominio de la voluntad por error, donde el sujeto de detrás por engaños al sujeto de delante, lleva a cabo el plan delictivo del primero; y, el dominio de la voluntad, en virtud de los llamados aparatos organizados de poder.

Por lo dicho, considero que el Código Orgánico Integral Penal, en el literal c del artículo 42.2, no tipifica de manera clara la autoría mediata, ya que no encierra todos los fundamentos básicos de ésta y que expuse en líneas anteriores.

Así mismo, considero que el Código Orgánico Integral Penal, en el literal d del artículo 42.2, es muy escueto en pretender fundamentar una autoría mediata, en cuanto a las organizaciones delictivas, ya que las circunstancias constitutivas de la autoría mediata en cuanto a los aparatos organizados de poder se fundamenta en lo siguiente:

1.- Aparato organizado al margen del derecho, donde el mismo por lo general es estatal y actúa en concordancia con los fines políticos del régimen vigente en un determinado país y acomodan las normas jurídicas a conveniencia del proyecto político que se lleve a cabo, por eso es que estos aparatos no están siempre al margen de la ley, y es por este dato que no es menor, que el juzgamiento de las posibles conductas delictivas desplegadas por los mismos, se tiene que realizar luego de que el régimen vigente deje el poder, solo así se podrá establecer si el aparato organizado de poder actuaba al margen del derecho.

2.- Aparato organizado con estructura jerárquica y superior con poder de mando, donde el superior jerárquico es el que tiene el dominio del hecho, en función del poder de mando que tiene éste para que se ejecuten sus órdenes con total independencia de quienes lleven a cabo la conducta delictiva; estructura donde no tiene importancia alguna quien cumplirá la orden, lo que interesa en suma, es que se ponga en marcha el aparato para que la organización cumpla con su fin delictivo. (Automatización del funcionamiento de la organización).

“Tampoco resulta relevante, de cara a la tesis planteada por ROXIN, si el superior se ubica en medio o en la cúspide de la cadena de mando, porque lo que determina su calidad de autor mediato es la capacidad de poner en marcha el aparato para que se cumpla con su instrucción. Así podrá ser autor mediato el jefe máximo, o los mandos medios, en todo caso quien tenga el dominio de la organización. Se puede verificar, en ese sentido varios autores mediatos en el curso de la orden. Pero si dentro de la cadena de mando alguno de los miembros de la organización transmite o emite la orden sin tener la capacidad de poner en marcha el aparato, sin tener el dominio de la organización, no será autor mediato sino cómplice o determinador.

Esta estructura jerarquizada es la que determina la relación vertical que opera entre el sujeto de detrás y el ejecutor, y a raíz de la cual este último no tiene alternativa distinta a cumplir,

aunque lo haga, a su vez en forma voluntaria.” Paula Cadavid Londoño, Coautoría en Aparatos Organizados de Poder de Carácter Delincuencial. Universidad de los Andes Grupo Editorial Ibáñez 2013 Bogotá- Colombia. ps. 184-186.

3.- Fungibilidad del ejecutor, se fundamenta en la estructura y funcionamiento de la organización, donde el propio instrumento, esto es, los aparatos organizados estructuralmente son los que cumplen las órdenes del sujeto de detrás quien tiene el dominio del hecho y es por lo tanto el autor mediato, no interesa en suma si uno de los órganos no cumple con su tarea inmediatamente otro lo hará, esto es lo que fundamenta la fungibilidad de los ejecutores.

### **2.3.1 Concepto.-**

“Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato”.<sup>71</sup>

Siendo el dominio de la voluntad, lo que fundamenta la autoría mediata.

### **2.3.2 Elementos concurrentes de la autoría mediata.-**

Para la existencia de la autoría mediata se deben reunir diversas condiciones, tales como:

“En primer lugar, el dominio del hecho debe tenerlo el hombre de detrás, pues si lo posee el instrumento o lo comparte éste con aquel, o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de personas en el hecho punible.

En segundo lugar, el instrumento debe encontrarse subordinado al hombre de detrás, lo cual significa que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en este último y referirse solo a él.

En tercer lugar, 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 un elemento subjetivo del tipo de carácter especial (delitos de intención), pues en ellos no cabe la autoría mediata”.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Enrique Bacigalupo, Ob. Cit. ps. 189-191.

<sup>72</sup> Álvaro Enrique Márquez Cárdenas, Ob. Cit. Ps. 34-35.

### **2.3.3 Casos de autoría mediata.-**

Enunciaremos algunos casos de autoría mediata como complemento de lo dicho en el dominio de la voluntad tratado en el primer capítulo, esto para fundamentar de manera adecuada la Teoría Dominio del Hecho en el Derecho Penal, así tenemos:

### **2.3.4 Casos en que el instrumento actúa sin dolo.-**

“La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera. Ejemplos: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de la jeringa para inyectar a otro una dosis mortal. El dolo del instrumento faltará siempre que este obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Ejemplo: A incita a B a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca de C —que está de acuerdo en la prueba— con un disparo de revólver. B acepta con idea de ganar la apuesta. Dispara y mata a C. Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, B ha tenido el dominio del hecho: A no es autor mediato”.<sup>73</sup>

### **2.3.5 Ausencia de responsabilidad del instrumento.-**

“También se dará un supuesto de autoría mediata cuando el instrumento actúe típica y antijurídicamente pero no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. Es el caso, según Gossel, del hombre de atrás, que es la fuente de peligro bajo cuya presión el instigado comete su acción. También es el caso del sujeto que actúa coaccionado, esto es, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible. Se ha considerado que el autor inmediato obra como un instrumento pues no tiene libertad de acción. En esto se diferencia con la mera inducción.

Se puede afirmar que el llamado autor de adelante tiene un mínimo de libertad, pero esta no le alcanza para dejar de ser un instrumento del autor de atrás, ya que es una libertad irrelevante para el Derecho. Sería el caso de la mujer embarazada A que es obligada por B, mediante amenazas graves, a ingerir un medio abortivo. La mujer es la ejecutora del aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho. B no es mero instigador, sino autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre A. también es el caso del padre que es obligado, mediante el secuestro de su hijo, a transportar estupefacientes hacia una ciudad del extranjero, bajo amenaza de que si no lo hace mataran a su hijo. Cuando el padre transporta los estupefacientes en esas condiciones, si bien lo hace

---

<sup>73</sup> Enrique Bacigalupo, Ob. Cit. ps. 191-192.

con un mínimo de libertad, ésta no es suficiente para hacerlo responsable por su hecho, pues quien mantiene el dominio final es el secuestrador”.<sup>74</sup>

### **2.3.6 Falta de culpabilidad del instrumento.-**

“Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. Aquí debemos distinguir dos supuestos: I) que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad); II) que el instrumento obre en error de prohibición.

En el caso del instrumento que obra en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) (por ejemplo enfermo mental) no ofrece, en principio, problemas. Pueden resolverse también casos de instigación, si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de autoría mediata. Sin embargo, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad sólo habrá instigación.

En el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable, la solución es la misma pues le ha faltado al instrumento capacidad para obrar de otra manera, mientras el autor mediato es tal, precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata”.<sup>75</sup>

#### **-Mi posición personal es la que sigue:**

El dominio del hecho en la autoría mediata tiene su fundamento cuando un sujeto (sujeto de detrás), se sirve de otro (instrumento), para la realización del hecho punible doloso.

Por lo tanto el dominio de la voluntad, es lo que caracteriza a la autoría mediata.

La autoría mediata se funda en primera instancia cuando el hecho es dominado por el sujeto de detrás construyendo al ejecutor a la realización del tipo penal (dominio de la voluntad en virtud de la coacción). Por ejemplo, A tiene secuestrado al hijo de B, y éste es obligado por A bajo amenaza de matar a su hijo, si éste, ósea B no mata a C por un dinero que le debe a A fruto de un robo que cometieron A y B. También se da el caso cuando el sujeto de detrás engaña al sujeto de delante que es quien ejecuta el hecho delictivo, instrumento que actúa bajo error, (dominio de la voluntad en virtud del error). Por ejemplo el médico que se sirve de la enfermera para inyectar a su paciente una dosis de veneno letal, ignorando la enfermera el contenido de la jeringa. Y, finalmente, el dominio de la voluntad en los llamados Aparatos Organizados de Poder, que se fundamenta en un aparato organizado al margen del derecho, con una estructura jerárquica y superior con poder de mando, donde el superior jerárquico es el que tiene el dominio del hecho y la Fungibilidad del ejecutor, que se basa en que cuando si uno de los órganos que está a disposición incondicional del superior jerárquico, no cumple

---

<sup>74</sup> Edgardo Alberto Donna, Ob. Cit. Pág. 56.

<sup>75</sup> Enrique Bacigalupo, Ob. Cit. Pág. 193

con su tarea inmediatamente otro lo hará, esto es lo que funda la fungibilidad de los ejecutores.

## **2.4. Coautoría.-**

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 42 numeral 3, trata la coautoría de la siguiente manera:

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.

### **COMENTARIO:**

#### **Coautoría.-**

“El dominio del hecho en la coautoría se fundamenta en la existencia de un plan común, en la ejecución del hecho delictivo en función a la división de trabajo y en la tarea o aporte esencial en la realización del plan común que tiene que configurarse en la fase ejecutiva.

De esta estructura resultan los tres requisitos centrales de la coautoría. En primer lugar debe existir un plan conjunto o común del hecho: pues una división de trabajo, una “comisión conjunta” presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar en segundo lugar una ejecución conjunta, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva; no basta una intervención en la preparación, ya que quien colabora sólo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. Se debe prestar en tercer lugar una contribución esencial en fase ejecutiva; pues sólo entonces posee la intervención una función relevante para el éxito del plan del hecho”. Claus Roxin Derecho Penal Parte General tomo II, Primera Edición Thomson Reuters- Civitas, año 2014, pág. 147.

Considero que el Código Orgánico Integral Penal, si encierra los fundamentos esenciales de la coautoría, ya que al decir el tipo: “quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal”, nos da a notar una (ejecución conjunta- plan común) “practicando deliberada e intencionalmente”, estos es (dolosamente) “algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”, denota un (aporte esencial en la realización del plan acordado).

El dominio del hecho funcional claramente es aplicado al tipificar la coautoría en el Código Orgánico Integral Penal, el tipo está estructurado en función al dominio de la acción, acorde a lo analizado en sus elementos constitutivos.

#### **2.4.1 Concepto.-**

“Son coautores los que toman parte en la ejecución del hecho, codominándolo. Según Jakobs, existe coautoría cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo.

Los elementos de la coautoría serían según este criterio dos: la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor.”<sup>76</sup>

#### **2.4.2 Elementos concurrentes de la Coautoría.-**

“Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales, deben ser considerados autores, puede ser que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá mayor problema. Esta es la autoría plural que se conoce con el nombre de autoría concomitante (o paralela), cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular.

No habrá de ser, pues, el caso de la autoría concomitante o paralela el que ofrezca dificultades, sino aquél en que la pluralidad de autores se presente en la forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho, esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una división de la tarea, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. Así, si en el robo a un banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos cometen el robo.

Así como vimos que en la autoría mediata se requería un dispositivo legal para poder construir el concepto de autor abarcando a los autores mediatos, pues de lo contrario la construcción de la autoría mediata podría ser violatoria del principio de legalidad, también en la coautoría funcional se requiere una base legal, porque de lo contrario, puede parecer arbitrario pretender que quien no realiza más que una parte del acto típico, sea autor. El dispositivo legal funciona en este caso como un amplificador del tipo en forma eventualmente plurisubjetiva.

El requerimiento de una base legal no implica que la coautoría funcional sea una creación del legislador. Por el contrario, también esta forma de autoría tiene una clara base óptica, sólo que cuando de extensiones de la autoría delimitada en los tipos se trata, por mucho que haya una base óptica para ella, es muy saludable que la misma sea reconocida por el legislador, lo que ahorra el esfuerzo de una construcción más compleja y proporciona una mayor garantía de certeza jurídica.

---

<sup>76</sup> Edgardo Alberto Donna, Ob. Cit. Pág. 42.

No obstante lo dicho, cabe insistir en que la tipicidad eventualmente plurisubjetiva, esto es, la actuación en común, no es una creación de legislador, sino que éste se limita a aclarar que amplía el tipo hasta abarcar formas de autoría que son ópticamente conocidas. La finalidad tampoco en esas conductas se convierte en una ficción, porque nadie pretende que todos tengan una finalidad única, sino una finalidad común, que es lo que da sentido convergente a las diferentes acciones.

Corresponde a la doctrina establecer cuándo un sujeto toma parte en la ejecución del hecho -es decir, es autor-, y cuándo se limita a cooperar o auxiliar a los autores, o sea, es cómplice.

La co-autoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro objetivo: el primero es la decisión común al hecho y el segundo la ejecución esta decisión mediante división del trabajo. Ambos aspectos son imprescindibles.

La decisión común al hecho es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución, toda vez que la misma resulta común y no individual. No obstante, como la decisión común al hecho no puede identificarse con el acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice), vuelve a reaparecer el problema central de la autoría:

¿es la "decisión común" una fórmula hueca que enmascara el animus auctoris de la teoría subjetiva? Para los criterios subjetivos la respuesta afirmativa se impone. Pero, "una teoría del autor final-objetiva puede optar por la otra posibilidad y partir de la contribución al hecho como tal, de la clase de co-realización de la conducta. Solo conforme a ella podrá decidirse si el individuo ha tomado parte en el dominio del acto y, consecuentemente, si es coautor". El punto central yace, de este modo, en el segundo requerimiento de la coautoría: la realización común de la decisión al hecho.

Siendo ésta la pregunta decisiva, es la que requiere urgente respuesta, la que no siempre resulta del todo clara: ¿Qué clase de contribución al hecho configura "ejecución típica"?

Las dudas surgen en varios casos concretos: se hace dudoso el carácter que asumen las figuras del "entregador", es decir, de quien proporciona los datos que son imprescindibles para la ejecución del hecho; la del "campana", que monta guardia para avisar si alguien, se acerca para interrumpir la tarea; la del chofer en el hurto o en el robo; etc. En cada uno de estos casos cabe preguntarse si la contribución del sujeto es una participación en la ejecución o una cooperación con quienes participan en la ejecución.

La respuesta la dará en cada caso la referencia al dominio del hecho que, atendiendo a lo que se ha dado en llamar "autoría funcional", no puede determinarse en abstracto, sino que en cada caso se investigará si la contribución "en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado", según que con él el "completo emprendimiento permanezca o caiga".

No puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al plan del hecho. Sin tener en cuenta la forma en que los sujetos han planeado concretamente el hecho, no podrá determinarse quién realizó una contribución a la ejecución y quien se limitó a ayudar a los ejecutores. Teniendo a la vista el plan concreto del hecho sabremos con certeza si el dominio del mismo estuvo en algún momento ejecutivo en las manos del sujeto, es decir, si de su actividad dependió el éxito o el fracaso de la empresa. Así, en el caso de los dos asaltantes al banco, veremos que del aporte de ambos resulta el éxito del plan, porque en cualquier momento el que amenazaba a los presentes pudo guardar el arma y hacerlo fracasar, al igual que quien recogía el dinero, pudo no hacerlo y tampoco se hubiese podido llevar adelante el plan. Dicho de una manera más simple: será co-autor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un co-autor.

Conforme a este principio, veremos que en los casos dudosos, como por ejemplo, es el del chofer en el robo, será co-autor si se trata de un asalto en que se debe operar con celeridad y explotando la sorpresa, lo que requiere el vehículo para desaparecer al punto, en tanto que será un simple cómplice cuando se trate del que sigue a la distancia al vehículo en que viaja el "carterista" para trasladarlo más rápido y facilitarle así su tarea. En el caso del "campana" sucede algo análogo: si el hecho tiene lugar en sitio concurrido, en que sin el "campana" sería inmediatamente descubierta la actividad, parece claro que el campana es co-autor, pero si el "campana" actúa sólo para una mayor tranquilidad será un cómplice.

Distinto es el caso del entregador, porque si bien su aporte es indispensable, lo cierto es que el entregador toma parte en el planeamiento pero no en la ejecución del hecho. Nuestra ley (Argentina) es clara a este respecto y, conectando la disposiciones legales, resultará claro que el "entregador", por más que hace un aporte indispensable, puesto que la información puede ser indispensable para la ejecución, dado que sin la información y la planificación la ejecución sería imposible, actuará en una etapa previa a la ejecución, que sólo es preparatoria, por lo que, según el caso, será cómplice o instigador, pero, no podrá ser co-autor.

Con lo dicho, estamos en condiciones de precisar que en la co-autoría funcional hay una "imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común al hecho" por lo que no cabe asimilar en ningún momento la co-autoría funcional con la autoría mediata. Consecuencia directa de este principio es que en la co-autoría no se alteran las reglas generales del error, porque ninguno de los autores es instrumento del otro, sino que todos son "ejecutores".

Lo importante para la co-autoría, como que es un concepto óntico, no es la realización común de un tipo, sino de un "hecho", pudiendo encuadrar la conducta de los diferentes co-autores en distintos tipos. Esto bien puede dar lugar a que la conducta de un sujeto, que considerada aisladamente estaría justificada, considerada como parte de una empresa común, permanezca antijurídica. Así, si A y B se ponen de acuerdo para que A provoque un incendio en casa de C, que le permita a B penetrar en la misma para

apagarlo y de este modo violar el domicilio de C con otro fin cualquiera, veremos que la conducta de B, prescindiendo de la decisión y ejecución común con A, estaría justificada, lo que no sucede en el caso contrario, puesto que no puede considerarse a B como "extraño" al mal que quiere evitar. Si en lugar se tratase de una legítima defensa, en que A y B se pusiesen de acuerdo, para que A provoque a C, a efectos de que C le agrede y B pueda defenderlo, la solución sería distinta, porque, de cualquier manera, B no habría "participado" en la provocación.

Una de las dudas doctrinarias más serias que se han planteado es la referida a la llamada autoría sucesiva. En general, puede admitirse que la coincidencia entre los varios autores no se impone desde el principio mismo de la realización típica (el llamado "complot") sino que también puede tener lugar durante el hecho y aún después de la realización parcial del tipo por el otro o por los otros.

El problema no es la admisión de la posibilidad en sí misma, pues es poco menos que obvio que se puede ser co-autor interviniendo cuando ya se ha iniciado la ejecución de un hecho, es decir, cuando media una ejecución parcial. El problema consiste en saber si se le puede imputar al sujeto la parte del hecho ya cumplida, lo que en modo alguno es sencillo de resolver. La pregunta siempre tiene importancia, porque aun cuando se tratare de una misma tipicidad para todos los co-autores, siempre habrá una distinta magnitud del injusto, que va aumentando con el avance de la ejecución. Por otra parte, bien puede acontecer que el hecho ya se encuentre consumado, pero aún no se haya agotado su ejecución, como es el caso del sujeto que ya se ha llevado cosas, pero vuelve al lugar a cargar más cosas. En tal caso la doctrina también admite la posibilidad de co-autoría, pero sigue sin ser ese el problema, sino el ya señalado interrogante respecto de la cuantía del injusto, pues a medida que avanza la ejecución hacia el agotamiento la lesión al bien jurídico va siendo mayor.

La pregunta consiste en saber si a este co-autor se le imputa también la parte del hecho ya realizada al tiempo de su incorporación a la empresa delictiva. La respuesta a este interrogante se complica cuando en la parte ya ejecutada ha habido circunstancias típicas de mayor gravedad.

Creemos que en ningún caso es admisible que se considere típica del tipo calificado la conducta del que toma parte en la ejecución cuando ya ésta ha comenzado, en base a circunstancias que se hubiesen realizado con anterioridad a su advenimiento al hecho. Más aún: creemos que de ninguna manera se le puede considerar co-autor de la parte del hecho ya ejecutada, como no sea por una ficción jurídica. La tipicidad presupone, como mínimo, un aspecto objetivo que se funda en la causalidad, pero en este caso el sujeto no ha causado ninguna de esas circunstancias. Si bien es cierto que no todo causante es autor, no es menos cierto que no hay autor que no sea causante, y esto es lo que aquí se pretende, cuando se quiere afirmar que la conducta del sujeto es típica de actos que no ha realizado directamente, que tampoco ha determinado a otro a que los realice ni que realizó otro por efecto de una distribución de tareas en una empresa común, sino que, mientras se realizaban, el sujeto bien podría tener una ignorancia absoluta de los actos y del plan mismo. Al faltarle a esas circunstancias la tipicidad objetiva respecto del autor que se incorpora al plan posteriormente -porque no hay causalidad entre su

conducta y esas circunstancias no puede haber tampoco tipicidad subjetiva, es decir, dolo. El conocimiento posterior de lo realizado nunca puede ser el dolo.

Por consiguiente, quien se incorpora a un grupo de co-autores que han roto una puerta y se están llevando cosas, y toma a su cargo una parte de la tarea de apoderamiento, solo realizará una conducta típica de hurto, porque la fuerza en las cosas ya estaba hecha y acabada cuando él ingresó al plan criminal. Conoce y aprovecha la fuerza previamente realizada, pero eso será hurto calamitoso, más nunca robo. Distinto es el caso en que la circunstancia agravante ya se realizó, pero se mantiene en forma continuada, como sucedería cuando el sujeto se incorpora a los autores que tienen encerrada al sereno en el baño y actúa mientras los otros lo mantienen en esa situación; aquí hay una concomitancia de la circunstancia agravante continuada con la actuación del sujeto como autor.

Se ha observado certeramente que la solución que pretende atribuir al co-autor que interviene posteriormente las conductas realizadas por sus co-autores antes de su incorporación a la empresa común, ha caído en el error de pretender resolver un problema de autoría aplicando los principios generales de la participación, es decir, el principio de la accesoriedad. Esta crítica es sumamente razonable, porque en la participación hay un hecho principal, que es la conducta que está realizando el autor, y el partícipe despliega una actividad accesorias que, en cualquier momento en que comience a desplegarla, siempre será accesorias de esa conducta principal.

Así, quien coopera con el que está robando, incurre en una complicidad de robo, sin que importe si el otro realizó la fuerza antes de recibir la cooperación o después, bastando sólo con que conozca la naturaleza y circunstancias de la conducta en que coopera. Pero esto, que es válido en la participación, no lo es en la co-autoría, donde no opera el principio de accesoriedad, sino que todos en común llevan a cabo la empresa criminal”.<sup>77</sup>

**-Mi posición con respecto al tema es el que sigue:**

El dominio del hecho en la coautoría es funcional, por la existencia de un plan común en el estadio preparatorio; así como, la división de roles, trabajo o tarea; la ejecución del hecho delictivo debe ser conjunto; y, fundamentalmente el aporte ejecutivo tiene que sin duda ser esencial dentro del plan común, de tal manera que si uno de los intervinientes no cumpliera con lo acordado, la empresa delictiva no tuviera éxito, este aporte esencial en la realización del plan común tiene que configurarse en la fase ejecutiva para la consecución del plan concreto.

Si la intervención es únicamente en la fase preparatoria, no existirá coautoría porque el sujeto no tendría el dominio del hecho; esto es, no sería figura central del acontecer, no tendría en

---

<sup>77</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni, ob. Cit, ps. 329-340.

sus manos la rienda del curso causal y se vería relegado al actuar de quienes ejecutan el hecho delictivo y tienen por tanto el dominio del hecho.

En la coautoría se da el dominio funcional del hecho porque en ésta todos codominan el hecho, tienen una función insustituible ya que si uno de los intervinientes no ejecuta lo acordado en el plan, la empresa criminal no tiene éxito.

La contribución tiene que ser esencial con actos ejecutivos trascendentales para la consecución del delito planificado en común.

## **2.5 Análisis caso práctico.-**

Citamos dos sentencias emitidas por los Tribunales de Garantías Penales de la Ciudad de Cuenca.

### **-SENTENCIA NUMERO 1.**

EXPEDIENTE: 54 -2012 JUEZ PONENTE: DRA. CECILIA JARA TAPIA SEGUNDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY.- Cuenca, 04 de Junio del 2012. Las 16:00.- VISTOS.- Convocados los sujetos procesales a audiencia de juicio, para resolver la situación jurídica de los acusados BOLIVAR FRANKLIN CEDILLO ZARUMEÑO Y CRISTIAN FERNANDO VINTIMILLA GALVEZ, a quien Fiscalía General del Estado le acusa por el delito de HURTO, ilícito tipificado en el Art. 547 del Código Penal, sancionado en el Art. 548 del mismo cuerpo legal; y habiendo cumplido con la evacuación de pruebas y practicado el debate luego de las exposiciones expuestas, el Tribunal de conformidad a lo previsto en el Art. 305 del Código de Procedimiento Penal ha llegado a la conclusión con resultado condenatorio para el acusado y en cumplimiento de lo establecido en el Art. 306 del mismo cuerpo de ley, la sentencia se reduce a escrito, con la siguiente motivación: PRIMERO.- El proceso es válido en virtud de que no se ha vulnerado derechos fundamentales, especialmente el derecho de defensa, ni se ha omitido solemnidades esenciales que pudiera afectar la validez de la causa. SEGUNDO.- TEORIA DEL CASO: El representante de Fiscalía General del Estado, Dra. Julia Elena Vásquez, indica: que el día 22 de noviembre de 2011 aproximadamente a las 13:00 en el almacén que se dedica a la venta de accesorios para vehículos que estaba atendiendo Andrés Vicente Vera Vanegas quien le había encargado su padre que es propietario del almacén Vicente Accesorios, ubicada en la Avenida Ricardo Duran, parroquia Baños de esta ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, llegando en una camioneta Chevrolet Luv doble cabina placas ICC-487, los ciudadanos Cristian Vintimilla, Franklin Cedillo Zarumeño y Ulises Juárez Tantarico, ingresan al local y solicitan al señor Andrés Vera Vanegas que necesitaba unas llantas para la camioneta que estaban en ese momento manejando, también pidieron llantas para un vehículo que decían que poseían; en esta circunstancia el joven Andrés Vera Vanegas les indica dos llantas para la camioneta marca Crosscontact R16 y cuatro neumáticos para un automóvil, marca maxxis R15, estas personas señor Franklin Cedillo Zarumeño y Ulises Juárez Tantarico y Cristián Vintimilla se encontraban parado junto al vehículo manifestaron que iban a pagar en efectivo, mientras el negociaba sobre los neumáticos, cuando llega en un vehículo chevrolet Corsa de

placas PIL-931 color gris se conoce que es de propiedad de Franklin Cedillo Zarumeño, manejado por José Adrian Cedillo Zarumeño, quien llama a Vicente Andrés Vera Vanegas quien se parquea el vehículo en el lugar destinado del almacén y le indica que necesita unas tapas para los neumáticos; el joven Vera le dice que espere ya que está atendiendo a otras personas que están comprando unas llantas pero que ya le atendía, sin embargo el señor José Adrian Cedillo Zarumeño insiste que le acompañe al automóvil y el joven Vera se dirige hacia el automóvil, se da cuenta y puede ver que el señor Franklin Cedillo Zarumeño y Ulises Juárez Tantarico se habían llevado los seis neumáticos hacia la camioneta que estaba estacionada también al pie del almacén, los cuales huyen con dichos neumáticos con dirección al Colegio Borja, al ingresar el señor Andrés Vera al almacén se da cuenta que no solamente se había llevado los seis neumáticos que les había ofrecido en venta y que estaba en exhibición, sino también se había llevado un teléfono celular de su propiedad que lo había dejado sobre el escritorio y la cantidad de seiscientos dólares que estaba en un cajón del escritorio sin la seguridad; y al querer pedir ayuda a la supuesta persona que había llegado como cliente que se trataba del señor José Adrian Cedillo Zarumeño se había huido inmediatamente en el vehículo en dirección a Baños, empieza a pedir ayuda a sus vecinos y en eso una persona no identificada le pregunta que había pasado comenta que le acaban de sustraer las llantas, teléfono y dinero; esa persona le pregunta si se trataba de una camioneta grande doble cabina ha tomado el número de las placas de la camioneta y que era ICC-487, con esa información se da aviso a la policía y comienza la búsqueda de la camioneta y el vehículo chevrolet corsa que no se sabía las placas, y es así que por el sector del Tiempo en las calles Rodrigo de Triana y la Rábida, agentes de policía judicial ubican la camioneta placas ICC-487 en la que llega Cristián Vintimilla Gálvez manejando y de la cual bajan Ulises Juárez Tantarico y José Adrian Cedillo Zarumeño y descargan los seis neumáticos e ingresan los dos a una casa en las calles indicadas; mientras que Cristian Vintimilla, abandona el lugar en la camioneta señalada en precipitada carrera, se había dirigido a un casa ubicada en la calle la Floresta sector Miraflores, también es visto por agentes de la policía y al darse cuenta de la presencia policial huye del lugar. Los agentes de la policía se quedan vigilando en esa casa del sector del Tiempo y observan posteriormente que llega un vehículo Aveo plomo del que se bajan dos personas: Jorge Cabrera y Mayra Pérez Naranjo e ingresan a la misma casa; posteriormente en esa vigilancia siguen los agentes de policía judicial y observan que un vehículo chevrolet corsa de placas PIL-931 que había sido descrito en el lugar de los hechos, llega el señor Cristian Vintimilla y Franklin Cedillo Zarumeño quien manejaba ese vehículo; los agentes de policía, con el señor Fiscal de turno proceden a ingresar a la casa, puesto que estaban frente a un delito flagrante y encuentran en el interior a los ciudadanos Cristián Vintimilla, Franklin Cedillo Zarumeño, Ulises Juárez Tantarico, José Adrián Cedillo Zarumeño, mas Mayra Pérez Naranjo y Jorge Cabrera Zúñiga; encontrando en la sala los seis neumáticos que habían sustraído momentos antes al joven Andrés Vera Vanegas; este ingreso a la casa se realiza a las catorce horas; se encuentra en poder de Ulises Juárez Tantarico el teléfono Sony Ericsson que había sido sustraído al joven Vicente Andrés Vera Vanegas y en poder de Cristian Vintimilla Gálvez veinticuatro billetes de veinte dólares por lo que en ese momento de la detención se podía presumir que se trataba del dinero que había sido sustraído al almacén de Vicente Andrés Vera Vanegas. Estos son los hechos que la fiscalía ha presentado su acusación en contra de Cristian Vintimilla Gálvez y Franklin Cedillo Zarumeño por considerar que ellos intervinieron en la sustracción al joven Vicente Andrés Vera Vanegas de los seis neumáticos, de su teléfono celular y de los seiscientos dólares que tenía ese día como producto de la actividad del almacén e indica que los otros acusados Ulises

Juárez Tantarico y José Adrian Cedillo Zarumeño se acogieron al procedimiento abreviado existiendo ya una sentencia en contra de ellos. Teoría del caso del acusado Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño, a través de su abogado defensor Dr. Damián Palacios, quien manifiesta: que efectivamente fue a hacer una negociación de las llantas y en virtud de aquello se produjo el hurto de las mismas que posteriormente se le detuvo a su defendido en el domicilio antes indicado por fiscalía, hechos que se dio el 22 de noviembre de 2011 aproximadamente a las trece horas, esto sería en virtud de que su defendido no cometió delito alguno que esté relacionado con un robo agravado, no utilizo jamás fuerza, violencia, intimidación, no tuvo ninguna intención de lastimar ni de herir, más fue un caso fortuito que se presentó y se dieron los hechos de manera cómo fiscalía relata, en virtud de eso se tome en consideración la teoría de la defensa que va por el hurto en el día de los hechos que se suscitaron. Teoría del caso del acusado Cristian Fernando Vintimilla Gálvez, a través de su abogada defensora Dra. Sonia Urdiales, quien manifiesta: que en los días de los hechos el presto la camioneta de doble cabina ICC-487 a su amigo Franklin Cedillo, tomando en consideración la teoría del caso con el que acusa fiscalía en los hechos relatados es que no existe ningún acto comprometedor al decir que Cristian Vintimilla Gálvez es responsable del ilícito contra la propiedad del señor Vicente Vera por la sustracción en el local de accesorios de vehículos, específicamente tomando en consideración que la señora fiscal al momento de presentar su teoría inicial ha manifestado que supuestamente se acercó Vintimilla Gálvez manejando la camioneta pero de allí efectivamente no ha determinado que acto conducente a cometido su defendido y tomando la teoría del caso de la defensa del señor Cedillo efectivamente fue Franklin Cedillo quien realizó la negociación, cometió el ilícito de hurto, no existe ningún indicio de participación de Cristian Vintimilla Gálvez, la fiscalía no podrá probar, pues se necesita la materialidad de la infracción y también la responsabilidad de Cristian Vintimilla Gálvez por el delito que ha sido acusado por fiscalía, y su defendido se encuentra privado de su libertad desde el 22 de noviembre del 2011, han transcurrido más de seis meses del hecho fáctico, y es un delito de hurto, como lo explica la teoría del caso de fiscalía y se ha dado paso a los procedimientos abreviados para los otros coautores que se han beneficiado a las medidas alternativas, sosteniendo su principio de inocencia que fiscalía no podrá quebrantar.

**TERCERO.- PRUEBA APORTADA POR LAS PARTES: PRUEBA DE LA FISCALÍA:** La Fiscalía General del Estado, como sustento de su tesis acusatoria anuncia la siguiente prueba: a) Prueba documental: 1. Publicación de la página número uno de la publicación del diario el mercurio, de fecha 23 de noviembre de 2011, en donde se aprecia la foto del señor Franklin Zarumeño y del señor Ulises Juárez Tantarico; 2. Factura número 7797 de fecha nueve de septiembre de dos mil once a nombre de José Vicente Vera Cedillo de Vicente Accesorios por la venta de varios neumáticos entre ellos cuatro de marca Maxxis R15 valoradas en ochenta y dos dólares con ochenta centavos cada uno e igualmente copia certificada de la factura 66496 a favor de José Vicente Vera Cedillo por la compra de varios neumáticos entre ellos dos de marca Crosscontact R16 de un valor ciento noventa y nueve dólares con treinta y cuatro centavos cada uno, de fecha diez de noviembre de dos mil once; 3. Acta de allanamiento de fecha veintidós de noviembre de dos mil once siendo las trece horas con treinta y ocho minutos interviniendo el Dr. Juan Carlos López Fiscal de turno y la Dra. María Isabel Malo Flores secretaria de fiscales, en la casa ubicada en la calle Rábida y Rodrigo de Triana sin número, en dicha allanamiento se establece que en la planta baja en la sala se encontraba cuatro llantas marca Maxxis y dos llantas Crosscontact; 4. Copia a colores de la cedula de la señora Janeth Priscila Vaca Jiménez cónyuge del señor Franklin Cedillo Zarumeño, copia a colores de la cedula del señor Leonardo Miguel Malo Heredia y el original

del contrato de compraventa del vehículo Chevrolet Corsa de placas PIL-0931 a favor de la señora Janeth Vaca Jiménez; 5. El parte policial 1555 de fecha 22 de noviembre de 2011 a las catorce horas en lo principal donde indica que en poder de Cristian Fernando Vintimilla Gálvez se encontraron veinticuatro billetes de veinte dólares, entre otras cosas y en poder de Franklin Cedillo Zarumeño encontraron billetes de seis dólares y varios billetes de diez dólares; en poder de Ulises Juárez Tantarico un celular marca Ericsson; 6. Aclaración del parte firmado por el cabo Luis Chávez de que los billetes que encontraron en poder del señor Franklin Cedillo Zarumeño son de denominación de diez dólares que tiene relación con la evidencia cinco; 7. Sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, del juicio 70-2006 en contra de Cristian Fernando Vintimilla Gálvez, de fecha cinco de agosto de dos mil seis, en la que se encuentra ejecutoriada condenándole a seis años de reclusión menor por el Art. 563 inciso ultimo del mismo del Código Penal por el delito de defraudación ilegal de migrantes firmado por la Dra. Cecilia Crespo, Secretaria del Tribunal de fecha 22 de mayo de dos mil doce en razón de ejecutoriada; 8. Sentencia dictada por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, en el juicio 70-2009 en contra de Franklin Cedillo Zarumeño por el delito de robo, la misma se encuentra ejecutoriada en fecha 10 de junio de 2009, condenando a la pena de dieciocho meses de prisión correccional; 9. Sentencia dictada en contra de Cristian Fernando Vintimilla Gálvez por el delito de robo en el juicio penal 133-2010 debidamente ejecutoriada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales, condenando a seis años de reclusión menor firmada por la secretaria de este Tribunal.

b) Prueba Material:

1. El Reconocimiento del Lugar de los hechos y evidencias mediante informe 1011-2011;
2. El Reconocimiento, avalúo y revenido químico de la camioneta Chevrolet Luv ICC-487, del informe 831-2011;
3. El informe 213-2011 relacionado al reconocimiento del teléfono marca Ericsson;
4. El reconocimiento del lugar donde se suscitaron el hecho ilícito y avalúo de los neumáticos recuperados mediante informe 989-2011.

De acuerdo al art. 286.1 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal; los acusados a través de sus defensores y la fiscalía han llegado a acuerdo probatorio de la prueba documental y material presentada por la fiscalía sin presentar objeción, así mismo la prueba testimonial anunciada respecto a los testigos Dennis Iván Chamba Vega, Julio Cesar Tello Valle, Cesar Ñacato Donoso, Diego Cueva Asimbaya, Jaime Sánchez Tontag, Carlos Domínguez Esparza y Luis Oswaldo Yumbillo Ortiz; y, únicamente sujetan a contradicción de los testimonios de Andrés Vicente Vera Vanegas, Luis Gonzalo Chávez, Arnoldo Gualberto Gaibor Verdezoto, José Modesto Guamán Mendoza y José Vicente Vera Cedillo, para determinar la responsabilidad de los acusados Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño y Cristian Fernando Vintimilla Gálvez.

c) Prueba Testimonial

1. Andrés Vicente Vera Vanegas quien indica que le ayuda a su padre Vicente Vera Cedillo en el almacén Vicente Accesorios y manifiesta que el día 22 de noviembre de 2011 llegaron a las 12:30 a 13:00 tres personas desconocidas en una camioneta Chevrolet Luv color gris bajaron los tres señores, el uno se quedó en la puerta y los otros dos entraron a preguntar sobre unas llantas, solo se acuerda de una persona como vestía que estaba con pantalón jeans con una camiseta tomate a rayas reconociendo el recorte del diario el mercurio quien la fiscal dice que es el acusado Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño que fue reconocido por el ofendido y el otro que era un morenito y el que estaba en el carro era hombre bien alto y bien gordo; las dos personas, le pidieron dos llantas para la camioneta que estaba allí y otros cuatro para otro carro que le dijeron ellos, ese rato que estaban haciendo el negocio ya le estaban pagando todo, entonces llego otro señor en un vehículo corsa y le dijo que le muestre unas tapas para llantas, quien le manifestó que no tenía pero el señor insistió y se fue donde el señor para que viera por si acaso tenia, salió y vio las tapas y le dijo que no

tenía y observó que el señor que se había bajado, es decir el que estaba haciendo negocio, y el otro que le acompañaba, estaban cogiendo las llantas y se fueron con los neumáticos, entró a ver si estaba el dinero y como no estaba allí fue a pedir auxilio llamando a la policía; en eso un señor que estaba en una parada de bus justo en el negocio le pregunto si era de la camioneta gris, que había visto las placas del carro, se llevaron seis neumáticos que había hecho el negocio, si le entregaron dinero que lo guardó en un cajón, miró y constató que no se encontraba el dinero, solamente unos dólares de un dólar, eran parte del dinero que le pagaron y otra parte que tenía, eran unos seiscientos dólares que le pagaron y en billetes de veinte, se llevaron también el celular Sony Ericsson gris que estaban encima del escritorio reconociendo el que presentó la fiscalía ya que tenía imágenes suyas y archivos que hacia practicas; el señor que pedía las tapas llegó en un vehículo corsa, tendría unos 30 años de edad, cuando él salió esa persona estaba dando retro y como estaba pidiendo auxilio se fue, los de la camioneta se fueron en dirección al sector control sur, cuando pidió auxilio estaba hablando con la policía cerrando el local y esperó que llegaran ellos; luego le llamaron la policía judicial para que se acercara a una casa por el sector del El Tiempo por lo que se fue con su papá, solo recuerda que era atrás del El Tiempo, le hizo entrar a esa casa un policía y observó que estaba las seis llantas y el policía le indico que estaba allí el celular y el dinero, reconociendo en la sala de audiencias las llantas sustraídas, no le amenazaron, no estaban con armas, no rompieron nada, reconoce al señor Franklin Cedillo Zarumeño a la persona con quien hizo el negocio. Al contrainterrogatorio por parte del coacusado Cristian Vintimilla a través de du abogada defensora quien dice que le canceló por los neumáticos el señor de camiseta negra (Franklin Cedillo) el que estaba esperando cerca del carro estaba de espalda y era muy alto y gordo por lo que no puede identificarlo, las llantas eran cuatro de marca Maxxis R15 y dos de Crosscontact R16, el otro sujeto no entro al local solo estaba fuera del almacén; 2. Luis Gonzalo Chávez Morocho, policía judicial quien dice que el día 22 de noviembre de 2011 se encontraba trabajando normalmente en compañía del cabo primero de policía Arnoldo Gaibor y escucharon un reportaje a través de la central de radio patrulla en el que informaba que se había suscitado un robo de seis neumáticos por el sector del Colegio Borja a un local de accesorios de vehículos, por lo que procedieron a organizar la unidad de inteligencia de los agentes de policía judicial y a la altura de las calles Rodrigo de Triana y Rábida encontraron una camioneta chevrolet liv doble cabina de placas ICC-487 que había sido indicada por la central de radio e igualmente había indicado que había participado otro vehículo chevrolet corsa color beige, observaron que de la camioneta chevrolet liv color gris se bajaron dos sujetos con los seis neumáticos e ingresando al inmueble y la camioneta inmediatamente salió del lugar en alta velocidad, posteriormente le identificaron a Cristian Vintimilla Gálvez era quien conducía la camioneta, los que se bajaron eran los ciudadanos Franklin Cedillo Zarumeño y un Ulises Juárez Tantarico, con ese particular se comunicó a la unidad policial para que les colabore y de igual manera para que conozca el fiscal de turno, por lo que siguieron vigilando la dirección; luego llegó un automóvil Aveo color gris de placas PLL-3183 en cuyo interior se encontraban una pareja bajándose del auto e ingresaron en el mismo domicilio, para constatar que se trataban de Jorge Cabrera Zúñiga y Mayra Pérez Naranjo; luego de transcurrido un tiempo llego un vehículo Corsa de placas PIL-0931 después fue identificado que era Franklin Cedillo Zarumeño quien manejaba el vehículo acompañado de Cristian Vintimilla Gálvez quien reconoce en esta sala de audiencia como el que manejaba camioneta de placas ICC-487, una vez que hubo la colaboración respectiva se ingresó al domicilio y se encontró varias evidencias, inclusive las llantas que habían sido sustraída en el robo que había informado la central de radio patrulla, en el interior se

encontraba los ciudadanos Cristian Fernando Vintimilla Gálvez, Franklin Cedillo Zarumeño, José Adrian Cedillo Zarumeño, Jorge Cabrera Zúñiga y Mayra Pérez Naranjo; se encontraban en la sala cuatro neumático R15 marca Maxxis y dos neumáticos R16 marca Crosscontact, el señor fiscal pidió que acuda a los ofendidos al lugar para que reconozca los neumáticos y efectivamente identificaron los neumáticos que había sido sustraído, se encontró dinero en efectivo que también indicó el ofendido que había sido sustraído en poder de Franklin Cedillo Zarumeño y a Cristian Vintimilla se encontró una cierta cantidad billetes de diez dólares y la matrícula de la camioneta en la que se determinó que era plaqueado, una arma de fuego; el teléfono celular marca Sony Ericsson se encontró en poder del ciudadano Peruano Juárez Tantarico; indicando además que una vez que bajaron los ciudadanos con los neumáticos la camioneta se retiró, conducida por Cristian Vintimilla por lo que se informó de ese particular y como vieron que estaba yendo en alta velocidad por lo que procedieron a perseguirles y sigue por el trayecto de las Américas atrás de las bodegas de Eljuri donde trataron de detener a la camioneta cuando ingresaba a un inmueble pero se percató que le estaban siguiendo la unidad policial, huyendo atrás del parque de Miraflores y por el tráfico vehicular se había dado a la fuga, posteriormente se ubicó la camioneta por el sector de la ciudadela Puertas del Sol, el ofendido reconoció categóricamente indicando a las personas que habían ingresado al local que había sido Cristian Fernando Vintimilla Gálvez, Franklin Cedillo Zarumeño, Adrian Cedillo Zarumeño y el de nacionalidad Peruano Ulises Juárez Tantarico, reconociendo por las características físicas y por las ropas que vestían. Al contrainterrogatorio de Cristian Vintimilla a través de su abogada defensora dice unos cuarenta y cinco minutos llegó desde que salió Cristian Vintimilla para regresar al lugar donde se realizó el allanamiento; en ese momento se bajaron las tres personas para bajar los neumáticos el de nacionalidad peruano vestía una camiseta blanca, Cristian Vintimilla vestía una camisa de rayas azules; se hizo el allanamiento a las 12:30 a 12:45 los que ingresaron son agentes de policía judicial y el señor fiscal de turno; las evidencias se entregaron a criminalística; el no observó los hechos pero si le vio conduciendo la camioneta a Cristian Vintimilla; 3. José Vicente Vera Cedillo, propietario del local, quien dice que el día 22 de noviembre de 2011 a las 13:00 le había llamado su hermana quien le comento que le habían sustraído las llantas a su hijo en el almacén, por lo que acudió a ver qué es lo que pasaba pero cuando llego estaba cerrado el local y su hijo ya le habían notificado los policías que habían detenido a los que sustrajeron las cosas; su hijo le comentó que le habían sustraído el celular, dinero como quinientos a seiscientos dólares y seis llantas de marca Maxxis R15 y Crosscontact R16; se recuperó en las calles de atrás del sector del diario El Tiempo reconociendo las cosas sustraídas y que habían llegado en una camioneta chevrolet y un corsa; reconoce en la sala de audiencias los neumáticos ya que había comprado de acuerdo a las facturas que esta presentada como evidencia por parte de fiscalía; 4. Arnoldo Gualberto Gaibor Verdezoto Cabo Primero de policía quien dice que el día 22 de noviembre de 2011 antes de los allanamientos y detención de los acusados escucharon por la central de radio, a las once horas aproximadamente, que se había suscitado un robo en el sector de Baños y que los ciudadanos habían huido en una camioneta de placas ICC-487 y un vehículo automóvil plateado; que habían huido cuatro ciudadanos en esos vehículos llevándose seis neumáticos y dinero en efectivo, además decían que estaban armados, por lo que realizaron un operativo de búsqueda de los vehículos; cuando se encontraba en la calle Rodrigo de Triana y Rábida observaron una camioneta con las mismas características descritas, donde se estaciono frente a un inmueble, bajándose dos ciudadanos e ingresando al inmueble con las llantas; la camioneta salió del lugar con el conductor de tés blanca, contextura doble, identificándole

después a Cristian Vintimilla y los que bajaron a Juárez Tantarico y Adrian Cedillo; cuando salió la camioneta se pidió colaboración a los demás compañeros de la policía y en las calles la Loja y Don Bosco, por el sector El Tiempo habían observado que había salido del lugar por lo que procedieron a seguirle hasta el sector de Miraflores, luego se les pierde por la Turuhuaico y Américas eso le comentaron su compañeros, por la razón que seguía en la vigilancia del inmueble, después de unos minutos llegó un automóvil Aveo de placas PLL-3183 con una pareja, quienes ingresaron al inmueble, en la detención se idéntico como Jorge Cabrera Zúñiga y Mayra López Naranjo; y, siguieron vigilando pidiendo más unidades; después de cuarenta y cinco minutos a una hora llegó un vehículo automóvil corsa PIL-0931 en donde se bajaron dos ciudadanos el uno con las mismas características que conducía la camioneta quien después se les identificó como Cristian Vintimilla y Franklin Cedillo Zarumeño, se bajaron e ingresaron al inmueble, comunicando de esto a la central de radio. Llegando el señor Fiscal y con otras unidades se procedió a ingresar al inmueble encontrando a todas las persona que había indicado anteriormente y a la detención encontrando en su interior los seis neumáticos supuestamente sustraído por el sector de Baños, dinero en efectivo, joyas, electrodomésticos, teléfonos celulares; la policía había desarmado al señor Cristian Vintimilla una arma de fuego y algo de dinero, a Franklin Cedillo Zarumeño tenía el dinero manifestando que era de su propiedad; la camioneta no sabía en qué lugar estaba y Cristian Vintimilla colaboró llevándole al lugar donde se encontraba la camioneta que era en el sector del Rio Sol, la camioneta estaba con seguridades no se podía abrir ya que la chapa de la puerta del conductor estaba dañada y el acusado les dio abriendo y fue llevado el carro, teniendo las placas y las características que habían dado las víctimas de la sustracción; no se terminó allí el procedimiento ya que escucharon que otros compañeros en el sector de Miraflores en la avenida la Floresta había un inmueble de cuatro plantas donde se había estacionado la camioneta queriendo ingresar Cristian Vintimilla, dejando el señor fiscal a unos agentes para que realicen el informe y se fueron a Miraflores sector la Floresta por lo que ingresaron al inmueble y se encontró a la señora Valeria Mejía indicando ser conviviente del señor Juan Pablo Vintimilla quien en realidad se llama Cristian Vintimilla siendo la misma persona indicando que tenía una camioneta, un Aveo gris, un vehículo Suzuki rojo y una moto en el inmueble, además varios electrodomésticos que el acusado había llevado diciendo que eran de unos amigos. Al contrainterrogatorio de Franklin Cedillo Zarumeño a través de su abogado defensor dice que se encontraba el señor Jorge Cabrera Zúñiga, Cristian Vintimilla, Franklin Cedillo, Adrian Cedillo, Ulises Juárez Tantarico y Mayra López en el interior del inmueble; el que bajo los neumáticos fueron Adrian Cedillo y Juárez Tantarico. Al contrainterrogatorio de Cristian Vintimilla a través de su abogada defensora dice que a las 12:30 a 13:00, se encontró en el interior del inmueble lo siguiente: electrodomésticos, dinero, las llantas, armas de fuego, llaves de domicilio; que criminalística lleva la cadena de custodia; desconoce dónde están las cosas ya que solo hicieron el procedimiento y criminalística recoge las evidencia y se lleva para ingresar a la bodega; no hizo el registro a Cristian Vintimilla; se encontró todo lo sustraído en el almacén. 5. Byron Ricardo Rosero Conde policía nacional indica que el día 22 de noviembre de 2011 se encontraba de patrullaje con su compañero Richard Quintero, la central de radio patrulla informó de un robo de unos neumáticos a la altura del Colegio Borja sector Baños ya que habían perpetrado el hecho en una camioneta Chevrolet Luv doble cabina, color plata placas ICC-487 y también había un vehículo corsa; con la información dada se procedió a ver los vehículos por el sector designado, el compañero José Guamán indicó que había localizado la camioneta ICC-487 y que se dirigía por el sector de Miraflores por lo que se trasladó a ese sector, logrando ubicar a la camioneta a la altura

de la calle la Floresta frente a un edificio de cuatro plantas, identificando al conductor a Cristian Vintimilla y reconoce en sala de audiencias; la camioneta se perdió en las calles las Américas y Turuhuaico; luego por órdenes de su superior se trasladó a la calle la Rábida y cuando llegó habían hecho el allanamiento del inmueble y se encontraba los detenidos y entre ellos estaba el señor Cristian Vintimilla, Franklin Cedillo Zarumeño, Adrian Cedillo, Juárez Tantarico, Mayra Pérez Naranjo y otros señores que no recuerda; posterior se indicó al fiscal de turno de la situación del sector de Miraflores, por lo que se procedió a trasladarse a ese inmueble por la calle la Floresta, donde fueron atendidos por la señora Valeria Mejía, quien indicó que era conviviente del señor Juan pablo Vintimilla quien era en realidad Cristian Vintimilla siendo la misma persona de acuerdo al record policial e indicó que el acusado era un comerciante de vehículos entre ellos un Aveo, un Suzuki rojo, la camioneta de placas ICC-487 y una motocicleta. Al contrainterrogatorio de Franklin Cedillo Zarumeño a través de su abogado defensor dice que realizó el allanamiento de la casa de la Floresta y no de la calle Rodrigo la Triana y Rábida. 6. José Modesto Guamán Mendoza policía nacional, dice que el día 22 de noviembre del 2011 se encontraba laborando y escucharon la radio central indicando que se había suscitado un robo como a la altura Vía a Baños, luego las unidades se trasladaron al sector de la Yanuncay hacia el sur y un compañero a divisado la camioneta de las mismas características que había indicado la central de radio de una camioneta gris de placas ICC-487; el compañero Gaibor que había observado la camioneta en ese sector, se trasladaron inmediatamente por la altura de la Avenida Loja y Don Bosco, el Diario el Tiempo; observaron que la camioneta salía en precipitada carrera por lo que se procedió a perseguirle por las avenidas de las Américas y a la altura del camino de Miraflores ingresó esa camioneta, de igual se comunicó con el compañero Rosero que se encontraba cerca del lugar, logrando ver a la camioneta que llegaba por las bodegas de Eljuri, parte posterior del sector la Floresta, donde el acusado procedía a bajarse de la camioneta pero al ver que le estaban siguiendo, procedió a precipitada carrera, después se identificó quien manejaba la camioneta era Cristian Vintimilla reconociendo en la sala de audiencia, se siguió con la persecución y le colaboró el compañero Rosero, al llegar a las calles las Américas y Turuhuaico, bajó por Miraflores y por el trafico el acusado se les perdió de vista. El compañero Rosero le continuó siguiendo y retornó al lugar del sector de la Floresta a mantener vigilancia a ese domicilio, en la que pretendió ingresar Cristian Vintimilla y estuvieron hasta que recibieron la llamada telefónica que habían retornado el acusado al lugar en otro vehículo con el otro acusado, donde había realizado el allanamiento conjuntamente con el señor fiscal de turno, luego su jefe envió otras unidades de criminalística, policía judicial y con fiscal ingresaron al domicilio donde se preguntó si vivía el señor Vintimilla e igual le indicaron que si vivía en un departamento donde subieron encontrando a la señora Valeria Mejía quien indicaba que era conviviente era Juan Pablo Vintimilla, quien era Cristian Vintimilla siendo la misma persona y que ella no quería problemas que no tenía nada que ver, que las cosas eran del señor y que había llevado allí, llegando en diferentes vehículos: la camioneta gris, un Aveo y un Suzuki e inclusive tenía una moto guardada en la parte de abajo del edificio. PRUEBA DE LOS ACUSADOS: A) BOLIVAR FRANKLIN CEDILLO ZARUMEÑO, a través de su abogado defensor presenta la siguiente prueba a su favor: a) Prueba documental: 1.- Certificado conferido por el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca sobre la conducta; 2. Copia certificada de la resolución por el Tribunal Segundo de Garantías Penales en el juicio 30-2012, donde se dicta sentencia, en aplicación un procedimiento abreviado a favor de los coacusados. b) Prueba Testimonial de personas que quienes dice justificar su buena conducta y la honorabilidad del acusado. 1. Juan Pablo

Gallegos Muñoz dice conocer desde hace unos diez años y conoce de su ejemplar conducta siendo una persona trabajadora y honorable; 2. Elsa Cecilia Cabrera Cedillo dice conocer desde hace unos años atrás y conoce al acusado como una persona trabajadora y no peligrosa. Se llama a declarar a Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño y el señor Presidente del Tribunal manifiesta si quiere declarar con juramento, sin juramento o acogerse al derecho de silencio, manifiesta que quiere hacerlo con juramento, dice responder a los nombres de Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casado, de 36 años, de ocupación comerciante, nacido en Cuenca, domiciliado Pío Bravo y Tomás Ordoñez, con cedula de ciudadanía 010262325-3 quien manifiesta que el día de los hechos, pidió la camioneta a su amigo Cristian Vintimilla para irse hacer un negocio de llantas, se dirigió al sector de Baños con su amigo peruano, por lo que ingreso al almacén, pidieron las llantas y canceló en efectivo la cantidad de seiscientos dólares al joven Andrés Vera quien los guardo; cogieron las llantas cargando a la camioneta y allí llegó su hermano preguntado algo al joven, salieron del local con su amigo peruano para irse a la casa; después llegó la policía y les detuvo, preguntó que porque le detienen, indicando los policías que se había suscitado un robo; su amigo había sustraído el celular y el dinero; no le dio factura por la compra de las llantas porque decía que ya no tenía pero canceló, en ningún momento fueron con el afán asaltarle ni de perjudicarlo al señor. A la pregunta formulada por fiscalía responde que llegó al almacén en una camioneta acompañado de su amigo peruano Ulises Juárez Tantarico, llegando después su hermano. Fiscalía pregunta si ha dado la versión ante la fiscalía de manera libre y voluntaria responde que sí. Pregunta de Fiscalía: ¿que si vio el dinero y el teléfono con su amigo para luego sustraer? responde que en ningún momento cogió el dinero. Fiscalía presenta ante la sala de audiencia la versión rendida, para que el señor refresque su memoria manifestando que es su firma y la versión que había dado en fecha 12 de diciembre de 2011; negándose a leer. A la pregunta del acusado Cristian Vintimilla a través de su abogada defensora dice que en ningún momento estaba con ellos Cristian Vintimilla. B) CRISTIAN FERNANDO VINTIMILLA GÁLVEZ, a través de su abogada defensora no actuó prueba a su favor durante la audiencia de juicio.- Se llama a declarar a Cristian Fernando Vintimilla Gálvez y el señor Presidente del Tribunal manifiesta: si quiere declarar con juramento, sin juramento o acogerse al derecho de silencio, manifestando a este Tribunal que desea acogerse al derecho a guardar silencio. CUARTO: VALORACION DEL TRIBUNAL: TIPO PENAL ACUSADO: La acusación fiscal se centra en atribuir a los acusados el delito de hurto. El Art. 547 del Código Penal describe el delito de Hurto "... los que sin violencias, ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse". Encontramos en esta descripción, como elementos objetivos del tipo el sustraer, fraudulentamente, una cosa ajena, con las circunstancias de que el acto descrito haya sido cometido sin violencia, ni amenaza, ni fuerza: En el presente caso, los neumáticos, fueron sustraídos fraudulentamente, pues, los acusados simulaban una compra venta de bien mueble, entregando un dinero por los neumáticos en la cantidad de 600 dólares de los Estados Unidos pero sin que se haya perfeccionado la compra venta del bien mueble con la entrega de la cosa vendida, distraendo al propietario de la custodia del bien, es decir, los neumáticos, saliendo tanto el dinero como los neumáticos de la esfera de custodia del ofendido sin que se perfeccionara la compra venta, siendo recuperados únicamente todos éstos bienes luego de la detención de los acusados, incluyendo el teléfono celular también de propiedad del ofendido. El elemento subjetivo del tipo: está integrado por el dolo, es decir, el ánimo deliberado y consciente del agente de tomar para sí, cosas que no le pertenecen. QUINTO.- Corresponde ahora, explicar, cómo la prueba

actuada coincide con la descripción que la ley penal ha elaborado. Sobre la existencia de la infracción: Con los acuerdos probatorios admitidos en la audiencia de juicio, sobre el reconocimiento de las evidencias, que fueron encontradas en poder de los encartados, se ha justificado la materialidad de la infracción. Sobre la responsabilidad de los acusados: A) para ello, el Tribunal considera que, en lo que respecta a la responsabilidad del acusado Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño, existe prueba directa de su autoría, por los siguientes elementos probatorios: 1) Andrés Vicente Vera Vanegas quien es el ofendido e indicó claramente que cuando se encontraba vendiendo en el almacén Vicente Accesorios, llegaron en una camioneta doble cabina de placas ICC-487, tres personas y entrando el acusado en compañía de Ulises Juárez Tantarico al local pidiendo dos llantas para la camioneta y cuatro llantas para un vehículo que manifestó poseer; haciendo el negocio y cancelando por el mismo, pero llegó el hermano del acusado Adrian Cedillo en un automóvil corsa para distraer al ofendido pidiendo tapas para las llantas, estando distraído el ofendido sustraen las seis llantas, el dinero y el teléfono, después de sustraer los objetos, huyendo en la camioneta; reconoció plenamente al acusado el día de los hechos quién vestía un pantalón jeans con una camiseta tomate a rayas y en la sala de audiencias también fue identificado. 2) Los policías Luis Gonzalo Chávez y Arnoldo Gualberto Gaibor son contestes en indicar que cuando estaban de patrullaje escucharon la radio patrulla quien informó que se había suscitado un robo a la altura del Colegio Borja, describiendo que había participado una camioneta doble cabina de placas ICC-487 y un vehículo chevrolet Corsa sin ser identificado las placas, por lo que observaron en las calles Rodrigo de Triana y la Rábida la camioneta antes descrita, por lo que se quedaron haciendo la vigilancia en una vivienda cuando vieron al acusado llegar después de 45 minutos en un vehículo corsa de placas PIL-0931, en compañía del coacusado Cristian Vintimilla y entrando a la casa en donde se realizó el allanamiento encontrando en su interior las llantas, el teléfono y el dinero sustraído y especialmente en su poder el dinero; también son acordes en indicar que reconocen al acusado en la sala de audiencias. B) Con respecto a la responsabilidad del acusado Cristian Fernando Vintimilla, este Tribunal considera que la fiscalía no ha presentado prueba directa que permita establecer su responsabilidad, no obstante los indicios probados, permiten establecer del nexo causal previsto en el art. 88 del Código de Procedimiento Penal; de este modo se establece con siguientes indicios: 1) en la teoría del caso, el referido acusado ha señalado que el día de los hechos había prestado a su amigo Franklin Cedillo su camioneta para que realice la compra de llantas. 2) el testimonio del ofendido Andrés Vicente Vera Vanegas, indicó que cuando llegaron al almacén en una camioneta y en su interior estaban tres personas y se bajaron, dando la descripción de un hombre alto, gordo que esperaba fuera del local. 3) los testimonios de los policías Luis Gonzalo Chávez y Arnoldo Gualberto Gaibor son contestes al indicar que cuando escucharon la radio central, informaron que había sido sustraído en un local de venta de accesorios de vehículos seis llantas, dinero y un teléfono celular en una camioneta doble cabina de placas ICC-487, realizaron inmediatamente un operativo y cuando estaban en las calles Rodrigo de Triana y la Rábida, observan la camioneta en donde bajaron las llantas a un inmueble, y el conductor salió en precipitada carrera, describiéndole que era de contextura ancha, test blanca y alta; luego que había llegado en un corsa de placas PIL-0931 en compañía de Franklin Cedillo, entraron al inmueble que fue allanado; reconociéndole al acusado como el conductor del vehículo, transporte que fue utilizado para cometer el hecho ilícito; el policía Gaibor es contundente al decir que cuando fue detenido el acusado fue él quien le llevo al lugar donde se encontraba la camioneta abandonada en la ciudadela Rio Sol. 4) el policía Byron Ricardo Rosero Conde, indicó que la radio patrulla informó de un robo

de unos neumáticos a la altura del Colegio Borja sector Baños ya que habían perpetrado el hecho en una camioneta Chevrolet Luv doble cabina, color plata placas ICC-487, con la información dada se procedió a ver los vehículos por el sector designado, siendo comunicado por un compañero José Guamán que había localizado la camioneta ICC-487 y que se dirigía por el sector de Miraflores por lo que se trasladó a ese sector, logrando ubicar a la camioneta a la altura de la calle la Floresta frente a un edificio de cuatro plantas, identificando al conductor Cristian Vintimilla y lo reconoce en sala de audiencias; 5) El policía José Modesto Guamán Mendoza indico que escuchó la radio central que se había suscitado un robo como a la altura Vía a Baños que había sido perpetrado en una camioneta doble cabina de placas ICC-487, y que su compañero Gaibor que había observado la camioneta que se dirigía por la altura de la Avenida Loja y Don Bosco, el Diario el Tiempo; observó que la camioneta salía en precipitada carrera por lo que procedió a perseguirle por las avenidas de las Américas y que a la altura del camino de Miraflores, logrando ver a la camioneta que llegaba a la altura de las bodegas de Eljuri, parte posterior del sector la Floresta, donde el acusado procedía a bajarse de la camioneta pero al ver que le estaban siguiendo, procedió a huir en precipitada carrera, y quien manejaba la camioneta era Cristian Vintimilla reconociendo en la sala de audiencia. Por lo tanto son concordantes los testimonios de los policías que quien manejaba la camioneta era el acusado Cristian Fernando Vintimilla Gálvez; de este modo la teoría del caso propuesta por el acusado queda desvanecida, con la prueba testimonial, material y documental aportada por la Fiscalía General del Estado. SEXTO: El cuadro procesal así descrito, analizado a la luz de la sana crítica, conforme lo previsto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, constituye un conjunto armónico, directo, unívoco, concordante, que lleva a este Tribunal, a la certeza de que los acusados Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño y Cristian Fernando Vintimilla Gálvez son coautores y por lo tanto responsables del delito de Hurto, cometido en el almacén Vicente Accesorios del ofendido Andrés Vicente Vera Vanegas, ubicada en la Avenida Ricardo Durán vía a Baños de la ciudad de Cuenca el día 22 de noviembre de 2011; encajado dentro de la determinación jurídica del artículo 42 del Código Penal, que califica como autores a los que han perpetrado la infracción, sea de manera directa e inmediata o que coadyuven, lo cual ha sido confirmada por la prueba testimonial, material y documental. De manera que la prueba ha cumplido sus dos finalidades: establecer conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, y los acusados han adecuado su conducta a lo dispuesto en el tipo penal, analizado. SEPTIMO.- No se acepta la prueba de la defensa por las siguientes razones: a) El acusado Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño quien ha indicado en su teoría del caso que acepta la teoría de fiscalía que es un hurto y en su testimonio cambia diciendo que no sustrajo las cosas sino su amigo peruano que ya fue condenado, siendo discordante en lo que dice y carece de todo fundamento. b) el acusado Cristian Fernando Vintimilla ha sostenido que en el día de los hechos el prestó su camioneta a su amigo Franklin Cedillo y esta afirmación carece de todo fundamento toda vez que fue reconocido por los agentes de policía como la persona que conducía la camioneta era él y que también fue detenido en el allanamiento sin tener coartada por que se encontraba el día donde fue encontrado las cosas sustraídas. No se acepta las alegaciones de la defensa de los acusados al manifestar: 1) que la pena privativa esta caducada por lo que hay señalar que el Tribunal conoció el proceso como un delito de Robo agravado, en virtud del auto de llamamiento a juicio dictado por el juez Aquo, que la prisión preventiva según el art. 171 del Código de Procedimiento Penal, es un medio para asegurar la comparecencia de los procesados a juicio, la misma que termina cuando se lleva a cabo la audiencia, y ello es lo que ha sucedido en esta ocasión. Si en la audiencia la Fiscalía cambio

el tipo penal, esa es su opinión, que recién se manifestó dentro de ella en la teoría del caso; pero que se prueba una vez evacuada la diligencia probatoria y la acusación formal que hace en la fase del debate, y que por imperio legal no es vinculante para la resolución del Tribunal. Una vez que el Tribunal se ha pronunciado por la culpabilidad de los acusados, su situación jurídica se ha resuelto. Ahora tienen una condena y la misma tiene otro tratamiento jurídico; 2) que las horas que indicaron los agentes de policía Luis Gonzalo Chávez y Arnoldo Gualberto Gaibor fueron discordantes, hay que indicar que es una referencia que no afecta la realidad fáctica en el resultado de que fue el día que se cometió el ilícito y que el allanamiento por tratarse de un delito flagrante permitió encontrar las evidencias en el interior del inmueble; los acusados han sido plenamente reconocidos, y, que por una mención discordante de la hora no se puede dejar en la impunidad el delito. OCTAVO.- Por todo lo analizado, este Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay: “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara la culpabilidad de los acusados: Bolívar Franklin Cedillo Zarumeño, de nacionalidad ecuatoriana, de 36 años, de estado civil casado, de ocupación comerciante, nacido en la ciudad de Cuenca, domiciliado en las calles Pio Bravo y Tomas Ordoñez, con cedula de ciudadanía 010262325-3; y, Cristian Fernando Vintimilla Gálvez, de nacionalidad ecuatoriano, de estado civil divorciado, de 30 años de edad, comerciante, domiciliado en Cuenca con cedula de ciudadanía 030153512-6, por considerarlos coautores y responsables del delito de Hurto, tipificado y sancionado en los Arts. 547 y 548 del Código Penal. En virtud de la reincidencia justificada mediante sentencia condenatoria ejecutoriada a los condenados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 y 80.6 del Código Penal, por imperativo legal no se puede reconocer circunstancias de atenuación, se les impone la pena de TRES AÑOS de prisión correccional a cada uno.- Se dispone que la pena la cumpla en el Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley con sede en la ciudad de Cuenca, debiendo descontarse el tiempo que hayan permanecido privados de la libertad por esta causa. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, se dispone la suspensión de los derechos de ciudadanía de los sentenciados, por el tiempo de duración de la condena. Ejecutoriada esta sentencia gírese la boleta correspondiente para el cumplimiento de la pena. Con costas, no procede a ordenar el pago de daños y perjuicios de acuerdo a la infracción, por cuanto no se ha probado el monto de los mismos, únicamente ha hecho mención la señora fiscal; aparte de que consta de que se ha recuperado los bienes objetos del delito, no obstante se deja a salvo los derechos a reclamar en las vías legales que corresponda por éste concepto.- No ha existido conducta impropia de la Fiscal ni de los Abogados patrocinadores. Notifíquese

EXPEDIENTE: 030-2011 JUEZ PONENTE: DOCTOR EFREN PAREDES ROLDAN SEGUNDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. Cuenca, 26 de Marzo de 2012.- Las 12:10.- VISTOS.- Una vez que el señor Juez Segundo de Garantías Penales del Azuay, doctor Guillermo Neira, ha admitido a trámite el procedimiento abreviado, el proceso se encuentra en estado de resolver y para el efecto se considera: PRIMERO.- Que no se ha omitido solemnidad alguna por lo que se considera válido lo actuado. SEGUNDO.- A la audiencia convocada por este Tribunal para ser oídas las partes procesales, han concurrido: La fiscal Doctora Julia Elena Vásquez, los acusados JOSE ADRIAN CEDILLO ZARUMEÑO y ULISES YANFRANCO JUAREZ TANTARICO; Y POR LA DEFENSA, el doctor Christian Palacios. La señora Fiscal manifestó: que por cumplir los requisitos

constantes en el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, ha propuesto el procedimiento abreviado y en esta audiencia se está solicitando la adopción de la pena acordada con la defensa. El delito investigado sucedió el 22 de Noviembre de 2011, a eso de las 12:30, en el local comercial denominado “Vicente Accesorios” situado en la en la Av. Ricardo Durán, vía Baños, destinado a la venta de accesorios para motos, propiedad de Vicente Vega Vanegas, cuando llegaron Christian Vintimilla con Adrián Cedillo y Ulises Juárez, a bordo de una camioneta Dimax Chévrolet Luv doble cabina, ingresan al local comercial a solicitar se les venda llantas, posteriormente llega otro sujeto a bordo de un vehículo, quien a pretexto de mostrar las tapas de una llantas la violencia le ha dirigido al señor Vega Vanegas hasta el vehículo, en tanto que el resto de personas se han aprovechado de esta situación para sustraerse seis llantas, dinero en efectivo en la cantidad de seiscientos dólares aproximadamente y un teléfono celular marca Sony Ericcson, para luego embarcarse en los vehículos y darse a la fuga, ante tal situación el señor Vega ha solicitado la ayuda correspondiente, llamando al 101, indicando las características de los vehículos y las direcciones a donde fueron, siendo localizados en el inmueble situado en calle la Rábida s/n, sector de Diario el Tiempo, lugar en el cual, por tratarse de delito flagrante se ingresó con el apoyo de personal policial, encontrando la evidencia sustraída, esto es las llantas, el dinero y el celular, así como se encontró cinco hombres y una mujer, entre ellos a los ahora procesados. La preexistencia de los objetos sustraídos se ha probado con las factura: del 9 de noviembre de 2011, por US\$ 331,20, relacionado con llantas rin14, y una factura el 3 de noviembre del mismo año.- También se cuenta con las diligencias de reconocimiento del lugar, donde se prueba que no hubo forzamiento de seguridades, igual del inmueble donde fueron detenidos los procesados, las seis llantas, el dinero en efectivo y un teléfono celular.- Consta la diligencia de Revenido químico de la camioneta, y sobre la responsabilidad de los procesados, los testimonios de los policías Chávez, Gaibor y Barragán, quienes llegaron a la casa ubicada en la dirección prenombrada.- Que los procesados han admitido su participación, esto es José Adrián Cedillo Zarumeño fue quien tomó el dinero y estuvo en el lugar de los hechos, y el otro distrajo a la policía.- El hecho se califica como hurto, si hubo pandilla pero ello no transforma el hurto en robo. La petición al Juez de Garantías Penales de que es admisible el trámite, amparado en el Art. 369 del Código de Procedimiento Penal, los acusa por ser autores responsables del delito de hurto, tipificado y sancionado en los Arts. 447 y 448 del Código Penal, acordando se les imponga la pena de seis meses de prisión correccional.- Por su parte el Dr. Christian Palacios, a nombre de los defendido, manifiesta haber inteligenciado debidamente a los acusados de las consecuencias jurídicas del procedimiento, y se acepta la pena acordada con la fiscalía.- Interrogados por el Presidente, los acusados JOSE ADRIAN CELILLO ZARUMEÑO, ecuatoriano, soltero de 26 años de edad, comerciante, nacido y domiciliado en Cuenca, cédula 0105344568 y ULISES YANFRANCO JUAREZ TANTARICO, ciudadano peruano, soltero, de 20 años de edad, comerciante, nacido en Piura-Perú y domiciliado en ésta ciudad, sin documento de identidad, admiten su responsabilidad en el hecho.- TERCERO.- El artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, señala la competencia del Tribunal de Garantías Penales Penal para resolver la adopción o no de la pena sugerida por el Fiscal. Para ello previamente se analiza si la investigación fiscal cumple los presupuestos constantes en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal. Se tiene que existe el reconocimiento del lugar de los hechos, en donde se advierte la existencia del local comercial “Vicente Accesorios”, y el inmueble ubicado en la calle la Rábida, lugar donde fueron detenidos los procesados, como las facturas que prueban existencia de los objetos sustraídos.- En cuanto a la responsabilidad de los acusados,

consta sus confesiones libres en las que aceptan ser al autores del hecho en las circunstancias acusadas, conforme la narración de la fiscal. A parte de ello, la Fiscal ha manifestado sin oposición de la defensa que cuenta con las versiones de los policías que efectuaron el operativo que permitió dar con el sitio donde se encontraban los responsables del hecho y las evidencias sustraídas.- En conclusión, se ha justificado la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados. CUARTO.- El Tribunal resuelve que por ajustada a ley, adoptar la pena sugerida por el fiscal. QUINTO.- Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 del C.P.P., declara la culpabilidad de los ciudadanos JOSE ADRIAN CEDILLO ZARUMEÑO y ULISES YANFRANCO JUAREZ TANTARICO; por ser autores responsables del delito de hurto, tipificado en los artículos 447 y 448 del Código penal. Acorde con lo dispuesto en el artículo 370 inciso cuarto del C.P.P., se le impone, a cada uno, la pena de un SEIS MESES DE PRISION CORRECCIONAL. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C.P. Se suspenden los derechos de ciudadanía de los sentenciados por tiempo igual al de su condena. Abónese a su favor el tiempo que hayan permanecidos privados de libertad por esta causa. No se han observado actuaciones indebidas del fiscal ni de la defensora del acusado. En lo relacionado con el procesado ULISIS YANFRANCO JUAREZ TANTARICO, ciudadano peruano, una vez cumplida la pena, ofíciase a las autoridades de migración, a fin de que procedan a su deportación, de conformidad con la respectiva ley.- Gírese la boleta constitucional respectiva. Hágase saber.

#### **-HECHO FACTICO.**

Se puede notar que aquí existe una coautoría funcional, en función del hecho factico relatado por Fiscalía General del Estado, que sucintamente es el siguiente: Los procesados CRISTIAN VINTIMILLA, FRANKLIN CEDILLO ZARUMEÑO ULISES YANFRANCO JUAREZ TANTARICO y JOSE ADRIAN CEDILLO ZARUMEÑO, quienes participaron en la comisión de hecho delictivo en junta, y a bordo los tres primeros de una camioneta Dimax Chevrolet Luv doble cabina, ingresan al local comercial a solicitar se les venda llantas, posteriormente llega JOSE ADRIAN CEDILLO ZARUMEÑO, a bordo del vehículo marca Chevrolet Corsa, quien a pretexto de solicitar tapas para unas llantas, le ha dirigido al señor Vera Vanegas hasta su vehículo, en tanto que el resto de personas se han aprovechado de esta situación para sustraerse seis llantas, dinero en efectivo en la cantidad de seiscientos dólares aproximadamente y un teléfono celular marca Sony Ericcson, para luego embarcarse en los vehículos y darse a la fuga, posterior a ello los ofendidos dan aviso a la policía y son encontrados los procesados con la evidencia que se sustrajeron y los vehículos descritos.

#### **-ADECUACIÓN TÍPICA.**

TRIBUNAL: TIPO PENAL ACUSADO: La acusación fiscal se centra en atribuir a los acusados el delito de hurto. El Art. 547 del Código Penal describe el delito de Hurto "... los

que sin violencias, ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse”. Encontramos en esta descripción, como elementos objetivos del tipo el sustraer, fraudulentamente, una cosa ajena, con las circunstancias de que el acto descrito haya sido cometido sin violencia, ni amenaza, ni fuerza: En el presente caso, los neumáticos, fueron sustraídos fraudulentamente, pues, los acusados simularon una compra venta de bien mueble, entregando un dinero por los neumáticos en la cantidad de 600 dólares de los Estados Unidos pero sin que se haya perfeccionado la compra venta del bien mueble con la entrega de la cosa vendida, distraendo al propietario de la custodia del bien, es decir, los neumáticos, saliendo tanto el dinero como los neumáticos de la esfera de custodia del ofendido sin que se perfeccionara la compra venta, siendo recuperados únicamente todos éstos bienes luego de la detención de los acusados, incluyendo el teléfono celular también de propiedad del ofendido. El elemento subjetivo del tipo: está integrado por el dolo, es decir, el ánimo deliberado y consciente del agente de tomar para sí, cosas que no le pertenecen.

### **-COMENTARIO**

Así el hecho factico, podemos notar que todos los procesados planificaron la comisión del delito, se dividieron el trabajo, esto es, los roles que cada uno tenía que cumplir, siendo el aporte de cada uno de ellos esencial para el éxito de la empresa criminal, ya que si alguno de ellos no realizaba su aporte causal esencial el hecho se hubiera frustrado.

Por lo dicho, es clarísima la parte subjetiva como objetiva, el plan se da en la fase preparatoria y se establece una finalidad, escogidos los medios necesarios para ejecutar el hecho, exteriorizándose la conducta con el aporte causal de cada uno y ejecutando el hecho planificado donde cada quien cumple el rol acordado.

Es claro ver que todos tiene el dominio del hecho funcional, existe planificación, división de trabajo, aporte esencial, todos apuntando a un fin común, escogimiento de los medios necesarios y exteriorización de la conducta que se subsume en el tipo penal de la parte especial, por lo tanto la adecuación típica es clara y precisa, tanto más que el delito se consuma y luego de ser descubierto previo juicio se estableció la responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

Mi posición con respecto al tema es que, el dominio del hecho funcional en la coautoría se fundamenta en la existencia de un plan común, en la ejecución del hecho delictivo en función a la división de trabajo y en la tarea o aporte esencial en la realización del plan común que tiene que configurarse en la fase ejecutiva, ya que el que únicamente prepara no es coautor.

De lo expuesto resultan los tres requerimientos fundamentales para la coautoría. “En primer lugar debe existir un plan conjunto o común del hecho: pues una división de trabajo, una “comisión conjunta” presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar en segundo lugar una ejecución conjunta, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva; no basta una intervención en la preparación, ya que quien colabora sólo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. Se debe prestar en tercer lugar una contribución esencial en fase ejecutiva; pues sólo entonces posee la intervención una

función relevante para el éxito del plan del hecho”. Claus Roxin Derecho Penal Parte General tomo II, Primera Edición Thomson Reuters- Civitas, año 2014, pág. 147.

Finalmente, estoy de acuerdo con el tribunal juzgador en cuanto a la existencia de una coautoría, ya que todos los intervinientes tiene el dominio del hecho funcional, cumplen con los elementos constitutivos de la coautoría, tanto en la fase subjetiva como objetiva, sus aportes fueron esenciales para que la empresa criminal tenga éxito, ya que si uno de ellos desistía se frustraba el delito, su conducta se subsume sin duda alguna en el tipo penal de hurto por ende son coautores responsables del delito de hurto, tipificado en los artículos 447 y 448 del Código Penal que se encontraba en vigencia, análisis que lo hago al amparo de la Teoría del Dominio del Hecho.

## **-SENTENCIA NUMERO 2.**

Proceso: 155.2011 TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY  
Juez ponente: Miguel Antonio Arias Tribunal integrado por los Jueces: Miguel Antonio Arias, quien lo preside, Simón Valdivieso Vintimilla y la Jueza Temporal Cecilia Jara Tapia  
Sentencia: Condenatoria Delito: Robo agravado, delito tipificado en el Art. 550 del Código Penal y sancionado en el 552 del mismo cuerpo legal. Acusados: Juan Carlos Cabrera Domínguez, Patricio Javier Romero Aguirre, Roberto Carlos Peña Vintimilla y Wellington Geovanny Córdova Maldonado. Víctima: “Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia” –CORPDESFA- Fecha de la sentencia: martes 10 de abril de 2012. Las 15h00  
VISTOS: El Tribunal Primero de Garantías Penales de la provincia del Azuay, en nombre del Pueblo Soberano del Ecuador, con la potestad jurisdiccional de administrar justicia, en virtud de lo previsto en el Art. 167 de la Constitución de la República y con la competencia para emitir sentencia que le confiere el Art. 221 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 21 y 28 del Código de Procedimiento Penal; y por el sorteo efectuado el 24 de enero de 2012, ha convocado a audiencia de juicio, oral, pública y contradictoria, para resolver la situación jurídica de los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez, Patricio Javier Romero Aguirre, Roberto Carlos Peña Vintimilla y Wellington Geovanny Córdova Maldonado, a quienes la Fiscalía General del Estado los acusa de haber cometido el ilícito de robo, tipificado en el Art. 550 del Código Penal y sancionado en el Art. 552 del mismo cuerpo legal. Finalizada la audiencia de juicio, el Tribunal emitió sentencia condenatoria y al reducir la misma a escrito, se toma como fundamento las siguientes consideraciones: PRIMERO: El proceso es válido en virtud de que no se ha vulnerado derechos fundamentales, especialmente el derecho de defensa de los acusados, ni se ha omitido solemnidad esencial que pudiera afectar la validez de la causa. SEGUNDO. EL HECHO: Teoría del caso de la Fiscalía General del Estado: El día martes 27 de septiembre de 2011, a eso de las 09h00, aproximadamente, el empleado de la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia (CORPDESFA), Wilson René Burhuan Yunga, recibe de la señora Carmen Guaranda, la suma de \$34.138,61 US producto de las ventas de fármacos realizadas en los diferentes locales de la Corporación, en el período comprendido entre el 20 y 26 de septiembre, para que deposite en el Banco Pichincha. Se indica que el dinero estaba repartido en diferentes paquetes con distintas papeletas, listas para el depósito. En el momento que el empleado Wilson Burhuan se aprestaba a salir del local de la Corporación, ubicado en la calle Sucre 6-

28 y Hermano Miguel, para cumplir con la diligencia encomendada, en el callejón de acceso, un individuo (reconocido posteriormente como Wellington Córdova) le intercepta con un arma de fuego, le golpea en el estómago, le quita el dinero y huye en una motocicleta. Wilson Burhuan da la alarma, los empleados llaman a la Policía Nacional y sus agentes se hacen presentes en el local para iniciar las investigaciones. En esas circunstancias, una persona que no quiso identificarse, informa que observó que los autores del asalto se transportaban en una motocicleta de color negro y que en las calles Juan Jaramillo y Mariano Cueva esperaba un vehículo Ford Explorer, color concho de vino, con dos personas; que la motocicleta llegó en forma precipitada donde esperaba el vehículo y uno de los ocupantes se subió al mismo huyendo del lugar. Que este informante dijo que este procedimiento le pareció sospechoso y por eso anotó las placas del vehículo Ford Explorer, siendo las mismas GJK-133. Los agentes policiales comunican estos detalles para el operativo de búsqueda y son informados, luego de unos minutos, que el vehículo ha sido encontrado en el interior de un parqueadero de venta de vehículos, ubicado en la avenida Hurtado de Mendoza y Guapondélig. En el interior de este local, en un cuarto que se utilizaba como cocina, se encuentra la suma de \$15.370 US, distribuidos en diferentes paquetes, con las papeletas de depósito de la Corporación ofendida; y además se encuentra en este lugar, un arma de fuego calibre 38 con varios cartuchos. Que de esta habitación los agentes policiales vieron salir a los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre. Se indica que los agentes policiales encontraron dentro del baño, en un basurero, varios documentos como licencias de conducir y cédula de identidad a nombre de Nardo Remigio Ochoa Carrión, pero con la fotografía de Wellington Geovanny Córdova Maldonado. Indica la Fiscalía General del Estado que probará que los acusados, son autores del delito de robo, tipificado en el Art. 550 del Código Penal y sancionado en el Art. 552 del mismo cuerpo legal. Teoría del caso del acusado Juan Carlos Cabrera Domínguez: Indica que el día de los hechos, salió de su casa con su enamorada, a eso de las 08h30 para dejarla en su trabajo, que luego fue a ver a un amigo latonero para que examinara un vehículo que quería comprar, en vista de que su amigo no podía acompañarle a esa hora, decidió ir solo al parqueadero, en ese lugar es atendido por un “muchacho” a quien preguntó por el dueño del establecimiento, y que en ese momento, cuando se encontraba en el patio del lugar, fue detenido por los agentes de la policía. Indica que él no ingresó al interior del parqueadero. Que los policías le preguntaron qué hacía allí y manifestó que quería comprar un vehículo, pero que sin saber las razones, fue detenido y conducido a la Policía Judicial, encontrándose privado de su libertad hasta el día de hoy. Teoría del caso del acusado Patricio Javier Romero Aguirre: Indica que se encontraba en su domicilio en compañía de su enamorada, que a eso de las 09h00 fueron hasta la ciudadela Tosi que está ubicada en la avenida Huayna Cápac y González Suárez, a cobrar un dinero, que a eso de las 09h15 o 09h20, más o menos se percató de la existencia de un local denominado “Multivehículos”, que estaba abierto y como tenía interés en adquirir un vehículo, le pidió a su enamorada que se adelantara a realizar la gestión de cobro, mientras él se quedaba viendo los vehículos. Indica que ingresó al patio de ese local, pero no al interior del mismo. Que en ese lugar se percató de la presencia de su amigo Juan Carlos Cabrera Domínguez, que en esos instantes ingresaron agentes de la Policía Nacional y procedieron a detenerlos. Que le acusaron de haber participado en un delito de robo, pero que desconoce de los hechos, que todo el tiempo prestó las facilidades a los agentes policiales para que realicen su investigación. Teoría del caso del acusado Roberto Carlos Peña Vintimilla: Indica que labora en el parqueadero Multivehículos, que entre sus labores está probar los vehículos con los clientes interesados. Que el día de los hechos, un cliente le pidió probar un vehículo,

que fue conduciendo el mismo hasta el centro de la ciudad. Que el cliente se mostró satisfecho con el mismo y dijo que le esperara que él iría a traer el dinero. Que en efecto, el cliente regresó al poco tiempo y regresaron al parqueadero, pero en ese lugar fueron detenidos por la policía. Teoría del caso del acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado: Indica que es comerciante, y por ese motivo mantiene una relación con los dueños del parqueadero, producto de la actividad comercial, que les había confiado que, en vista de la persecución policial de la que es objeto en forma permanente, había expresado su deseo de migrar a los Estados Unidos, pero que ellos aprovechándose de esta situación tratan de vincularlo con la policía y la Fiscalía en los hechos. Indica que el día anterior a los hechos, estuvo en la ciudad de Guayaquil despidiendo a su mujer que viajaba a la China, que luego fue a Machala a realizar algunas gestiones sobre su negocio y luego llegó a Cuenca, el día lunes 27 de septiembre, en horas de la madrugada, que se fue al parqueadero del señor Gutiérrez donde tenía que revisar algunas cuentas por los negocios que mantenía, que de este lugar se fue con su amigo Jaime Ordóñez a su domicilio, que del domicilio de Jaime Ordóñez, el día de los hechos, salió en horas de la mañana a servirse unos alimentos y que en suma, estuvo toda la mañana del día 27 de septiembre con su amigo Jaime Ordóñez. En esencia se indica que Wellington Córdova Maldonado es un comerciante, que sufre una persecución policial y que este proceso es fruto del árbol envenenado. TERCERO. PRUEBA APORTADA POR LAS PARTES: PRUEBA DE CARGO: Durante la audiencia de juicio, la Fiscalía General del Estado, como sustento de su hipótesis acusatoria, presenta los siguientes elementos probatorios: a) Prueba material: 1. Consistente en dos teléfonos celulares que se dice fueron incautados a los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero, siendo éstos un teléfono marca LG, Muzik, imei 2684354567003682721, número telefónico 096037967; y teléfono marca Samsung GT-S5620, imei 353435/690644/3, número telefónico 083176909; 2. Arma de fuego, marca Taurus, calibre 38. b) Prueba documental: 1. Copia certificada del nombramiento de Zoila León Chica como representante legal de la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia; 2. Registro Único de Contribuyentes de la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia; 3. Documentos de cierre de caja de la matriz y de las sucursales de la Corporación; 4. Reporte de Zoila León Chica, representante legal de la Corporación, que detalla que el dinero que fue sustraído al empleado Wilson René Burhuán es de \$34.138,61, dinero que iba a ser depositado en el Banco Pichincha; 5. CDs con el soporte de las cámaras de video vigilancia de Unidad Municipal de Tránsito, de las calles Huayna Cápac y Mariscal Lamar, Mariscal Sucre y Hermano Miguel, Mariscal Sucre y Tomás Ordóñez, Huayna Cápac y Presidente Córdova, Juan Jaramillo y Mariano Cueva; 6. Registro sobre la propiedad del vehículo Ford Explorer Elite 4x4, de placas GKJ0133; 7. Autorización judicial conferida por el señor Juez Tercero de Garantías Penales para que se proceda a la obtención de la información contenida en los teléfonos celulares obtenidos como evidencia; 8. Licencias de conducir y cédula de ciudadanía a nombre de Ochoa Carrión Nardo Remigio, conteniendo la fotografía del acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado; 9. Tarjeta PRIMA del Banco de Guayaquil, a nombre de Wellington Córdova; 10. 12 papeletas de depósito a nombre de la Corporación de Desarrollo Social, por diferentes valores. c) Prueba testimonial. 1. Zoila Eloisa León Chica, en su condición de representante legal de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia indica que no estuvo en el lugar cuando se cometió el hecho, que ella llegó a eso de las 10h15, aproximadamente, sus compañeros de trabajo le narraron lo que había acontecido, que mientras dialogaba con los agentes de la Policía Nacional, se acercó un joven y le dijo que él sabía en qué vehículo se fueron las personas que habían

robado; indica que esta persona, que no quiso identificarse, le informó que cuando estaba en la calle Mariano Cueva y Juan Jaramillo, observó que llegó una motocicleta precipitadamente, con dos personas, que se bajó una persona de la moto, portando una funda en sus manos y se subió a un vehículo Ford, color concho de vino, que esperaba con dos personas en su interior; que esta actitud le pareció sospechosa y por eso anotó las placas del vehículo, que esta persona entregó la información a la policía y luego desapareció del lugar. Indica que la suma que le sustrajeron al señor Wilson Burhuan, empleado de la Corporación, era de \$34.138,61. Que cuando se encontraba con los agentes policiales, fue informada que el vehículo, cuyas placas le había informado la persona desconocida, había sido encontrado por el sector de la Hurtado de Mendoza, en un parqueadero y que era necesario que se traslade a ese lugar con los empleados de la Corporación para proceder a identificar a las personas. Que cuando llegó al parqueadero observó que algunas personas habían sido detenidos, que fueron conducidos hasta el baño que había en ese lugar y observó que habían varios papeles en el suelo, que les dijeron los agentes policiales que en ese basurero habían encontrado unos documentos con fotografías que fueron exhibidas a sus empleados, especialmente a la señora Gemina Cordero, quien identificó plenamente a la persona que había cometido el delito, que fue identificado como Wellington Córdova. La testigo señala que al fondo, en una cocina fue encontrada una funda con una parte del dinero que fue sustraído y un arma de fuego, que el dinero estaba en una funda negra. La Fiscalía procede a exhibirle la documentación que consta como evidencia 8, 9 y 10 y pregunta si reconoce esos documentos y manifiesta que sí, que son los mismos que habían encontrado en el baño y que la persona, cuya fotografía consta en dichos documentos, fue identificada como el autor del atraco. En cuanto a las papeletas de depósito encontradas junto con el dinero, señala que son las papeletas de depósito que fueron llenadas para depositar el dinero de la Corporación. Al contra interrogatorio señala que la persona que le dio la información y las placas del vehículo, era una persona joven, alto de estatura, blanco, de pelo ondulado. Que los empleados de la Corporación reconocieron los documentos y todos dijeron que quien aparecía en la fotografía era el autor del robo. 2. Wilson René Burhuan Yunga, relata que es empleado de la Corporación desde hace seis años, que es bodeguero y conserje y que hace labores de mensajería y depósitos de dinero. Refiere que el día 27 de septiembre de 2011, a eso de las 09h00 recibió un dinero para depositar, que cuando salía a cumplir la tarea, un tipo le amenazó con un arma, que le quitó la funda que contenía el dinero, que le puso el arma en el estómago, que le golpeó con el arma en el estómago. Que esta persona estaba vestida con un blue jean, una casaca negra, una gorra negra y gafas negras. Que al producirse el robo, él hizo bulla y todos sus compañeros salieron para ver qué pasó, que llegó la policía y en eso un señor dijo que la persona que robó se había subido en una moto y que luego se subió en un vehículo blazer. Indica que los agentes de policía le informaron que habían ubicado el vehículo y detenido a unas personas y que era necesario que se trasladen hasta el lugar para identificarlos. Que en ese lugar los agentes habían encontrado en un basurero unos documentos y le pidieron que identifique a la persona de las fotografías, que él indicó que no podía reconocerle porque estaba con gafas, pero que sí podía ser la persona que aparecía en la foto, por los labios. Que un policía le llevó hacia la cocina y en ese lugar le mostró una funda con dinero, que él reconoció que era la misma funda que le fue sustraída y que además las papeletas de depósito que contenían, eran las de la Corporación con las que realizaría el depósito. Señala que fue al parqueadero con su compañera Andrea Cordero. Que el dinero estaba dividido en varios paquetes, que cada paquete contenía una papeleta de depósito, que son las mismas que le mostró la policía. Preguntado por parte de la Fiscalía si ha recibido amenazas, dice que sólo ha recibido

llamadas, que le preguntan cómo se llama y cuelgan. 3. Gemina Andrea Cordero Orellana, relata que trabaja en la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia, que el día 27 de septiembre de 2011, a eso de las 09h00 llegaba a su lugar de trabajo y observó que en el callejón de ingreso estaba una persona que le pareció sospechosa que hablaba por un teléfono celular y que decía algo así: “Sí, allí nos vemos, en el lugar acordado”. A poco escuchó unos gritos de su compañero Wilson Burhuan que decía que fue asaltado, salió y le vio pálido, que le preguntó si la persona que estaba en la puerta le había asaltado, le dijo que sí, que esta persona estaba con una gorra negra, con un panachó negro. Ante las preguntas de la Fiscalía, si observó la cara de la persona que estaba en la puerta cuando ella ingresó al trabajo, contesta que sí pudo observarla. Relata que llegaron los motorizados y comenzaron las investigaciones, que apareció un señor que dijo que estaba caminando y vio que una moto se acercó a un vehículo, que anotó las placas y como siguió caminando se enteró que se había producido un robo y por eso, él dio las placas, que a la media hora de eso, llamaron otras policías para informar que habían ubicado al vehículo, que era un Ford Explorer, color concho de vino, que era necesario que fueran a ese lugar para reconocer a las personas, que ella dijo que sí podía reconocer a la persona que estaba en la entrada de la Corporación, porque tiene buena memoria. Que en el parqueadero le mostraron una documentación que habían encontrado en el baño y le preguntaron si la conocía, que ella dijo que sí, que la persona que aparecía en las fotografías era la misma que estaba el día del robo en la puerta de la Corporación, cuando ella ingresaba a laborar. Que su compañero Burhuan también dijo que sí le reconocía. Indica que la persona que estaba en la puerta de la Corporación vestía una gorra negra, un panacho negro, que era medio ancho de cara. La Fiscalía le indica los documentos que están signados como evidencia 8 y dice que esos documentos son los mismos que le fueron exhibidos en el baño del parqueadero. Preguntada por la Fiscalía si puede reconocer a la persona a la que se refiere como la que estaba en la puerta de la Corporación hablando por teléfono, ella dice que sí y procede a identificar al acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado. Al contra interrogatorio de la defensa que señale cómo pudo identificar al acusado Wellington Córdova si estaba con gafas, ella indica que cuando le vio no estaba con gafas y por eso le puede identificar. 4. Carmen Leonor Guaranda Jiménez, indica que trabaja en la Corporación como asistente de gerencia, que ella tiene como tarea controlar los cierres de caja y las ventas. Que el día de los hechos revisó los cierres de caja que le entregaron los cajeros, que preparó el dinero para el depósito y entregó la suma de \$34.138,61 al señor Wilson Burhuan para que deposite en el Banco Pichincha. Que el dinero les llega de cada sucursal, de varios días de ventas, que para el depósito se llenan varias papeletas para que sean depositadas en las cuentas respectivas, con el valor correspondiente. Que el valor que entregó al señor Burhuan estaba repartido en diferentes papeletas y en paquetes varios, en una bolsa de color negro. Que a poco de haber entregado el dinero en manos del señor Burhuan se enteró que le habían robado y conoció de los detalles del ilícito. Que conoce que una parte de ese dinero fue recuperado, que le pidieron que realice un informe y ella lo presentó porque lo tenía listo, precisamente para que se haga el depósito por parte del señor Wilson Burhuan. La Fiscalía le exhibe las papeletas de depósito que fueron encontradas con el dinero y dice que corresponden a la Corporación, que conoce las firmas de sus compañeras por el tiempo de trabajo que tiene. 5. Jorge Washington Villacrez Vargas, indica que es miembro de la Policía Nacional, que el día de los hechos, a eso de las 09h00, cuando se trasladaba por la Hurtado de Mendoza, escuchó por la Central de Radio Patrulla que se había producido un robo en la Fundación INFA, que dos personas que se movilizaban por la Huayna Cápac en una motocicleta negra, que una de ellas se había subido

en un vehículo Ford Explorer, color concho de vino, que dieron las placas del mismo, que en ese momento, antes de llegar a la Guapondélig, pudo observar un vehículo de las características indicadas, que fue a observar las placas del vehículo y pidió confirmación a la Central de Radio, recibiendo respuesta positiva, que pidió apoyo e ingresó al patio del parqueadero, que allí estaba una persona lavando el vehículo, que luego supo que esa persona era Roberto Carlos Peña Vintimilla, que le preguntó sobre el vehículo y que esta persona le dijo que el vehículo nunca había salido del parqueadero, pero que no creyó en la información y tocó las latas del automotor y advirtió que el motor estaba caliente. Que a poco llegó un señor de apellido Gutiérrez y preguntó qué pasaba, que él le dijo que el vehículo había sido reportado en un robo. Indica que cuando se encontraba en el patio del parqueadero, observó que dos hombres y una mujer salían de un cuarto ubicado al fondo del establecimiento, que él se encontraba con su compañero Manobandas, que se acercó y vio que estas personas salían de una cocina, les preguntó sobre el motivo de su presencia y que ellos le respondieron que habían venido a comprar unos vehículos, que no se conocían entre ellos, que procedió a detenerlos y que en ese momento la chica le dijo que necesitaba ir al baño, que le acompañó al baño, pero al percatarse que se demoraba mucho le exigió que saliera, que le llamó la atención porque no había escuchado soltar el agua cuando se utiliza el baño, que por eso ingresó al baño y se puso a revisar, que en un tacho de basura, mezclado con papeles higiénicos utilizados, encontró dos licencias de conducir, una cédula de identidad y otros documentos. Que siguió buscando y en el cuarto que servía de cocina, encontró encima del mesón una funda con dinero y varias papeletas de depósito del Banco Pichincha; y que también encontró un arma de fuego. La Fiscalía le exhibe los documentos denominados “evidencia 8” y sostiene que son los mismos que encontró en el tacho de basura dentro del baño del parqueadero. Que los funcionarios del INFA al observar los documentos reconocieron a la persona que constaba en la fotografía como el autor del robo. Reconoce a las personas que salieron de la cocina del parqueadero como los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre. Indica además el testigo que cuando se encontraron los documentos y se llegó a conversar con los compañeros policías, uno de ellos de apellido Melendrez, le comentó que esta persona, refiriéndose a Wellington Córdova, el día de los hechos, estuvo en la puerta del parqueadero, cuando ellos llegaron, preguntando como curioso qué había ocurrido. Al contra interrogatorio formulado por la defensa, señala que antes de la chica que pidió el baño, no observó que ninguna otra persona hubiera ingresado. Que la chica se demoró más o menos unos cinco minutos. Que la cocina está ubicada al fondo del local, a mano izquierda, que sí pudo observar. Que cuando ingresó al parqueadero estaba en el patio únicamente el acusado Roberto Carlos Peña Vintimilla, lavando el auto. 6. Orlando Manuel Manobanda Sisa, agente de policía, indica que el día de los hechos, se encontraba haciendo relevo y que bajaba del Comando de Policía, en el patrullero Charly III, que escuchó por la radio que se había producido un asalto en el INFA, cuando avanzaban en motocicleta por la avenida Huayna Cápac, sobre la Hurtado de Mendoza y Guapondélig, que dieron detalles por radio que la persona que realizó el acto, se movilizaba en un vehículo de placas GKJ-133, que procedieron a rastrear el mismo y en un parqueadero, su compañero de apellido Villacrés observó el vehículo de esas características dentro de un parqueadero, le dijo que pare, se bajó y fue a cerciorarse si las placas eran las mismas cuya información se había otorgado por radio, que en efecto recibieron la confirmación de la central de radio que las placas eran las mismas, que ingresaron al parqueadero y en ese momento había una persona que estaba lavando el vehículo, quien manifestó que el vehículo no se había movido, que estaba lavando el auto para la venta, que

el que lavaba el auto, se enteró luego que era de apellido Peña, que en ese momento llegó otra persona quien dijo ser propietario del parqueadero y preguntó qué pasaba, que su compañero Villacrés tocó las latas del vehículo y advirtió que estaban calientes, que en ese momento, quien dijo ser el propietario del parqueadero, señaló que el carro lo habían prestado a un cliente para que se dé una vuelta; en ese momento advirtió un movimiento al fondo del parqueadero, que salían dos individuos por un corredor, que salían del último cuarto, costado izquierdo, que luego salió una señorita. El testigo en la sala de audiencias identifica a los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero, como las personas que salían de la habitación del fondo del parqueadero. Señala que ante esa circunstancia ingresaron a la habitación de donde salieron los referidos acusados, local que servía de cocina, que encontraron en ese lugar una funda negra con dinero y varias papeletas. Que la señorita que estaba en el lugar se notaba nerviosa y pidió ingresar al baño. Que luego de que saliera del baño, vaciaron el tacho de basura que había en ese lugar y encontraron entre los papeles documentos a nombre de un señor de apellido Ochoa. Que luego llegaron al lugar un joven y una señorita, funcionarios del INFA y con las fotografías que había en los documentos dijeron que esa persona que constaba en las fotografías de los documentos encontrados en el baño, había sido la que robó el dinero. 7. Washington Rodrigo Meléndrez Samaniego, indica que estuvo realizando como policía el servicio urbano en relevo con Samaniego, que escuchó el reporte de un robo y que se habría utilizado un vehículo Ford Explorer, color concho de vino, que este reporte lo escuchó cuando estaba por la Huayna Cápac, que le informaron además que este vehículo había sido encontrado en el interior de un parqueadero, indica que llegó a este lugar y cuando se encontraba cerrando el lugar, una persona se le acercó y le preguntó qué es lo que pasaba y luego se fue del lugar. Que luego en las investigaciones y cuando vio los documentos encontrados en el parqueadero, pudo determinar que la persona que constaba en las fotografías era la misma que estuvo en la puerta del parqueadero. Que reconoce a esa persona que estuvo en el parqueadero como el acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado, a quien reconoce en la sala de audiencias. Cuando la Fiscalía utiliza la evidencia designada como número 8, indica que en efecto son los documentos que él observó. 8. José Luis Rodríguez González, indica que en su calidad de perito, realizó la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, en un parqueadero ubicado en la Hurtado de Mendoza y Guapondélig, en un patio de vehículos, que está conformado por dos plantas, que existen varios vehículos en el lugar, que en la primera planta existe un pasillo que sirve de acceso, que existen varios cuartos a costado izquierdo y derecho, que hay un baño, que se observa varios papeles regados en el piso y varios documentos, dos boarding pass a nombre de un señor Córdova; que en la cocina, ubicada a lado izquierdo hay un mesón, sobre el mismo se observó una funda blanca y una funda negra, de plástico, varios paquetes con dinero, con cinta adhesiva, con escritura y papeletas de depósito y un dinero suelto. Indica que en la parte posterior de esta cocina, encontró un arma de fuego. La Fiscalía le exhibe las evidencias denominadas como “8, 9 y 10” y le pregunta si reconoce los mismos, ante lo cual el perito dice que esos documentos son los que encontró en el piso del baño. La Fiscalía le indica la evidencia material, el arma de fuego y le pide que responda si identifica la misma, ante lo cual el perito sostiene que es la misma arma que encontró en la cocina, que la puede identificar porque tiene una limadura, al igual que los cartuchos, porque algunos estaban encamisados. 9 Luis González Chávez Morocho, indica que es miembro de la Policía Nacional, que el día de los hechos se encontraba de patrullaje por Totoracocha, a eso de las 09h30 oyó un reporte por la frecuencia de radio de la Policía, sobre un robo que se había producido en la calle Sucre y Borrero, que indicaron que los

autores se movilizaban en un vehículo de placas GKJ-133, color concho de vino, que una unidad había ubicado a este vehículo en un patio de vehículos, que cuando llegó al sitio estaban ya varios policías. Indica que observó que los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre, pretendían salir del lugar con evasivas. Refiere que a los prenombrados los habían encontrado saliendo del fondo, de una cocina. Indica que en la cocina se encontró la suma de \$15.300, dólares en una funda blanca y una funda negra, que junto al dinero habían varias papeletas de depósito, que tras de la cocina se encontró un revólver, y que en el baño se había encontrado una documentación a nombre de un señor Ochoa. Indica que por versiones de su compañero de apellido Melendrez se enteró que Wellington Córdova, que era la persona cuyas fotografías constaban en los documentos encontrados a nombre de Ochoa, había estado en el lugar y que había salido por la puerta principal del parqueadero. Presentados los documentos por la Fiscalía, indica que son los mismos que fueron encontrados en el baño. Manifiesta que se procedió a incautar tres teléfonos celulares. 10. Fernando Sanmartín Sanmartín, indica que realizó el revenido químico del vehículo de placas GKJ-133, color concho de vino y constató que los números de chasis y motor, son originales, que no hay alteración. 11. Jaime Fabián Sánchez Tontag, indica que realizó el reconocimiento del arma de fuego y que se trata de un revólver marca Taurus, calibre 38, indica que le entregaron también para el reconocimiento cinco cartuchos sin disparar. 12. Víctor Santiago Flores Vera, indica que realizó el reconocimiento del lugar donde se produjo el robo, que se trata del local del INFA, que está ubicado en la calle Sucre 6-22 y Hermano Miguel, que para ingresar al local existe un zaguán, donde se dice se habría producido el hecho. 13. Diego Armando Cueva Asimbaya, como perito de Criminalística de la Policía Judicial, señala que realizó la transcripción de la información contenida en los teléfonos celulares que fueron obtenidos como evidencia de poder de los acusados; que el un teléfono de marca LG pertenece a Patricio Javier Romero Aguirre, que registra llamadas del teléfono de Juan Carlos Cabrera Domínguez, teléfono Samsung, los días 22, 24 y 26 de septiembre de 2011; que los contactos registrados son, el teléfono LG tiene como contacto al teléfono Samsung a nombre de “Juanca” y el teléfono Samsung tiene registrado como contacto al teléfono LG como “Mazo 2”. 14. César Gonzalo Parreño Ocaña, indica que realizó la experticia de audio y video de los soportes que le fueron entregados por la Fiscalía. Los videos se proyectan en la sala de audiencias y el perito describe que las escenas registran el seguimiento que se hace a un vehículo marca Ford Explorer, color concho de vino, que al mismo se le observa registrado en las cámaras de video vigilancia ubicadas en la avenida Huayna Cápac, que a este mismo vehículo se lo ubica en las calles Mariano Cueva y Juan Jaramillo, junto a una motocicleta. PRUEBA DE LA DEFENSA: Los acusados debidamente consultados por el Tribunal e informados sobre sus derechos constitucionales, en forma libre y voluntaria manifiestan que quieren ser escuchados por el Tribunal. De este modo,; A) Juan Carlos Cabrera Domínguez, dice al Tribunal que el día de los hechos, salió de su casa a eso de las 08h15, por el sector de Totoracocha, porque vio una camioneta marca Chevrolet Cheyenne en un parqueadero del señor Gutiérrez, que estaba interesado, que él tenía un Vitara y quería cambiar, que este señor Gutiérrez le dijo que regrese el martes; que su esposa le dejó en la casa de su abuela y desde ese lugar, a eso de las 09h00 fue donde su amigo de apellido Cabrera, que es latonero, para pedirle que le ayude a revisar el estado en el que se encontraba el vehículo en el que estaba interesado, que su amigo le dijo que ese momento no podía, por lo que decidió ir solo al parqueadero, que al llegar a ese lugar, cuando estaba revisando la camioneta un policía se le acercó y comenzó a hacerle preguntas sobre su presencia en ese lugar y que después llegaron más policías y procedieron a detenerlo. Pide

como prueba de su parte que se adjunten como prueba: a) documentos que prueba su buena conducta; y pide también se recepen los testimonios de: 1. Hilda Beatriz Verdugo Andrade, quien declara que lo conoce desde hace unos 20 a 25 años y por esa razón puede afirmar que su conducta haya dicho algo que decir, en todo ese tiempo. 2. María Augusta Bermeo Verdugo: Indica que el 27 de septiembre salió de su casa a comprar leche y vio que señor Juan Carlos Cabrera conversaba en una esquina con “el maestro Marcelino”, que le pedía que le acompañe a ver un carro en un parqueadero, que ella le aconsejó al maestro que fuera, que se gane un dinerito, pero que no le consta si finalmente fue o no al parqueadero. 3. Marcelino Virgilio Cabrera Espinoza, indica que Juan Carlos Cabrera llegó a su casa a pedirle que le dé viendo un carro que iba a comprar, que quería saber si el vehículo se encontraba en buenas condiciones. Manifiesta que en ese momento no tenía tiempo, por lo que quedaron en ir a eso del medio día, pero que Cabrera no llegó a verle. 4. Juan Pablo Balarezo Torres indica que le consta que Juan Carlos Cabrera es una persona de buena conducta. B) Patricio Javier Romero Aguirre, indica al Tribunal que salió de su domicilio con su novia y bajaron por la González Suárez, a la altura del cementerio, que debían hacer unos cobros en la ciudadela Tosi, que en el trayecto observó un parqueadero de venta de vehículos, que le pidió a su novia que avance a cobrar que él quería quedarse mirando los vehículos, que ingresó y observó que había una persona adentro, que luego le vio pasar al señor Juan Carlos Cabrera y a los cinco minutos de eso llegaron policías y les pidieron los documentos. Practica como prueba a su favor: a) prueba documental: certificados de antecedentes penales que evidencia que no registra antecedente alguno; así como el certificado conferido por el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, con el que demuestra su buena conducta posterior al hecho; b) prueba testimonial: 1. Silvia Alexandra Sucuzhañay Segarra, quien dice que el día de los hechos salía de su domicilio a cobrar un dinero a un amigo que le debía, que esta persona vive por la ciudadela Tosi, que fue acompañada de un amigo. Dice que cuando se trasladaban por el lugar observaron un parqueadero, a eso de las 09h15, que su amigo se quedó en el lugar y que ella fue a cobrar, que cuando regresó al parqueadero, a eso de las 09h30, ya no había nadie en el lugar. 2. Bertha María Ordóñez Hoyos, abona sobre la buena conducta de Patricio Javier Romero Aguirre. C) Roberto Carlos Peña Vintimilla, dice al Tribunal que desea acogerse al derecho a guardar silencio. Pero actúa como prueba a su favor: a) documental: documentos varios con los que dice probar su actividad de comerciante, que era quien manejaba las cuentas del negocio del parqueadero, facturas y RUC del establecimiento; b) testimoniales de: Bella Lourdes Cueva Arias, Carlos David Arévalo Arévalo y Marco Andrés Contreras Heras, con los que justifica su buena conducta anterior al hecho. D) Wellington Giovanni Córdova Maldonado, Dice al Tribunal que desconoce sobre los hechos, que ha sido víctima de persecución policial, que varias veces ha sido conducido a la Policía Judicial para tomarle fotos. Que el día 27 de septiembre se encontraba con su amigo con el cual había llegado de viaje. Que quiere detallar lo que hizo el día anterior a los hechos. Indica que el día 26 su esposa Catalina Calle se fue de viaje a la China, que él fue a despedirla hasta el aeropuerto de Guayaquil, que el viaje estuvo previsto para las 06h00 por KLM, pero que se retrasó y salió el vuelo a las 10h00, que regresó a su casa a las 13h00, que a esa hora le llamaron de un negocio que tiene en El Pasaje que le informaron que una bomba se había descompuesto, que no funcionaba, que le pidió a su amigo Jaime Ordóñez que le acompañe para ver la bomba, que fueron al Pasaje, que llegaron a eso de las 18h00 que tomó la bomba y la dejó en Machala para que la reparen, que a las 21h45 entregó la bomba reparada en El Pasaje, en un night club que es de su propiedad, para que siga funcionando; que viajaron a esta ciudad y llegaron a eso de las 24h00, que a esa hora fue al parqueadero y le encontró

tomando a “Marcelo”, que le invitó unas cuatro copas y luego se fue a casa de su amigo Jaime Ordóñez a tomar unas cervezas; que el día 27, a eso de las 09h00 fueron a servirse unos alimentos en el restaurante “Don Raúl”; que luego fueron a ver a la mamá de su amigo Ordóñez porque tenía una cita de negocios para venderle unos zapatos, que le invitó a almorzar, pero que él no aceptó porque tenía que realizar unos cobros en Las Orquídeas donde una señora “Susana” y se fue. Que desconoce todo lo que ha ocurrido. Como prueba de su parte presenta: a) Prueba documental: Presenta un cuaderno con varios apuntes con los que afirma demostrar que su actividad es el comercio; documentos de pagos al Servicio de Rentas Internas a su nombre; y facturas diversas. Presenta también certificados de antecedentes penales con los que afirma no tener antecedentes registrados; b) testimonial de: Jaime Eduardo Ordóñez Pesántez, quien manifiesta que no sabe nada sobre los hechos, que los días 26 y 27 de septiembre estuvo junto a Giovanni Córdova, que necesitaba mercadería, por eso fue a verle, pero que le pidió que le diera manejando un carro que quería ir al Pasaje; que llegaron del viaje el día 26 en horas de la noche, que luego fueron a un parqueadero donde salió “Marcelo” y que su amigo Córdova le dijo que tenía algunos documentos o cuentas que revisar y que entraron, que allí estaban tomando unas cervezas, hasta las dos de la mañana, que luego se fueron a una licorera que queda por la Yanahurco y Los Andes y compraron unas cervezas, que le invitó a Córdova a su domicilio, quien se quedó a dormir allí. Que el día 27 de septiembre, salieron a las 09h00 a comer en una cevichería, luego llamó su madre por la mercadería y se fueron por la ciudadela de los ingenieros, que allí Córdova sacó una mercadería, que se demoró unos veinte minutos, que al medio su mamá le invitó a comer, pero no aceptó porque, según dijo, tenía que ir a otro lugar. Al contra interrogatorio formulado por la Fiscalía responde que todo el tiempo estuvo con Wellington Córdova, desde el día 26 a la mañana del 27 de septiembre. Que se quedó a dormir en su domicilio, pero que no le consta si realmente durmió allí, porque cada quien se fue a su cuarto y al día siguiente salió del cuarto donde ingresó a dormir. CUARTO. VALORACION DE LA PRUEBA: La hipótesis acusatoria de la Fiscalía se sustenta en el delito de robo agravado, infracción tipificada en el Art. 550 del Código Penal y sancionada en el artículo 551 del mismo cuerpo legal y Art. 552 del mismo cuerpo legal, por haberse producido con violencia y con arma, en coautoría. La prueba aportada por la Fiscalía debe establecer los elementos mínimos de la teoría del delito para determinar la existencia del delito y que el acto acusado sea atribuible a los acusados. Al efecto se señala que el Art. 550 califica como robo a la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas. La prueba de la Fiscalía debe establecer estos elementos básicos: a) Sustracción fraudulenta: La Fiscalía, con los testimonios aportados por Wilson Burhuan, Zoila Elisa León Chica, Gemina Andrea Cordero Orellana, Carmen Leonor Guaranda Jiménez, ha demostrado que en efecto, el día 27 de septiembre de 2011, a eso de las 09h00, en el local de la Corporación denominada “Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia, CORPDESFA”, ubicada en las calles Sucre 6-28 entre Borrero y Hermano Miguel de esta ciudad de Cuenca, cuando el empleado de dicha Corporación salía con la suma de \$34.138,61 US, fue asaltado por un sujeto que se encontraba en el corredor de acceso a dicho local, quien con arma de fuego le arrebató la suma de dinero que portaba y que era producto de la venta de varios días de los diferentes locales que tiene dicha Corporación. La señora Carmen Guaranda afirmó que en efecto entregó dicha suma de dinero, con las diferentes papeletas de depósito para que sea depositado en las cuentas que tiene la Corporación en el Banco Pichincha. El testigo Wilson René Burhuan Yunga, empleado de la Corporación sostuvo en la audiencia de juicio, que en efecto recibió esa suma

de dinero para realizar el depósito, que cuando se aprestaba a salir del local, fue interceptado por un individuo, quien portando un arma de fuego le golpeó en el estómago y le arrebató el dinero que portaba. Es decir, queda demostrado que la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia, fue despojada, a través de su empleado, el señor Wilson René Burhuan, de la suma de \$34.138,61 de su propiedad, que lo portaba en el momento de la sustracción. Hubo una sustracción fraudulenta, porque la apropiación del dinero, de propiedad de la ofendida, se dio mediante violencia por parte del agresor, quien portaba un arma de fuego, con la que le golpeó al portador del dinero en el estómago. Con ese mecanismo fraudulento, se dio el desapoderamiento de la suma de \$34.138,61. La acción ejercida para apropiarse del dinero de la ofendida, no fue lícita, fue fraudulenta y con ánimo de apropiarse, pues el dinero salió de la esfera de dominio que en ese momento fue confiada al empleado de la Corporación, el señor Wilson Burhuan para que realice el depósito en el Banco Pichincha. Es más, parte de este dinero sustraído, es recuperado posteriormente por los agentes policiales, en el mesón de la cocina de un parqueadero; así han afirmado los policías Jorge Villacrés Vargas, Orlando Manuel Manobanda Sisa, Luis Gonzalo Chávez y otros.

b) Violencia, amenazas contra las personas o fuerza en las cosas: La infracción se cometió mediante mecanismos de violencia contra la víctima. El señor Wilson René Burhuan Yunga ha señalado que el agresor portaba un arma de fuego y que le golpeó en el estómago con la misma. Es decir, hubo el despliegue del autor del delito, de una energía física humana sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción, y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento” .

c) Ajenidad: La Fiscalía General del Estado, esencialmente con los testimonios aportados por Gemina Andrea Cordero Orellana, persona encargada de supervisar el dinero que ingresa a la Corporación por concepto de ventas de las sucursales, quien indica que en efecto el dinero que fue sustraído el día de los hechos, es de propiedad de la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia. Así lo ha afirmado también la representante legal de dicho organismo social, Carmen Leonor Guaranda Jiménez.

d) A más de estos requisitos de la teoría del delito, en cumplimiento con lo previsto en el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal, que “En los procesos por delitos de robo, hurto y abigeato se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída.” La Fiscalía ha justificado que en efecto la suma de \$34.138,61 que fue sustraída, existía, tanto más que esa suma fue entregada por Carmen Leonor Guaranda Jiménez a Wilson Burhuan Yunga, para que lo depositara. Es más, parte de ese dinero fue recuperado por los agentes policiales. Se ha probado también que el dinero estuvo en el lugar donde fue sustraído. El dinero lo portaba Wilson René Burhuan Yunga para depositarlo en la cuenta de la Corporación, y le fue arrebatado dentro de la Corporación, en el callejón de acceso, cuando se disponía a salir. Así lo ha afirmado Wilson René Burhuan Yunga. Una vez establecidas las categorías mínimas del tipo acusado y de la existencia de la infracción, resta determinar la responsabilidad de los acusados.

A) Para ello, el Tribunal considera que, en lo que respecta a la responsabilidad del acusado Welligton Geovanny Córdova Maldonado, existe prueba directa de su autoría, por los siguientes elementos probatorios:

a) Wilson René Burhuan Yunga afirmó que fue atacado por un individuo que se encontraba parado en el zaguán del local de la Corporación, cuando se disponía a salir. Que esta persona vestía una casaca negra, una gorra negra, unas gafas, un blue jean. Esta persona fue debidamente identificada por Gemina Andrea Cordero Orellana, minutos antes, cuando hablaba por teléfono y decía algo así como “nos vemos en el lugar acordado”. A esta persona la testigo observó plenamente, según ha dicho, porque en ese momento no tenía puestas las

gafas y su actitud le pareció “sospechosa”; b) Cuando los agentes policiales a través del operativo desplegado, logran ubicar el vehículo que se habría utilizado para cometer el delito, los testigos Wilson René Burhuan Yunga y Gemina Andrea Cordero Orellana, son conducidos a dicho sitio para que reconozcan las fotografías que constaban en unos documentos que habían sido encontrados. Gemina Andrea Cordero señaló en su testimonio que identificó plenamente en las fotografías a la persona que estuvo parada en el callejón de la Corporación hablando por teléfono, que es la misma que se encontraba ahora en la sala de audiencias, refiriéndose al acusado Wellington Córdova Maldonado. El testigo Wilson René Burhuan Yunga en su testimonio rendido en la audiencia de juicio indicó que no pudo identificarlo porque cuando fue atacado, usaba gafas y por eso no pudo ver su rostro. Sin embargo los policías Villacrés y Manobanda han sido contestes en afirmar que cuando fue puesto a la vista del testigo los documentos con las fotografías, Burhuan había indicado que la forma de la cara reconocía, especialmente la forma de la boca; c) En el parqueadero, donde se localiza el vehículo utilizado para el ilícito, dentro de un tacho de basura del baño, los agentes de la Policía Nacional, encontraron varios documentos, licencias de conducir y cédula de identidad, a nombre de Nardo Remigio Ochoa Carrión, con la fotografía del acusado Wellington Córdova Maldonado; d) El acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado el día de los hechos, sí se encontraba en el parqueadero, en el momento de la intervención policial, logró salir antes de que se cerrara el cerco policial, estuvo en la puerta de ingreso. Así lo relató el policía Washington Meléndrez Samaniego, que cuando llegó al parqueadero, donde se encontró el vehículo Ford Explorer color concho de vino, en el momento en que cerraba el local, se acercó un sujeto que le preguntó “qué pasaba”. Que en el curso de las investigaciones al observar las fotografías de los documentos encontrados en el parqueadero, pudo reconocer que el sujeto que se acercó a preguntarle en la puerta del parqueadero, era el mismo que constaba en las fotografías, a quien identifica incluso en la sala de audiencias como el acusado Wellington Geovanny Córdova Maldonado; e) El mismo acusado Wellington Córdova Maldonado ha admitido que estuvo en ese parqueadero, aunque sostiene que fue en horas de la madrugada, cuando estaba libando con el propietario del parqueadero. Pero no ha manifestado que sus documentos personales se hayan extraviado; además de que, los documentos no constan a su nombre, sino con el nombre de Nardo Remigio Ochoa Carrión, pero con sus fotografías. De este modo, la teoría del caso propuesta por el acusado Wellington Córdova Maldonado, de que el día de los hechos estuvo con su amigo Jaime Ordóñez, queda desvanecida, con la prueba testimonial, material y documental aportada por la Fiscalía General del Estado. B) Con respecto a la responsabilidad de los otros acusados, el Tribunal considera que la Fiscalía no ha presentado prueba directa que permita establecer su responsabilidad, no obstante los indicios probados, permiten establecer la presunción del nexo causal previsto en el Art. 88 del C. de P. Penal. De este modo, la responsabilidad del acusado Roberto Carlos Peña Vintimilla se establece con los siguientes indicios: a) En la teoría del caso, el referido acusado ha señalado que el día de los hechos condujo el vehículo Ford Explorer, color concho de vino, desde el parqueadero hasta el centro de la ciudad, conduciendo a un “cliente” que quería probar el automotor; b) Este vehículo Ford Explorer es observado en las calles Mariano Cueva y Juan Jaramillo, -por una persona, que no quiso identificarse, pero que proporcionó la información necesaria, el número de placas del vehículo, que permitió el descubrimiento del hecho por parte de los agentes policiales. Esta persona habría indicado –según lo ha relatado la representante legal de la Corporación Zoila Elisa León Chica- que llegó una motocicleta con dos personas, en forma precipitada hasta donde estaba este vehículo, que se bajó una persona de la moto, portando

una funda en sus manos y se subió al vehículo Ford Explorer; c) Los datos proporcionados por este informante son reales, primero porque otorgó el número de placas que permitió a los agentes policiales dar con el paradero del vehículo y con una parte del dinero sustraído; y también porque en el análisis de los videos que fueron realizados en audiencia de juicio por el perito César Gonzalo Parreño Ocaña, se pudo observar en efecto en las calles Mariano Cueva y Juan Jaramillo al vehículo Ford Explorer y a la motocicleta; d) Cuando se desarrolla el operativo policial y se ubica el vehículo dentro del parqueadero, el acusado Roberto Carlos Peña Vintimilla lavaba el vehículo, y cuando ingresan los agentes policiales les dice que ese vehículo “jamás salió del parqueadero”. No obstante el policía Jorge Villacrés manifestó en audiencia que tocó las latas del automotor y las notó calientes, lo que evidencia que el motor estaba caliente porque había sido utilizado. Así lo corrobora también el policía Orlando Manuel Manobanda Sisa. La responsabilidad de los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre se establece con los siguientes elementos: a) El informante de los hechos, señaló que observó que una moto con dos personas, se acercó hasta el vehículo Ford Explorer, color concho de vino, en el que se encontraban dos personas. Es decir se determina que en el hecho participaron por lo menos cuatro personas; b) Cuando los policías Jorge Villacrés y Orlando Manuel Manobanda logran dar con el paradero del vehículo que se buscaba –con los datos aportados por el informante- dentro del parqueadero, indican que en el patio solamente estaba una persona lavando el vehículo, es decir el acusado Roberto Carlos Peña Vintimilla. Sin embargo observaron que desde el fondo de una habitación –que posteriormente determinaron se trataba de una cocina- salían dos hombres y una mujer. Los dos hombres que salían de esta habitación eran los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre; c) En este lugar –cocina- los agentes policiales Villacrés y Manobanda, y luego los demás agentes policiales que se sumaron en el operativo, encontraron una funda negra, sobre un mesón, con dinero en varios paquetes y con papeletas de depósito. Es decir parte del dinero que fue sustraído a la Corporación. Así lo han confirmado los testigos Wilson Burhuan, Zoila León Chica, Gemina Cordero y Carmen Leonor Guaranda, quien inclusive reconoce las firmas puestas en las papeletas de sus compañeras de trabajo. Y además en esta habitación el oficial de policía José Luis Rodríguez González, encontró un revólver calibre 38 con varios cartuchos. Las teorías del caso expuestas por los acusados no son coherentes y no pueden sustentarse en forma lógica. El acusado Juan Carlos Cabrera Domínguez señaló en su teoría del caso que había observado una camioneta en un parqueadero y que tenía interés en adquirirlo, por eso fue a buscar a un amigo que es latonero para pedirle que le acompañe a revisar el estado en que se encontraba. Presenta como prueba de ello el testimonio de María Augusta Bermeo Verdugo y Marcelino Virgilio Cabrera Espinoza. No obstante estos testimonios no son concordantes entre sí, presentan contradicciones. La testigo María Bermeo afirma que observó que su vecino Marcelino Cabrera conversaba en una esquina con un señor que le pedía revisar el estado de un vehículo que quería comprar, que incluso se permitió aconsejarle que se gane un dinero. En tanto que el testigo Marcelino Cabrera manifestó que el acusado Juan Carlos Cabrera Domínguez le visitó en su domicilio para pedirle que le ayude a revisar un vehículo. Así lo sostuvo también el propio acusado en su teoría del caso. Teoría del caso que tampoco es creíble, toda vez que se indicó que estuvo en el patio del parqueadero, que nunca ingresó al inmueble. No obstante los policías Villacrés y Manobanda señalaron que observaron al acusado Juan Carlos Cabrera, salir de la cocina donde se encontró el dinero y el arma de fuego. En cuanto a la teoría del caso del acusado Patricio Javier Romero Aguirre indica que acompañaba a su enamorada a realizar el cobro de un dinero por la ciudadela Tosi, que de

pronto vio un parqueadero y quiso ver los vehículos y le pidió a su enamorada que avanzara a cobrar y que él se quedaría mirando los vehículos. Como sustento de esta hipótesis presenta como testigo a su enamorada, Silvia Alexandra Sucuzhañay Segarra, quien indica que en efecto su enamorado –el acusado Patricio Javier Romero Aguirre- le acompañó a realizar el cobro de un dinero a un amigo, en la ciudadela Tosi, que al pasar por el lugar su enamorado vio un parqueadero y quiso quedarse mirando los autos y le pidió que ella fuera a cobrar, que él le esperaba allí. Dice que su enamorado se quedó a eso de las 09h15 y que cuando ella regresó al parqueadero, después de cobrar el dinero, a las 09h30 ya no había nadie en el parqueadero. Situación inverosímil si se toma en cuenta que a esa precisamente es cuando se desarrollaba el operativo policial, se acordonaba la zona y se realizaban todas las experticias técnicas que ha demostrado la Fiscalía. De modo que no es creíble que en menos de quince minutos, todo el operativo policial y las pericias realizadas en la escena, en flagrancia delictiva, se hayan terminado; d) No está por demás señalar que los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre, a más de negar que se encontraban en el fondo del parqueadero, que siempre estuvieron en el patio, dijeron también que no se conocían entre sí. Sin embargo la pericia practicada a la información contenida en los teléfonos celulares, incautados a los acusados y que fuera realizada por Diego Armando Cueva Asimbaya, demuestra que los dos acusados sí se conocían, tanto más que se registran llamadas entrantes y salientes de los teléfonos LG incautado a Patricio Javier Romero y el teléfono Samsung de propiedad de Juan Carlos Cabrera Domínguez, aunque se indica que el día de los hechos no registran llamadas. ¿Acaso eso no evidencia que no hubo necesidad de realizar llamadas porque todo el tiempo estuvieron juntos, hasta cuando fueron detenidos por los agentes policiales? La Fiscalía General del Estado ha señalado que los acusados son coautores de la infracción. Al respecto es necesario indicar que los dogmáticos penales, entre ellos Claus Roxin, señalan que existe coautoría, cuando se tiene el dominio del hecho, por el conocimiento y la acción. El conocimiento determina el dolo y la acción la configuración real del tipo. Y además la ejecución común. Hubo ejecución común, pues se ha afirmado que el hecho fue cometido por cuatro personas, todas tenían asignada una función, es decir hubo división del trabajo: El que conducía el vehículo Ford Explorer; el que conducía la motocicleta y los acompañantes. Es decir los participantes en el delito, los cuatro acusados, tenían plena conciencia de lo que se hacía: sustracción del dinero de propiedad de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia y cada uno cumplió con su trabajo asignado: arrebató el dinero, conducir el auto Ford Explorer, conducir la motocicleta y acompañar en todo momento esta acción. Equivale a decir que los cuatro acusados tuvieron pleno dominio del hecho. Es decir hubo coautoría por el dominio funcional del hecho.

**QUINTO. SENTENCIA:** Por todo lo expuesto, este Tribunal integrado por los Jueces, Miguel Antonio Arias, quien lo preside, Simón Valdivieso Vintimilla y Cecilia Jara Tapia, tiene la certeza de que los acusados son responsables del hecho acusado: robo de \$34.138,61, de propiedad de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia, del que se recuperó la suma \$15.300, que todavía se encontraba distribuido en paquetes varios con las papeletas de depósito de la Corporación. Que este ilícito se cometió en el local principal de la Corporación ubicado en las calles Sucre 6-28, entre Hermano Miguel y Borrero, de esta ciudad de Cuenca, el día 27 de septiembre de 2011 a eso de las 09h00. Acto ilícito que fue cometido con violencia. En tal virtud, HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, considera que los ciudadanos Juan Carlos Cabrera Domínguez, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil divorciado, de 33 años de edad, de ocupación

comerciante, domiciliado en esta ciudad de Cuenca, en las calles México y Colombia, portador de la cédula de ciudadanía No 010243123-6; Roberto Carlos Peña Vintimilla, de nacionalidad ecuatoriana, de 31 años de edad, de estado civil divorciado, de ocupación comerciante, domiciliado en las calles Río Malacatus y Ayapungo, portador de la cédula de ciudadanía número 010265963-8; Patricio Javier Romero Aguirre, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil divorciado, de 28 años de edad, de ocupación comerciante, domiciliado en Cuenca en la avenida Huayna Cápac y González Suárez, con cédula de identidad número 010446824-9; Wellington Geovanny Córdova Maldonado, de nacionalidad ecuatoriana, de 38 años de edad, de estado civil unión libre, de ocupación comerciante, domiciliado en la calle Río Palora 1-107 y Guapondélig, con cédula de identidad número 010257864-8, son coautores del delito de robo agravado, delito tipificado en el Art. 550 del Código Penal y sancionado en los artículos 551 y 552 del mismo cuerpo legal porque se ha probado que el acto fue cometido con violencia (golpe en el estómago de la víctima), fue ejecutado en pandilla (cuatro personas) y con arma de fuego. En esta virtud se les impone la pena de reclusión menor de 9 años, la misma que por los atenuantes que han sido aportados, en un exceso procesal, toda vez que forman parte de su estado de inocencia, toda vez que la Fiscalía General del Estado no ha logrado demostrar que su conducta anterior o posterior no haya sido buena, en aplicación a lo previsto en el Art. 72 del Código Penal se la rebaja a cinco años de prisión correccional, que la seguirán cumpliendo en los centros de Rehabilitación en los que se encuentran al momento. REPARACIÓN: En cumplimiento de lo previsto en el Art. 78 de la Constitución de la República y lo señalado en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, reformado el 24 de marzo de 2009 y publicado en el Registro Oficial No 555, se impone la obligación a los acusados, al pago solidario de la suma de \$20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). El tribunal, en aplicación a lo previsto en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, numeral 6 considera que la actuación de la señora Agente Fiscal, Julia Elena Vázquez Moreno y de los defensores Danilo Faicán, Gustavo Quito Mendieta, Mario Aguirre y Damián Palacios, ha sido adecuada. Ejecutoriada esta sentencia gírese las boletas respectivas para legalizar la prisión de los sentenciados. Notifíquese.

#### **-HECHO FACTICO.**

El día martes 27 de septiembre de 2011, a eso de las 09h00, aproximadamente, el empleado de la Corporación de Desarrollo Social Para la Niñez y la Familia (CORPDESFA), Wilson René Burhuan Yunga, recibe de la señora Carmen Guaranda, la suma de \$34.138,61 US producto de las ventas de fármacos realizadas en los diferentes locales de la Corporación, en el período comprendido entre el 20 y 26 de septiembre, para que deposite en el Banco Pichincha. Se indica que el dinero estaba repartido en diferentes paquetes con distintas papeletas, listas para el depósito. En el momento que el empleado Wilson Burhuan se aprestaba a salir del local de la Corporación, ubicado en la calle Sucre 6-28 y Hermano Miguel, para cumplir con la diligencia encomendada, en el callejón de acceso, un individuo (reconocido posteriormente como Wellington Córdova) le intercepta con un arma de fuego, le golpea en el estómago, le quita el dinero y huye en una motocicleta. Wilson Burhuan da la alarma, los empleados llaman a la Policía Nacional y sus agentes se hacen presentes en el local para iniciar las investigaciones. En esas circunstancias, una persona que no quiso identificarse, informa que observó que los autores del asalto se transportaban en una motocicleta de color negro y que en las calles Juan Jaramillo y Mariano Cueva esperaba un

vehículo Ford Explorer, color concho de vino, con dos personas; que la motocicleta llegó en forma precipitada donde esperaba el vehículo y uno de los ocupantes se subió al mismo huyendo del lugar. Que este informante dijo que este procedimiento le pareció sospechoso y por eso anotó las placas del vehículo Ford Explorer, siendo las mismas GKJ-133. Los agentes policiales comunican estos detalles para el operativo de búsqueda y son informados, luego de unos minutos, que el vehículo ha sido encontrado en el interior de un parqueadero de venta de vehículos, ubicado en la avenida Hurtado de Mendoza y Guapondélig. En el interior de este local, en un cuarto que se utilizaba como cocina, se encuentra la suma de \$15.370 US, distribuidos en diferentes paquetes, con las papeletas de depósito de la Corporación ofendida; y además se encuentra en este lugar, un arma de fuego calibre 38 con varios cartuchos. Que de esta habitación los agentes policiales vieron salir a los acusados Juan Carlos Cabrera Domínguez y Patricio Javier Romero Aguirre. Se indica que los agentes policiales encontraron dentro del baño, en un basurero, varios documentos como licencias de conducir y cédula de identidad a nombre de Nardo Remigio Ochoa Carrión, pero con la fotografía de Wellington Geovanny Córdova Maldonado

#### **-ADECUACION TIPICA.**

Al respecto es necesario indicar que los dogmáticos penales, entre ellos Claus Roxin, señalan que existe coautoría, cuando se tiene el dominio del hecho, por el conocimiento y la acción. El conocimiento determina el dolo y la acción la configuración real del tipo. Y además la ejecución común. Hubo ejecución común, pues se ha afirmado que el hecho fue cometido por cuatro personas, todas tenían asignada una función, es decir hubo división del trabajo: El que conducía el vehículo Ford Explorer; el que conducía la motocicleta y los acompañantes. Es decir los participantes en el delito, los cuatro acusados, tenían plena conciencia de lo que se hacía: sustracción del dinero de propiedad de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia y cada uno cumplió con su trabajo asignado: arrebatar el dinero, conducir el auto Ford Explorer, conducir la motocicleta y acompañar en todo momento esta acción. Equivale a decir que los cuatro acusados tuvieron pleno dominio del hecho. Es decir hubo coautoría por el dominio funcional del hecho. QUINTO. SENTENCIA: Por todo lo expuesto, este Tribunal integrado por los Jueces, Miguel Antonio Arias, quien lo preside, Simón Valdivieso Vintimilla y Cecilia Jara Tapia, tiene la certeza de que los acusados son responsables del hecho acusado: robo de \$34.138,61, de propiedad de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia, del que se recuperó la suma \$15.300, que todavía se encontraba distribuido en paquetes varios con las papeletas de depósito de la Corporación. Que este ilícito se cometió en el local principal de la Corporación ubicado en las calles Sucre 6-28, entre Hermano Miguel y Borrero, de esta ciudad de Cuenca, el día 27 de septiembre de 2011 a eso de las 09h00. Acto ilícito que fue cometido con violencia.

#### **-COMENTARIO.**

En el presente caso pienso que no están correctamente bien establecidos los grados de participación de los intervinientes en el delito.

Si partimos de que el dominio del hecho funcional lo deben tener todos los intervinientes, en este caso podemos notar que no es así; no todos tiene en sus manos la rienda del curso causal, no todos son dueños y señores del curso causal, ya que si bien es cierto la fase subjetiva se cumplió; esto es, se dieron todos los actos preparatorios, existió también sin duda un plan común, un acuerdo de voluntades, una división de roles, así como una ejecución conjunta y finalmente contribuciones esenciales típicas y no típicas, el punto de quiebre a mi criterio se da en la fase objetiva- ejecutiva; ya que si consideramos que el autor además es la figura central del acontecer, veremos aquí que esta calidad únicamente la podían tener las personas que en la fase ejecutiva cumplieran con lo que el tipo penal consagra, o con acciones trascendentales para la realización del TIPO; en la especie, el primero de los agentes es quien llega al local de la Corporación de Desarrollo Social para la Niñez y la Familia, y aplicando violencia e intimidación ya que se encontraba armado desapoderado del dinero a los personeros de esta institución y amedrentando al resto de empleados del lugar y golpeando incluso a uno de ellos, se retiró del sitio con el dinero sustraído. Por tanto la conducta de este sujeto activo de la infracción penal es sin duda merecedora de reproche en el grado de coautoría.

En su lugar, y en vista de que el aporte al hecho funcional es trascendental por parte de quien manejaba la motocicleta, que si bien en realidad no son acciones ejecutivas típicas, su aporte es esencial en la contribución por la división del trabajo en la fase de ejecución del delito, su conducta por tanto es más halla de suficiente como para aseverar que es coautor del delito junto con el primer agente de la infracción penal.

Como dato que no es menor, citaremos lo que plantea el Profesor Roxin: “Sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho, lo que se deduce de varias consideraciones:

1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso.

2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente "dominar" el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliaren la preparación en algún momento tiene que dejar de su mano el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.

Lo cual lo ilustra precisamente el ejemplo ideado por BOCKELMANN en apoyo de la postura contraria: el empleado del banco puede dar el soplo al ladrón profesional de cuando está repleta la caja y de cuando el guarda está haciendo la ronda; pero a partir de ahí ha quedado eliminado del juego; lo que ocurra ya y cómo se ejecute, tiene que "dejarlo a criterio" del ladrón. No cabe hablar en absoluto de que en la realización del suceso que

coincide con la imagen típica, esto es, el robo en sí, domine la situación”. Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Ps. 325-326

En la especie existía el dominio del hecho funcional, solo con respecto a los dos primeros sujetos quienes dominaban el hecho objetivamente, ya que el que arriba primero cumplió con la conducta típica de robo y el segundo sujeto de la moto realizó un aporte esencial al hecho funcional ya que si se retractaba el hecho delictivo podía frustrarse.

En conclusión, en el caso de los dos primeros intervinientes su conducta se ajusta con los elementos constitutivos de la coautoría funcional en el plano subjetivo y objetivo, con lo que consagra el tipo penal del delito tipificado en el Código Penal que estuvo en vigencia en el Art. 550 y sancionado en los artículos 551 y 552 del mismo cuerpo de leyes, siendo acertada la adecuación típica que realiza el tribunal juzgador, ya que dicen: “se ha probado que el acto fue cometido con violencia (golpe en el estómago de la víctima), fue ejecutado en pandilla (cuatro personas) y con arma de fuego”.

Sin embargo, la conducta del resto de participantes; los dos, que se trasladaban en el vehículo a mi criterio es de complicidad, primero porque su conducta no se subsume en el tipo penal de robo; segundo, las acciones de estos a mi criterio no son trascendentales para la realización del TIPO, esto es, su contribución es de poca importancia para el éxito de la empresa criminal, la contribución de estos encierra únicamente un efecto favorecedor, por lo tanto son cómplices, además no tenían el dominio del hecho funcional en la fase objetiva, si se retractaban del delito éste ya estaba consumado, dependían del actuar de los dos primeros por lo que sin duda que su aporte es no esencial y no llegan a ser coautores de la infracción penal, sino partícipes (cómplices secundarios).

Finalmente, a mi criterio no es correcto el fundamento del tribunal juzgador con respecto a la participación de los dos sujetos que se encontraban en el vehículo, si bien es cierto que, como dice el tribunal juzgador: “se ha probado que el acto fue cometido con violencia (golpe en el estómago de la víctima), fue ejecutado en pandilla (cuatro personas) y con arma de fuego”, esta adecuación típica, no cabe para quienes se encontraban en el vehículo por lo que no existió pandilla, el aporte de estos no es esencial, sino que su conducta es de complicidad secundaria, por lo que debió sentenciárseles tomando en cuenta su grado de participación y por ende la gradación de la pena tenía que ser menor, ya que si estos desistían de su actuar el delito ya estaba consumado.

“Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores. Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Parte general, segunda edición, Editorial Hammurabi SRL, República Argentina- Agosto 1999, pag.502

Pienso también que en el aporte objetivo que se da en la fase ejecutiva del delito, la conducta de los intervinientes tiene que subsumirse en el tipo penal de la parte especial que corresponda al hecho concreto, para esto cito al Profesor Zaffaroni quien nos enseña cómo opera objetivamente y subjetivamente la coautoría.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, nos enseña casos de autoría plural o coautoría, y nos dice:

“La coautoría puede ser concomitante, cuando cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. Pero también puede ser que cada uno realice una parte de esta, porque ha habido un reparto de la tarea criminal. En tal supuesto la autoría será funcional si cada interviniente ha hecho un aporte necesario conforme al plan concreto del hecho, o sea, si sin su aporte este no hubiese podido concretarse o si interrumpiendo su aporte hubiese frustrado la concreción del hecho. Esta autoría por reparto funcional de la empresa criminal requiere que cada uno de los aportantes necesarios reúna los requisitos típicos de la autoría si esta fuese calificada.

El profesor, cita como ejemplos de lo dicho los siguientes:

**Autoría Funcional:** Se distribuyen funcionalmente la tarea criminal. Tres personas entran a un banco, uno está armado y amenaza al personal y a los clientes; otro recoge el dinero de los cajeros, el tercero vigila que nadie toque la alarma.

**Autoría Concomitante:** Todos realizan la misma conducta simultáneamente. Tres personas entran a un banco armados, amenaza cada uno a un cajero y le exigen el dinero, lo toman y salen del banco.”

Por todo lo analizado, concluyo que no existe coautoría en el presente caso, con respecto a los que se encontraban en el vehículo, respetando el criterio sin duda del tribunal que considera que si existió.

## **CAPITULO III**

### **3. Complicidad.-**

Artículo 43 Código Orgánico Integral Penal.- Cómplices.- Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

No cabe complicidad en las infracciones culposas.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

Entendemos pues que la complicidad “se trata de una contribución dolosa a la realización de un delito con actos anteriores o simultáneos a la misma que no pueden, en ningún caso, ser considerados como de autoría”. Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General octava edición, EDITA: TIRANT LO BLANCH, Valencia 2010. pág. 445.

#### **Comentario:**

El cómplice no puede ser autor en virtud de que éste no tiene el dominio del hecho, ni es figura central en el suceso, ni tampoco es señor de los acontecimientos, lo que realiza es una ayuda dolosa en un delito ajeno.

En su lugar la complicidad secundaria se fundamenta en que la ayuda prestada al autor del delito no sea necesaria, ayuda que puede ser aceptada de manera implícita o expresa por parte del autor del injusto penal.

En lo que respecta a los actos anteriores o simultáneos, los mismos tienen que ser realizados antes o durante la ejecución o comisión del delito, nuestro Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 43 nos dice que: “Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen en actos secundarios, anteriores (actos preparatorios) o simultáneos a la ejecución de una infracción penal...”, debiéndose a mi criterio entender como actos secundarios; a la cooperación ofrecida con anterioridad a la ejecución del delito y que posterior a la ejecución del mismo ésta cooperación se efectúa, en calidad de actos secundarios; esto es, cuando el agente brinda ayuda posterior a la ejecución del hecho, cumpliendo las promesas anteriores a éste, como quién le esconde en su casa al que cometió el delito, en cumplimiento del ofrecimiento realizado antes de la ejecución de la infracción.

En su lugar el cómplice primario, es el que presta una ayuda necesaria para la comisión del hecho doloso, pero solo en la preparación de éste, ya que si interviene en la ejecución es sin duda coautor. Por ejemplo, el Gerente del Banco Central del Ecuador, que entrega la clave de la caja fuerte a los que van a perpetrar el delito, es cómplice primario su aporte es necesario.

La ayuda debe ser causal del resultado, para que se configure la complicidad.

Criterio vertido con fundamento en la Teoría del Dominio del Hecho.

### **3.1 Concepto.-**

“Se podría afirmar que el cómplice es aquel que interviniendo de cualquier manera en el hecho, sin el dominio funcional ni con las características de autor idóneo, participa en el hecho de otro y es cómplice.

Cómplice, en sentido amplio, es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro. En palabras de Jescheck, complicidad es el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado. También se puede afirmar que es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso”.<sup>78</sup>

“Es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro por actos anteriores o simultáneos”.<sup>79</sup>

### **3.2 Elementos concurrentes de la Complicidad.-**

“Aspecto objetivo de la complicidad secundaria. La complicidad secundaria consiste en una cooperación que se presta al autor de un injusto penal. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico.

El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de participación secundaria. Si el autor no se entera de la ayuda que se le presta o si, enterado, la ha rechazado, no puede haber complicidad secundaria. No es necesario que el autor sepa concretamente de quién procede la ayuda, ni tampoco que cumpla ninguna formalidad para aceptarla. Así, quien recoge el arma que alguien le arroja, está conociendo y aceptando la ayuda. A este respecto también basta con la incorporación eventual del aporte como ayuda a su fin realizado: quien toma la piedra que está al alcance de su mano sin importarle si otro la puso allí a-profeso para que la tomase, está aceptando la ayuda y hay cooperación y, por ende, complicidad- por parte del otro.

---

<sup>78</sup> Edgardo Alberto Donna, Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>79</sup> Enrique Curay Urzúa, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, tercera Edición. pág. 628

En lugar, nunca puede ser cómplice secundario el que dispone las cosas en forma tal que el autor resulte engañado y crea que es un efecto de la naturaleza o del azar.

Para que haya complicidad secundaria, la cooperación nunca debe ser necesaria para la comisión del hecho.

Es requisito necesario que el aporte que hace el cómplice sea causal para el resultado. La mediación de una relación causal entre el aporte y el resultado es requisito de cualquier forma de participación y, por consiguiente, también de la complicidad, sea que ésta asuma la forma de una complicidad por cooperación física o por cooperación psíquica con el autor.

La cooperación física es la acción que facilita la conducta del autor. En cuanto a la cooperación psíquica, se pueden distinguir dos formas: el "consejo técnico" y el reforzamiento de la decisión del autor .

La cooperación psíquica por "consejo técnico" es la que proporciona el que da las indicaciones que facilitan el hecho, sea que estas lleguen a su conocimiento por vía de su experiencia, de su especial capacitación personal o profesional o de sus indagaciones previas. En este sentido, es cómplice "psíquico" o "intelectual", el "entregador", como también lo es el planificador (en tanto no asuman el papel de instigador o la planificación o información no resulten necesarias, en cuyo caso serán cómplices necesarios, si es que no toman parte en actos de ejecución).

Hay otra forma de cooperación psíquica, que es el fortalecimiento de la decisión del autor, que debe manejarse con mayor cuidado. Esta forma de cooperación psíquica no debe tomarse con extensión tal que cualquier fortalecimiento de la decisión del autor sea considerado complicidad, porque se olvidaría que la complicidad presupone la causalidad. La mera racionalización que acalla la conciencia de quien está ya decidido al delito, la apelación sentimental para darle mayor seguridad, no configuran una complicidad, porque no son causales del resultado. La única forma de participación psíquica por fortalecimiento de la decisión del autor que hay en nuestra ley es la promesa anterior al delito ejecutada con posterioridad.

La complicidad consistirá siempre en el aporte que se hace antes del hecho; la efectiva -prestación de la ayuda prometida es una condición de operatividad de la coerción penal; el incumplimiento de la promesa opera como causa de exclusión de la penalidad del cómplice.

Como principio general, entendemos que es correcto admitir que el aporte psíquico debe consistir en una promesa hecha al autor antes de la ejecución o durante la misma; pero, teniendo en cuenta la naturaleza de aporte psíquico a la voluntad realizadora del autor, resulta claro que la misma sólo será participación cuando tenga idoneidad para mantener la voluntad realizadora o para impulsarla. Así, quien promete ocultar al autor mientras éste mantiene a alguien secuestrado, una vez que termine el secuestro y cobre el rescate de la víctima, será un partícipe y no un encubridor, porque la promesa tiene

virtualidad para mantener la voluntad realizadora del autor. En cuanto al tiempo en que debe cumplirse la promesa, ésta debe ser posterior a la ejecución.

Por lo que respecta a la identidad precisa de la ayuda posterior con la prometida, estimamos que no se requiere en forma absoluta, bastando con que sea de la naturaleza y entidad de lo prometido en líneas generales. Así no se daría el requisito si quien promete ocultar, luego se limita a dar al autor una pequeña suma de dinero para que huya como pueda, pero se cumpliría aunque en lugar de ocultarle en el sitio prometido lo hiciera en otro diferente y menos seguro. Por supuesto que el requisito se cumplirá, cualquiera sea la ayuda, cuando la promesa fue de incondicionalidad absoluta.

Una característica general de la complicidad secundaria es que ésta puede tener lugar tanto en los actos preparatorios como en los actos ejecutivos y aún después de la consumación con tal que sea antes del agotamiento.

La distinción con la complicidad secundaria es la siguiente:

Aspecto objetivo de la complicidad primaria Cóplice primario es el que presta un auxilio o cooperación que, valorado "ex-ante" y en forma concreta, sea necesario para la comisión del hecho, pero que no es autor, sea porque lo presta en una etapa preparatoria o porque no tiene las calidades que el tipo exige para el autor en los "delicta propria" o no realiza personalmente la acción señalada por el verbo típico en los delitos de propia mano.

El cómplice primario es el que sin ser autor, presta al autor una cooperación o un auxilio necesario para la comisión del hecho. Se distingue del cómplice secundario en que éste presta al autor una cooperación que no es necesaria para la comisión del hecho.

El aspecto subjetivo de la complicidad. Dadas las diferencias que en el plano objetivo presentan las tipicidades de la complicidad primaria y de la secundaria, resulta lógico que el dolo de una y otra difieran.

En la complicidad primaria es necesario que el sujeto sepa que está realizando un aporte necesario. En la complicidad secundaria es necesario que sepa que realiza un aporte no necesario y que el autor lo acepta.

Cuando en la complicidad secundaria el sujeto ignore que el autor acepta, no habrá dolo y la conducta será atípica; cuando suponga falsamente la aceptación del autor, faltará el aspecto objetivo de la complicidad y la acción será igualmente atípica. Cuando el aporte sea innecesario y lo ignore, por suponer que es necesario, responderá por su dolo, es decir, por complicidad secundaria; cuando ignore que se trata de un aporte, la conducta será atípica por falta de dolo.

En la complicidad primaria, si el sujeto ignora que el aporte es necesario siempre faltará el dolo de complicidad primaria. Si ignora que se trata de un aporte faltará todo dolo; si supone que es un aporte innecesario, se trata de una falsa suposición de atenuantes”.<sup>80</sup>

Las diferencias entre autor, cómplice primario y secundario, descansa en que el primero de estos tiene el dominio del hecho subjetiva y objetivamente, es dueño y señor del curso causal, tiene en sus manos la rienda de este, es la figura central del acto delictivo, tiene en suma el dominio de la acción ya que ejecuta el hecho por sí mismo y dolosamente.

### **3.3 Clases de complicidad.-**

Hay que diferenciar de manera clara los cómplices primarios y secundarios, para lo cual tomaremos como eje central del estudio, “cuando una colaboración es indispensable o no en la comisión de un delito”; y así, poder establecer la presencia de una complicidad primaria o secundaria.

### **3.4 Cómplice Primario.-**

“El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación del hecho aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse

Quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse sólo será cómplice si no toma parte en la ejecución, sino sólo en la preparación del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues con un aporte decisivo hubiera tenido el dominio del hecho. Ejemplo: El gerente de un banco que brinda a los autores antes de la ejecución la clave de la cerradura del tesoro que estos utilizarán en la ejecución del asalto, es cómplice primario. Si en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre el tesoro, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor.”<sup>81</sup>

“Desde nuestra perspectiva, se es autor sólo si se tiene el dominio del hecho, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Luego, la única forma de que sea autor, aunque intervenga en la ejecución, es que sea señor de los acontecimientos. Por lo tanto, la calidad de autor o de cómplice depende del dominio del hecho que tenga la persona”.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General IV, impreso en la Argentina copyright by EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y financiera Tucumán- Buenos Aires 1999. ps. 397-408.

<sup>81</sup> Enrique Bacigalupo, Ob. Cit. Ps. 210-211.

<sup>82</sup> Edgardo Alberto Donna, Ob. Cit. Pág. 113.

### 3.5 Cómplice Secundario.-

En este caso la dificultad se nos presenta en establecer, cuando una colaboración es o no indispensable para la comisión de un delito, de esta discriminación podremos establecer la existencia del cómplice primario y del cómplice secundario, para el efecto citaremos algunos criterios y tomaremos en cuenta fundamentalmente lo que dicen Edgardo Alberto Donna y Enrique Gimbernat Ordeig al respecto:

a) “El llamado criterio concreto afirmaba que será cooperador necesario aquel que con su conducta ponga una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido. En términos causales vendría a decir que es la condición sin la cual el resultado no hubiera podido efectuarse. Es autor todo el que pone una causa sin la cual el resultado no se habría efectuado, aceptando así, en este sentido, la teoría de la equivalencia de las condiciones. (Todos son considerados autores sin importar el grado del aporte causal realizado al hecho delictivo) Cerezo ha sostenido que este criterio lleva a estimar que toda cooperación es necesaria, con lo cual se vacía de contenido la complicidad.

b) El criterio abstracto afirma que hay que dejar de lado las circunstancias concretas del caso y preguntarse si la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito. La crítica en este caso es que nunca será la cooperación necesaria, porque en abstracto siempre se habría podido conseguir otra forma de actuar. Como ejemplo, se da el caso de que frente a un homicidio éste se habría podido cometer sin la pistola que le entregó el otro delincuente (otro día y utilizando un arma distinta).

c) La teoría de los bienes escasos-" es la que parece acercarse a una solución satisfactoria del problema, vamos a tomar la explicación de la teoría directamente de Gimbernat Ordeig. Comienza afirmando, y creemos con razón, que si interpretásemos la participación necesaria en sentido abstracto, el juez, ante la imposibilidad de determinar con seguridad qué es lo que habría sucedido sin la conducta delictiva, tendría que subsumir todos los comportamientos en complicidad no necesaria. Ello indicaría que la interpretación abstracta está en contradicción con la voluntad objetiva de la ley”.<sup>83</sup>

“En su lugar, el criterio concreto no tiene ninguna relación con la diferencia material que existe entre autoría y complicidad. (Si la pena señalada al cooperador necesario es mayor que la asignada al auxiliador, ello tiene que ser porque el comportamiento de aquél es más reprobable que el de éste.)”<sup>84</sup>

Para desarrollar su tesis el autor citado parte de tres principios:

a) “Cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto.

---

<sup>83</sup> Edgardo Alberto Donna, Ob. Cit. Pág. 115-116.

<sup>84</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. Editorial B de F Ltda. Montevideo- Buenos Aires, año 2007. Pág. 127.

b) Está fuera de duda que la ley hace referencia a una actividad de especial importancia para el resultado, razón por la cual el Código Penal otorga a la cooperación necesaria una pena mayor a la impuesta al partícipe secundario, cuya conducta no es demasiado importante para la consecución del resultado delictivo. Pero, ¿qué quiere decir contribución de especial importancia? ¿Lo es entregar la pistola o el puñal o indicar la dirección de un sujeto dispuesto a practicar el aborto?

c) El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: en la conversación de cada día también hablamos de prestaciones o de cosas sin las cuales no habríamos podido hacer esto o aquello. Y hablamos de ello ignorando cual es el curso que habrían seguido los acontecimientos si no hubiéramos podido disponer de esas cosas.

Para comprender el sentido de cooperación necesaria es menester poner un ejemplo. Si un inventor carente de recursos dice: gracias a los \$ 200.000 que me ha prestado ese capitalista he podido comprar el material necesario para fabricar la máquina que he descubierto; sin ese dinero no hubiera podido construirla. Y es posible hablar así, aunque nunca pueda llegar a saber con certeza si, esforzándose, hubiera podido conseguir por otra parte esa suma de dinero. Sin embargo, al inventor no se le ocurrirá ir a la tienda donde compro el destornillador con el que apretó los tornillos de la máquina y agradecer al dependiente que le haya proporcionado el instrumento; no se le ocurrirá decir que gracias a ese dependiente ha podido construir su máquina, que sin su ayuda ello no habría sido posible. Y, no obstante, no hay duda de que ese destornillador fue una condición sine qua non del resultado, que es la máquina. Pero, ¿por qué se dice que la ayuda del capitalista ha sido imprescindible y porque no se dice lo mismo de la actividad del dependiente de la tienda? La respuesta según Gimbernat, es la siguiente: los \$ 200.000 son bienes escasos, y, por el contrario, el destornillador no lo es.

En muchos casos no habrá dificultad para decidir si la actividad o el objeto han sido o no imprescindibles. El cuchillo, suministrado para cometer un homicidio, no es un bien escaso, porque se puede adquirir por una cantidad moderada de dinero. En cambio, hay que considerar bien escaso una complicada maquinaria para falsificar billetes”.<sup>85</sup>

“Entonces, para determinar si una cosa es escasa, esto es, si su aportación al delito es necesaria, se debe pronunciar un juicio provisional, que se convertirá en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares. Desde un punto de vista general, no son escasos, por ejemplo, el cuchillo ya mencionado, un bolígrafo, un martillo, una cuerda, etcétera. En esta calificación provisional que opera sólo con factores de carácter general hay que tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. Un bolígrafo utilizado como instrumento de una falsedad puede ser un bien abundante en una gran ciudad, pero uno escaso en un pequeño poblado de la selva africana.

Ese juicio provisional se convierte en definitivo cuando, en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa. Las \$ 200.000 pesetas que cobra el inventor dejan de ser una contribución de un bien escaso, sin el cual la máquina no se hubiera construido, si se

---

<sup>85</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. Ob. Cit. Ps.128-130.

comprueba que el autor tenía una fortuna personal de muchos millones de pesetas. En este proceso de constatación de la escasez de un bien, no entran para nada en juego consideraciones hipotéticas: no se trata de averiguar si el inventor habría podido conseguir aquel dinero de alguna otra forma, por ejemplo, ganando la lotería; se trata de saber si esa cantidad era o no escasa para él.<sup>86</sup>

“Hay que acentuar la idea de Gimbernat en cuanto señala que el juicio ex ante es el único que permite una calificación justa de la actividad del partícipe. "Si yo quiero contribuir a un delito, lo único que puedo saber en el momento de realizar la prestación es si el objeto que entrego es uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto; esto es si el objeto es escaso o abundante. La conciencia de la entrega en esas condiciones es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de la conducta.

Entonces, parecería que la idea del legislador es que, si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es cooperador necesario, prescindiendo de si, por azar o realizando un esfuerzo, el autor material hubiera podido -o no- obtener el bien que aquél le proporciona. En cambio, si lo que se entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces es cómplice secundario. Haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor principal (cooperación no necesaria); esto y sólo esto es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de mi conducta, y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o secundaria.

Mir Puig observa que la teoría de los bienes escasos es útil para auxiliar a decidir si la aportación del cómplice se presentaba ex ante, ante los ojos del espectador objetivo, atendiendo al plan del autor como conditio sine qua non de la realización del delito.

Para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, afirma Fierro que el criterio más correcto es el objetivo, esto es analizar los aportes y su importancia en referencia al hecho y las necesidades del autor y de los cómplices.<sup>87</sup>

Como respuesta a estas posiciones y criterios me resulta lógico citar al Profesor Soler que dice : “ Obsérvese, sin embargo, que nuestra ley no califica como cómplice primario al que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría sucedido, sino al que **ayuda** con algo sin lo cual el hecho no habría podido cometerse. El juicio a formularse no es, pues, de naturaleza absolutamente mental e hipotético de eliminación, sino que se basa en el examen de la posibilidad que el autor en concreto tenía. La apreciación de la calidad de ese aporte dependerá, por tanto, de su naturaleza imprescindible para los autores. Con ello, podrá distinguirse, en cada caso, la complicidad primaria de la secundaria” Sebastián Soler Derecho Penal Argentino II actualizador Guillermo J. Fierro TEA Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires 1992. pag.321.

---

<sup>86</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. Ob. Cit. Ps. 131-132.

<sup>87</sup>Edgardo Alberto Donna. Ob. Cit. Ps. 119.120.

Cita que lo hago porque si hablamos que el cómplice primario es el que pone una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido, estaríamos confundiendo la complicidad con la coautoría, ya que sabemos que en la coautoría cada uno realiza un aporte funcional, que sin el cual la empresa criminal no tuviera éxito; es por esto, que considero que lo lógico es sostener lo que el profesor Soler dice: que cómplice primario es el que **ayuda** con algo sin lo cual el hecho no habría podido cometerse; por tanto, la calidad del aporte se apreciara por la naturaleza del mismo, esto es en que tan imprescindible es no es para el fin del autor en el caso concreto.

Considero que planteadas así la cosas la Teoría del Dominio del Hecho es viable para distinguir cuando el aporte es esencial y cuando no lo es para luego de esto si poder distinguir la complicidad primaria de la secundaria.

Finalmente pienso que la tipificación de la complicidad del Código Orgánico Integral Penal está en relación con la Teoría del Dominio del Hecho ya que nuestra legislación no diferencia entre cómplices primarios y secundarios, como si lo hace la argentina por ejemplo y es allí donde nace el problema que a mi discernimiento el Profesor Soler es el que plantea la mejor solución.

### **3.6 Análisis caso práctico**

Citamos dos sentencias dictadas por los Tribunales de Garantías Penales de la Ciudad de Cuenca.

#### **SENTENCIA NUMERO 1.**

Juicio No. 01903-2012-0006. Juez Ponente: Dr. Mateo Ríos Cordero. TERCER TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DEL AZUAY.- Cuenca, 22 de Julio de 2014, a las 08H10. VISTOS.- El Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, integrado en la presente causa por los Jueces: Mateo Ríos Cordero –Presidente-, Luis Flores Idrovo, César Pesantez Ochoa, se constituyó en audiencia, oral, pública y contradictoria, con el fin de resolver la situación jurídica de los acusados LUIS ALFREDO NOGALES ESTANCIO acompañado de la Dra. Teresa Capón, ANGEL HECTOR ZAMORA MANZABA con su abogada Dra. Norma Reyes Solano, STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE con su defensor abogado Roberto Crespo Crespo, HENRY PATRICIO VERA SÁNCHEZ representado inicialmente por el Dr. Damián Palacios Riqueti, para luego incorporarse en la etapa de debates el Dr. Erwin Blum Baquedano, MIGUEL VILLAMIZAR SEPÚLVEDA con su defensa la Dra. Blanca León Pacheco, LUIS ALBERTO SALAZAR SUAREZ con sus abogados Drs. Byron Castro y Carlos Tibán este último no asistió a la etapa de debates. Instalada la audiencia, por medio de Presidencia, se hizo conocer a los acusados de sus derechos constitucionales, el motivo por el que fueron llamados a juicio por el Juzgado Tercero de Garantías Penales del Azuay, que refiere a los procesados LUIS ALFREDO NOGALES ESTANCIO, ANGEL HECTOR ZAMORA MANZABA, STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE, HENRY

PATRICIO VERA SÁNCHEZ, MIGUEL VILLAMIZAR SEPÚLVEDA, LUIS ALBERTO SALAZAR SUAREZ, en calidad de presuntos AUTORES y responsables del “delito tipificado en el Art. 550 y sancionado en el Art. 551, en relación con el Art. 552, numerales 2 y 4, en relación con el Art. 450 numerales 1 y 5 del Código Penal (relación en cuanto se refiere a las circunstancias de cometimiento del ilícito) –SIC-, respecto a LUIS ALBERTO SALAZAR SUAREZ, en calidad de CÓMPLICE. Se escucharon los alegatos iniciales, se practicó la prueba de los testigos que se encontraban presentes, se incorporó la prueba documental, terminados los alegatos finales, luego de la deliberación del Tribunal, fue anunciado por Presidencia y con la motivación necesaria, la declaratoria de culpabilidad de los acusados. En cumplimiento de lo establecido en el Art. 306 del Código de Procedimiento Penal, corresponde emitir la sentencia por escrito bajo las siguientes consideraciones: PRIMERO: Jurisdicción y competencia: El Tribunal es competente, en virtud de lo dispuesto en los Artículos 150,156 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial y 28 del Código de Procedimiento Penal y por el sorteo electrónico efectuado en la oficina de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. SEGUNDO: Validez Procesal, el proceso es válido, porque se han observado las normas constitucionales y legales, para el trámite de esta causa, se han aplicado los artículos 75, 76, 77, 78 de la Constitución. Se ha cumplido con el procedimiento que debe darse a la causa, y, no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan afectar en la decisión de la causa. TERCERO: De conformidad con el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, los sujetos procesales en sus EXPOSICIONES INICIALES, plantearon las siguientes argumentaciones: 3.1.- La Fiscalía: El día 7 septiembre de 2011 a las 7h30, fuera de la vivienda de Sonia Raquel Pesántez Pesántez, ubicada en la calle los Záparos y Av. Del Cóndor de esta ciudad, cuando se aprestaba a subir en su vehículo para dejarle a su hija de 4 años en el jardín de infantes en compañía de su prima María José Yépez Pesantez, se aparcó un vehículo hyundai elantra en el que se encontraban 4 individuos, tres de ellos se bajan del vehículo, uno de ellos alto y moreno la toma de la cintura a Sonia Pesántez y con arma de fuego las hacen entrar en la morada, acto seguido los otros dos individuos también ingresan al interior y preguntan si tiene dinero o cosas de valor, las víctimas advierten que uno de ellos tenía pelo cano y otro no cubría su rostro siendo este identificado como Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, ellos recibían llamadas telefónicas permanentes de los otros miembros de la organización criminal, en la última llamada salen en precipitada carrera, la víctima todavía atónita, se contacta con el 911, la policía ubica el vehículo hyundai elantra, toman una fotografía la cual al ser indicada a la ofendida, reconoce como el vehículo en el que se trasladaban los asaltantes, estableciéndose quienes eran los que se movilizaban en el mismo, siendo Nogales Estancio el conductor que lo guía hasta el parque Iberia, donde asoma un vehículo Peugeot. De una vivienda bajan algunas personas y se embarcan en los dos vehículos, también se avistó un vehículo daewo de color rojo que utilizaban para observar que no exista policías a los alrededores. Alertados por la ruta que tomaron los vehículos, en la Y de Cumbe la Policía realiza un operativo y aprehenden a Luis Alfredo Nogales Estancio, Ángel Héctor Zamora Manzaba, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, María Saquinaula, quienes se trasladaban en el vehículo Hyundai Elantra y del Peugeot son detenidos sus ocupantes identificados como Johana Saquinaula, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez, encontrando en el interior una arma de fuego, una cartera que contenía las joyas sustraídas a la víctima, causó sorpresa que el vehículo Peugeot es de propiedad del policía Luis Alberto Salazar Suárez, que tenía un sistema de GPS. En flagrancia delictual se allanan tres moradas, en la que pernoctaba Henry Vera Sánchez, se encontraron armas de fuego, una alimentadora, municiones, otro lote de

joyas, una computadora laptop que fue sustraída a la señora Pesántez, documentos de Miguel Villamizar Sepúlveda, un álbum fotográfico en el que se veía a Henry Vera Sánchez con personas privadas de la libertad, en este lugar abrieron la caja fuerte de la ofendida, ahí se dividieron lo sustraído, en la casa del señor Gutama, encontraron: documentos de Luis Alfredo Nogales Estancio, armas, municiones y alimentadoras de dotación de la Policía Nacional, soldadoras, herramientas varias, que se presume servían para preparar otro tipo de hechos delictivos. Fiscalía refirió que es un delito contra la propiedad, que irrumpieron los acusados con armas de fuego, que los partícipes tenían dominio de la voluntad del acto y dominio de la voluntad del hecho (sic).

**3.2.- INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS:**

**3.2.1.- LUIS ALFREDO NOGALES ESTANCIO** su abogada –Dra. Teresa Capón- sostiene, que el 07 de septiembre de 2011 a las 7h30, se reporta un hecho delictivo sin violencia contra las personas, no hubo violencia en contra de la ofendida ni de su hija, probará que es un hecho tipificado en el artículo 550 y sancionado en la primera parte del artículo 551 del Código Penal.

**3.2.2.- ÁNGEL HECTOR ZAMORA MANZABA**, la Dra. Norma Reyes Solano dice, que su defendido comparece bajo la presunción de inocencia, que no encontraron nada en el allanamiento de la casa de su patrocinado, que movilizarse en un vehículo no es delito, existe una garantía de transitar libremente. Las acciones de su defendido no están apegadas al tipo penal que señala fiscalía (sic).

**3.2.3.- STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE**, su defensor Roberto Crespo Crespo dice, que su defendido ese día participó en el hecho, pero no hubo fuerza, amenaza ni violencia, no es robo agravado, probará que se trata de un robo simple, tipificado en el artículo 550 y sancionado en la primera parte del artículo 551 del Código Penal.

**3.2.4.- HENRY PATRICIO VERA SANCHEZ** por medio de su abogado defensor Dr. Damián Palacios dice, que demostrará que no es coautor de delito alguno, que no se cumplen los requisitos de la coautoría, que no fue reconocido por la ofendida, que no estuvo en el lugar de los hechos, se le encontró en el vehículo Peugeot. Que le corresponde a fiscalía, demostrar que en la casa donde se encontraron las evidencias es el domicilio de su defendido, no porque se hayan encontrado fotos en el lugar, ese es su domicilio. Demostrará que no existe un robo agravado, que la conducta no se subsume en el tipo penal.

**3.2.5.- MIGUEL VILLAMIZAR SEPULVEDA**, su abogada –Dra. Blanca León- dice, que estamos frente a un delito de robo simple, no es calificado como dice el fiscal. Su defendido participó en la sustracción con amenazas e intimidación, no se verificó violencias, que colaboró con la policía para que se esclarezcan los hechos.

**3.1.6.- LUIS ALBERTO SALAZAR SUAREZ**, por medio de su abogado defensor – Dr. Byron Castro- expone, que bajo supuestos se ha llamado a juicio a su defendido, que no ha participado en ningún hecho, ni como cómplice, ni encubridor, peor aún como autor, que en la investigación fiscal se demostró que la cuñada de su defendido fue víctima de un asalto, pero eso no fue tomado en cuenta, cuando le detuvieron le despojaron de su arma de dotación y alimentadora, esto lo alega con el fin de probar ciertas circunstancias. La inocencia no se prueba, es una presunción legal, no venimos a probar la inocencia, sino las verdaderas circunstancias del hecho y la falta de objetividad del fiscal.

**CUARTO: PRUEBAS. 4.1.- ACUERDOS PROBATORIOS:** De conformidad con el inciso segundo del primer artículo innumerado a continuación del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal los sujetos procesales convinieron en acuerdos específicos de prueba, los cuales fueron aceptados dándose por cierto y probado lo siguiente:

**4.1.1.-** Que según el reconocimiento de evidencias, los objetos sustraídos, es un lote de joyas avaluado en USD. 45.000, pericia practicada por el perito de Criminalística Luis Yumbillo Ortiz.

**4.1.2.-** Respecto al allanamiento de la vivienda de Héctor Zamora Manzaba, que no fue encontrado

nada. 4.1.3.- Reconocimiento de los vehículos: Peugeot de placa ABA-9828 que fue interceptado en la Y de Cumbe, en el que se encontró una arma de fuego marca browin 9mm, con alimentadora y 10 cartuchos mn, una cartera en cuyo interior se encontró el lote de joyas y el accesorio del sistema GPS del vehículo; Hyundai Elantra, vehículo al que llegan a la casa de la ofendida, con serie de motor No. G4FC87819; Daewo rojo matiz de placa ADT-891. 4.1.4.- Según informe policial, la vivienda de Sonia Pesántez Pesántez, se encuentra ubicada en la calle Los Záparos y Av. Del Cóndor de la ciudad de Cuenca. 4.1.5.- Que se encuentran cumplidos los presupuestos del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, esto con las facturas de las compras de joyas y partida de matrimonio de Sonia Pesantez y Manuel Deleg, este último artesano de joyas. 4.1.6.- Buena conducta anterior y posterior al delito de los acusados. 4.2.- PRUEBAS DE FISCALIA.- La hipótesis acusatoria fiscal fue acreditada con pruebas que se produjeron en juicio - artículo 79 del Código de Procedimiento Penal- que consistieron en prueba testimonial y documental, las cuales fueron presentadas de conformidad con los principios de contradicción, oralidad, intermediación, publicidad y cumpliendo con todas las garantías constitucionales para la presentación de la prueba respecto de su eficacia probatoria. 4.2.1.- La prueba documental consistió en: 4.2.1.1.- Actas de identificación de los acusados Luis Alfredo Nogales Estancio, Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda, Ángel Zamora Manzaba, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, realizado por el Juzgado Tercero de Garantías Penales del Azuay, siendo las identificantes las ofendidas Raquel Pesantez y María José Yépez, diligencia judicial que fue objetada por el Dr. Damián Palacios, refiriendo que no constaba la firma de unos de los defensores. 4.2.1.2.- Informe de las armas aprehendidas, en el que consta la entrega y destrucción de las armas de fuego. 4.2.1.3.- Tarjetas alfabéticas de los procesados. 4.2.1.4.- Informe Técnico de Identidad Humana, consistente en el cotejamiento de huellas dactilares de los registros a nombre de Pinta Pilamunga Clemente y Henry Vera Sánchez. 4.2.1.5.- Actas de allanamiento de las viviendas donde se encontraban los procesados. Los dos últimos fueron insertados como prueba con los únicos fines establecidos en el art. 119 C.P.P. 4.2.2.- Como PRUEBA TESTIMONIAL se receptaron los siguientes testimonios: 4.2.1.- SONIA RAQUEL PESANTEZ PESANTEZ (víctima), quien mediante video conferencia hizo conocer a estos Juzgadores que el día 07 de septiembre de 2011 en horas de la mañana, llegaron tres sujetos, al conductor no lo pudo identificar, fue amedrentada por las tres personas, le amenazaron con una arma de fuego, se pusieron los pasa montañas, decían que si les miente le dan un plomazo, si colabora no le va a pasar nada, le preguntaban de la caja fuerte, se llevaron las joyas que estaban en la caja fuerte, el que le amedrentó llevaba una arma y le decía que al primer movimiento le dispara, éste era Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, el otro era un hombre alto moreno de 45 años, se llevaron las joyas y la computadora laptop. A la policía les dijo que el vehículo era medio gris. En el Centro de Rehabilitación identificó a los acusados. A las preguntas de los defensores de los acusados responde: que no le agredieron, las amenazas eran, que si no hace lo que le dicen le dan un plomazo, le tenían puesta el arma atrás, bajo efectos de una arma uno hace lo que le piden, siempre les cuidaba una persona, ella les dijo que se lleven todo pero no le hagan daño, nunca dispararon, no opuso resistencia, fueron forzadas las puertas interiores, recuperó las joyas y la laptop. 4.2.2.- MARIA JOSÉ YÉPEZ PESÁNTEZ, otra de las víctimas, la que mediante video conferencia hizo conocer al Tribunal que el día 07 de septiembre de 2011, vino un auto de color gris, del cual se bajaron tres personas, uno de ellos fue donde su prima (Sonia Raquel Pesántez Pesántez) que estaba con su hija, otro le apuntó a ella con una arma de fuego, al interior de la casa estaban con las armas de fuego, el de tez morena revisó la casa, lo hacían puerta por

puerta, le preguntaban a su prima si tenía caja fuerte. El de tez morena parecía de la costa, otro era un joven de unos 22 años, joven alto con el pelo rizado, le vimos los zapatos y como estaba vestido, el otro era normal, ese joven creo que era Stalin Naranjo, éste siempre se comunicaba por teléfono y decía si encuentro la caja fuerte te disparo, ahí mi prima dijo que si tiene la caja fuerte, le pegaron por el cuello, nos dijeron que si avisamos nos van a hacer algo. Luego la policía les indicó unas fotos de las joyas y del vehículo, se fue con la policía hasta Tarqui y “si eran ellos” (sic), ella y su prima a las tres personas les identificaron, llevaban la misma ropa, luego también les identificó en la Cárcel de Cuenca. Recuerda que luego del asalto, al principio le daba miedo y luego le fue pasando. 4.2.3.- JULIO CESAR CAIN GUAMAN, (policía) El día 07 de septiembre de 2011, escuchó por la radio un asalto a mano armada, acudieron donde la perjudicada en el sector de Totoracocha, quien les indicó las características de las personas y del vehículo, por lo que la policía buscó el vehículo por toda la ciudad, a él le tocó por el sector de la Don Bosco, ubicaron el Hyundai elantra, tomaron fotografías del vehículo y al indicarle a la ofendida, dijo que tiene las mismas características del que participó en el asalto. Al señor Zamora Manzaba (que se encuentra de blanco en la sala de audiencias) le vieron en los seguimientos que se trasladaba en una moto y luego continuó en el vehículo que se dirigió por el sector de diario El Tiempo, donde dieron la posta de seguimiento a otros compañeros. Por la radio escuchó que el vehículo elantra se había encontrado con otro vehículo de color gris, luego en la Y de Cumbe habían parado a los dos vehículos. Aclara que en el vehículo elantra se trasladaba el procesado Zamora Manzaba. En los allanamientos, le tocó la vivienda donde habían ubicado el Hyundai elantra, ubicado en las calles Pedro Álvarez y Gregorio Marañón (sector Don Bosco) ahí encontraron la moto donde se trasladaba Zamora Manzaba, una computadora y un vehículo rojo que antes había participado en un robo. Al contrainterrogatorio responde, el Hyundai cuando salió del sector de la Don Bosco manejaba Zamora Manzaba, el parte policial acabaron de realizarlo el 08 de septiembre. A uno de los jueces aclara, que la perjudicada dijo que uno de los asaltantes era una persona alta con jean y con zapatos deportivos con iguales características físicas y de vestimenta que observó en Zamora Manzaba. 4.2.4.- ANDRES EDUARDO CORNEJO NOLIVOS, (policía) El día 07 de septiembre de 2011, escuchó que se reportó por la central de radio un robo, tomaron contacto con la ofendida quien les dijo que habían ingresado en su casa, que preguntaban dónde estaba la caja fuerte, que se llevaron las joyas, que uno de ellos tenía un acento entre costeño y colombiano, que se fueron en un vehículo elantra. Toda la policía realizaba la búsqueda de ese vehículo. Con el policía Guamán por el parque Iberia, se percataron de un vehículo con las mismas características, en el lugar observaron que una persona de contextura delgada salió en una moto enduro y se dirigió por el Diario El Tiempo, retornando a los 15 minutos, saliendo nuevamente a las 12h00 conduciendo el vehículo hyundia elantra. Realizó el relevo de seguimiento con otros policías. Posterior se encontraron con el Peugeot y los dos vehículos se dirigían a la Y de Cumbe, en el lugar, personal del GOE paró la marcha de los vehículos, y les bajaron a cinco hombres y dos mujeres, en el Peugeot al registro realizado por el GOE, encontraron en una cartera con doble fondo las joyas y una arma de fuego browni con 10 cartuchos sin percutir, al declarante le llamó la atención que el GPS estaba apagado, luego llegó el Capitán Valdivieso con el policía Luis Salazar y escuchó que éste último dijo que hace mi vehículo aquí. 4.2.5.- DIEGO MARCELO PEREZ VAYAS. (Policía) Por la frecuencia de la radio escuchó el día 07 de septiembre de 2011, sobre el robo de un lote de joyas a la señora Raquel Pesantez y, la disposición a toda las unidades policiales, que ubiquen un vehículo hyundai elantra que había participado en el delito. Los policías Cornejo y Guamán ubican el vehículo por el parque

Iberia, él con su compañero Cristian Chinlle, cogieron la posta y siguieron el vehículo hasta las calles Martín Ocampo y Santa María (sector el Tiempo) donde se bajaron los señores a quienes en audiencia identifica y los señala en el lugar donde se encuentran sentados, siendo estos Luis Alfredo Nogales Estancio, Ángel Héctor Zamora Manzaba, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda, algunos se subieron al vehículo Peugeot y otros en el Hyundai elantra, así también se embarcaron dos mujeres de tez blanca que pasaron a conducir los vehículos, emprendieron viaje vía Control Sur, lugar donde fueron detenidos los procesados en un operativo policial, encontrando las joyas en el Peugeot que había sido de propiedad del cabo Salazar, por lo que la fiscal ordenó la detención del mencionado policía, también en el lugar estaba la ofendida que reconoció el lote de joyas y a uno de ellos porque llevaba zapatillas deportivas. Él con otros policías y fiscalía, participó en el allanamiento de la vivienda en las calles Martín Ocampo y Santa María, donde encontraron joyas, una laptop que reconoció la afectada como de su propiedad, par de alimentadoras con cartuchos 9mm y unas fotos en las que estaban los señores de camiseta blanca (Zamora Manzaba) y negra (Henry Patricio Vera Sánchez) las que al ser indicadas a los vecinos de la primera planta dijeron que los que constaban ahí frecuentaban el domicilio. A las preguntas de la defensa de Salazar, responde que el vehículo peugeot fue ubicado en las calles Martín Ocampo y Santa María como a las 13h00 estacionado, que en un tono sorprendido Salazar había dicho “que hace mi carro aquí” (sic) y que en ese momento el Capitán Valdivieso le había retirado el arma y la alimentadora. Aclara a los jueces, que el vehículo elantra de color gris no tenía placa, en ese lugar una placa de una casa comercial, esa fue una de las características que observaron en los seguimientos. 4.2.6.- CRISTIAN GEOVANNY CHINLLE MOROCHO, (policía) que el día 07 de septiembre de 2011, cuando realizaba patrullaje por la ciudad, escucharon por la radio el reporte de un robo a mano armada, acudió con otros policías al lugar, la perjudicada les indicó que los asaltantes eran de contextura alta, vestían ropa deportiva, que pudieron ver un vehículo Hyundai elantra. Varios miembros policiales, se trasladaron por todo Cuenca a localizar el vehículo. El policía de apellido Cornejo informó que había ubicado el vehículo con las mismas características, tomaron una fotografía y al ser indicada a la ofendida reconoció que era el mismo vehículo que participó en el asalto. Refiere que en las avenidas Loja y Don Bosco, toman la posta de seguimiento del vehículo con su compañero Diego Marcelo Pérez Vayas, que se traslada atrás de diario El Tiempo, a las calles Martín Ocampo y Santa María, lugar donde se encontraba un vehículo Peugeot, ahí se subieron algunas personas en los dos vehículos, identificó que entre los que se subieron a los vehículos, según el orden que se encontraban sentados en la sala de audiencias fueron los señores Luis Alfredo Nogales Estancio, Ángel Héctor Zamora Manzaba, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda. Posterior relata que siguieron los vehículos hasta la Y de Cumbe, lugar en donde fueron detenidos los ciudadanos. En los allanamientos ingresó en la vivienda ubicada en las calles Martín Ocampo y Santa María, ahí encontraron material de color amarillo (joyas), la computadora laptop de la perjudicada, tres alimentadoras, fotografías en las que se encuentran Ángel Héctor Zamora Manzaba y Henry Patricio Vera Sánchez. El vehículo Peugeot se ubicó a las 12h00 o 13h00. También observaron en los seguimientos, a un vehículo rojo matiz con dos señoritas, que daba vueltas por el lugar. 4.2.7.- BYRON STALIN ORNA BRITO, (Teniente de Policía), quien refiere que el día 11 de septiembre de 2011, realizaba un operativo en la Y de Cumbe, a las 13h30 ó 14h00, le comunicaron de la policía, que necesitaban apoyo para revisión específica de vehículos Hyundai Elantra y Peugeot que venían en ese orden, les bajaron de los dos vehículo a siete

ocupantes, cinco de sexo masculino que se encuentran en la sala de audiencias y dos señoritas que no están. Del Peugeot identifica que salieron Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda y una señorita, al registro del interior del vehículo, personal de la policía descubrieron un arma de fuego y en una cartera, fundas de joyas, en el primer vehículo no encontraron nada. En el lugar estuvo el Capitán Valdivieso con el policía Luis Salazar Suárez, éste dijo “mi vehículo que hace aquí”. Al contra interrogatorio responde, que ninguno de los acusados puso resistencia. 4.2.8.- PABLO SALVADOR LLUILEMA LLIVI. (Policía) El día 07 de septiembre de 2011 a las 8h30, con otros miembros de la Policía Nacional, acudió al sector de Totoracocha donde había ocurrido un asalto, en el lugar ya se encontraban personal de la Policía Judicial y Criminalística, la ofendida le había relatado lo ocurrido en horas de la mañana. Por la central de radio habían dispuesto a toda la policía que ubiquen el vehículo que participó en el asalto cuyas características les proporcionó la ofendida. A las 12h00 por llamada de los policías Cornejo y Guamán, acude al sector de la Don Bosco, donde ubicaron el vehículo, que tomaron una fotografía del mismo, para luego mostrarle a la víctima, quien lo reconoció, por cuanto fue en el que llegaron los asaltantes a su domicilio. De las vigilancias de sus compañeros policías, conoció que el vehículo se movilizó al sector de El Tiempo, donde había llegado un vehículo marca peugeot, que los dos automotores se dirigieron con destino a Cumbe, donde la Policía al realizar un operativo en ese lugar, y al registrar los vehículos encontraron joyas, las mismas que al ser indicadas a la ofendida, las reconoció como suyas y como las que le fueron sustraídas. Luego se realizaron algunos allanamientos, él estuvo con la fiscal en una casa en Sayausí, donde encontraron una pistola de 9mm, municiones, cédula y pasaporte de Nogales Estancio, en las otras casas allanadas conoció que la policía encontró armas y otra parte de las joyas. Que existieron comentarios en la policía, que los detenidos pertenecían a la banda del chino bruno. 4.2.9.- JOSE RICARDO VALDIVIESO YANEZ -Capitán de la Policía- manifiesta, el día 7 de septiembre de 2011, se enteró a las 4 de la tarde, por llamada del Policía Pablo LLuilema, sobre las detenciones de personas relacionadas con el robo de la mañana. Con esa información se fue al lugar de la detención con la señora fiscal y 3 agentes de la policía, entre ellos Luis Salazar, quien al llegar al lugar hizo una expresión, qué hace aquí mi carro. La ofendida conversó con la fiscal y al indicarle las joyas, asustada reconoció como suyas las joyas que habían sido sustraídas en la mañana. Que su conductor era Luis Salazar, que en la mañana conjuntamente se fueron al sector del Carmen de Guzho a desayunar, al regresar a las oficinas, Salazar le dijo que se dirigía a recuperar su radio porque no la encontraba y luego le volvió a ver en la tarde, coordinó con fiscalía y proveyó de personal de policía para los allanamientos. Que como miembro de la Policía, conocía que existía la “banda del chino bruno”, que es de Henry Patricio Vera Sánchez. Por ser testigo en común con la defensa de Luis Alberto Salazar Suárez responde al abogado defensor: que estaba a cargo de la Unidad de Inteligencia, que Salazar Suárez estuvo en la mañana al momento de pasar lista que lo hizo un Coronel, que luego como a las 8 de la mañana fueron a comer. A la presidencia del Tribunal aclara, que depende del Comando de Policía, que dentro de sus funciones controla, supervisa que pasen lista, que se recolecta información de los delitos, que el delito de robo a la señora Sonia Raquel Pesántez, fue considerado como un evento de connotación, ese día se desarrollaba otro operativo. Sobre el conductor dice, que se lo escoge de manera indistinta, solo deben tener licencia de conducir. El no dispuso otra actividad a Salazar hasta las 16h00. 4.2.10.- JUAN PEDRO GUILLIN MORALES, fue acreditado en audiencia como Sargento Primero de Policía, perito del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial del Azuay, en el presente caso, practicó la pericia de Identificación Humana, entre las huellas dactilares que

constan en las tarjetas de los archivos del Departamento de Criminalística, de Pinta Pilamunga Clemente y Vera Sánchez Henry Patricio, las mismas que al ser cotejadas se corresponden entre sí, concluye que son la misma persona. 4.2.11.- DIANA PAOLA MESA RAMIREZ, quien se identificó como esposa de José Saquinaula, manifiesta que las hijas de él son Joanna y María Eugenia Saquinaula Fárez, las que conoce que fueron aprehendidas por estar manejando los vehículos. 4.3.- PRUEBAS DE LA DEFENSA: 4.3.1.- Los procesados Luis Alfredo Nogales Estancio Henry Patricio Vera Sánchez y Ángel Héctor Zamora Manzaba, se acogieron al derecho constitucional del silencio –Art. 77, numeral 7, literal b) de la Constitución-, los dos primeros no presentaron medios de prueba, pero por medio de la defensa, ejercieron el derecho al contra interrogatorio con los testigos presentados por Fiscalía. 4.3.2.- Los acusados Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, de conformidad con el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, solicitaron que se reciban sus testimonios. STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE manifiesta: Que el día 07 de septiembre de 2011 a las 6h00, cuando se encontraba en su domicilio ubicado en las calles Martín Ocampo y Santa María por el Diario El Tiempo, recibió una llamada de Miguel Villamizar Sepúlveda, a quien lo conoció en Ipiales, Villamizar Sepúlveda le dijo que se encontraba en la ciudad de Cuenca, por lo que le fue a ver a su amigo. Este le dijo que estaba atravesando por una difícil situación económica y que aceptaba entrar en cualquier domicilio, ya que nadie les daba trabajo. Con otra persona más a quien le conoce como el negro Carlos, cuando estaban por el sector de Totoracocha, vieron salir a una señora de su casa, lo que les pareció fácil, nunca fue a la fuerza, no le amedrentaron, todo fue verbal, en el domicilio encontraron las joyas, dinero y luego se dirigieron a su domicilio y ahí encontraron las evidencias el día de su detención. Que tiene algún tiempo que se encuentra detenido, pide disculpas, sabe que cometió un error que lo está pagando. MIGUEL VILLAMIZAR SEPÚLVEDA bajo juramento dice: que siempre trata de decir la verdad, pretende una rebaja de penas contando su situación, que ha pedido el beneficio del abreviado pero que no le han dado, que está arrepentido. Entre sus documentos se encontraba un pase andino, recién estaba 6 días en el país. Vino procedente de Colombia, por un apuro de plata, le pasó una calamidad, buscó la manera más fácil de conseguir dinero. El día 07 de septiembre de 2011 llegó a Cuenca y le llamó a Stalin, con el negro Carlos, fueron a dar una vuelta, iban en el carro, cuando vieron salir a una señora de la casa, le amenazaron con palabras, no rompieron puertas, la amedrentaron psicológicamente, al interior de la casa, les salió una cantidad de oro, luego fueron al departamento de Stalin donde sacaron todas las cosas que se llevaron de la casa de la señora, las cuales las iban a vender y con eso tenía para saldar sus cuentas. No sabe por qué le tratan de vincular con la banda, no es de la banda, en 8 días no se puede formar una banda, se necesita 20 reuniones. Termina solicitando que el Tribunal tenga en cuenta su declaratoria de culpabilidad, que está arrepentido. 4.3.3.- El procesado ÁNGEL HÉCTOR ZAMORA MANZABA, presentó como testigo a Martina Cecilia Miño Salas, quien en audiencia manifiesta: Que le conoce al acusado Ángel Héctor Zamora Manzaba, que son padres de familia de la escuela donde estudiaban sus hijos. El día 07 de septiembre de 2011, a las 7h30, coincidió con el acusado en la escuela, estuvieron hasta las 8h30 en una reunión. Al interrogatorio de la Fiscalía responde, que no recuerda que ropa vestía el acusado ese día; que ese día habían otros padres de familia pero no recuerda sus nombres, que no recuerda lo que hizo el 09 de septiembre de 2011. 4.3.4.- Luis Alberto Salazar Suárez como prueba documental incorporó su partida de matrimonio, partidas de nacimiento de sus hijos, certificado de la Subgerente de Gestión de Talento Humano de ETAPA E.P, que el ciudadano Guzmán Díaz Johnny Stalin, prestó sus

servicios en dicha empresa del 01 de abril de 2010 hasta el 16 de enero de 2013. Como prueba testimonial presentó los testimonios de Julio César Caín Guamán, Andrés Eduardo Cornejo Nolivós, Diego Marcelo Pérez Vayas, Cristina Geovanny Chinlle Morocho, Byron Stalin Orna Brito, Pablo Salvador Lluilema LLivi, José Ricardo Valdivieso Yáñez, que fueron en común con la Fiscalía, sobre los cuales la defensa ejerció el derecho a interrogarlos y contra interrogarlos. En audiencia se receptaron también los testimonios de: 4.3.4.1.- JUAN CARLOS SANCHEZ ROBAYO, testimonio que fue declarado inadmisibles por cuanto el deponente se encontraba en la sala de audiencia, presenciado las demás testimoniales, pese a habersele advertido su obligación de permanecer en un lugar asignado. 4.3.4.2.- FRANCISCO PATRICIO RIOFRIO GUZMAN: expone que el día 07 de septiembre, laboraba en la oficina de Inteligencia de la Policía, refiere que ese día el acusado Salazar acudió normalmente a laborar a partir de las 07H30 de la mañana, luego de haberse tomado la respectiva lista, se quedó en la oficina; aproximadamente a las 09H00 horas el cabo Salazar llegó a la misma, solicitó usar el baño; y, allí había dejado una radio Handy Motorola; aproximadamente a las 11h00 de la mañana regresó –acusado Salazar- para preguntar sobre dicho radio que se había olvidado; recuerda que en horas de la tarde el capitán Valdivieso recibió una llamada y procedió a salir en compañía del acusado Salazar y dos compañeros más, retornando aproximadamente a las 17h00. Frente al interrogatorio de FISCALIA, refiere que, luego de pasar lista, los compañeros que laboran en la calle salen a desayunar, expone que el día 07 de septiembre el cabo Salazar aparentemente se encontraba normal y que, compartieron momentos de conversación. 4.3.4.3.- JOSE FABRICIO VILLAREAL CUERO, expone que, es propietario de un local de comida ubicado en la autopista, frente al sector de Carmen de Guzho, en donde todo el mundo llega a comer, el día 07 de septiembre del 2011, llegó el cabo Salazar con otros compañeros y un superior, desayunaron; y, se marcharon aproximadamente a las 09H30; posteriormente el versante luego de concluir con sus actividades acudió a su casa y, a las 10H30, el cabo Salazar llegó preguntando por un radio de trabajo que podría haberse quedado en el local; frente a lo cual, volvieron a acudir a su local, revisaron el mismo y al no encontrar nada se marchó el Luis Alberto Salazar Suarez. Frente al interrogatorio de FISCALÍA, refiere que: en su local el acusado, estaría por un lapso de una media hora y que, se transportaba en una camioneta beige que era del trabajo. 4.3.4.4.- ANA LUCIA GUAMAN SUSCAL, indica que comparece de forma voluntaria a rendir su testimonio a favor de su cónyuge Luis Salazar Suarez –testimonio admisible de conformidad con el Art. 77 numeral 8 de la Constitución-. Expone que, el día 07 de septiembre del 2011, su hermana le pidió el vehículo para ir a almorzar con su enamorado; la deponente salió de casa aproximadamente a las doce y media, cuando retornó a la misma, llamó a su esposo –acusado- pues, había olvidado las llaves de la casa en el interior, su esposo llegó luego de unos 10 minutos, almorzó rápidamente y como a las 13h30 se fue. A las 15h00 aproximadamente salió de su casa con sus hijos menores a efectuar un depósito, al retornar, se percató de unas llamadas perdidas que correspondía a su esposo, al comunicarse con él, éste pidió que se comuniqué con su hermana Nelly, sin que ella le contestará, posterior recibió una llamada de su hermana quien se encontraba llorando y le indicó que le habían robado el vehículo, frente a lo cual, su esposo –acusado- le dijo que ponga la respectiva denuncia, dirigiéndose a la Policía Judicial en un taxi en el que su hermana había llegado. Refiere que su esposo –acusado- y su hermana salieron de la casa a las 07H30 de la mañana con dirección al trabajo; indica que en la segunda llamada que recibió de su esposo, él le preguntaba por Nelly y el vehículo pues, le refería que había encontrado el automotor en poder de unos delincuentes en el sector de Cumbe. Frente al interrogatorio de FISCALIA, refiere que:

cuando se dio el robo era la tercera ocasión que le prestaba el vehículo a su hermana; y que, el carro de su hermana se encontraba en otra casa que está a unos 25 minutos; con relación al lugar del depósito de dinero indica que lo hizo en el Banco Guayaquil que se encuentra ubicado a unos 15 minutos de la casa; refiere que a su hija le fue a recoger aproximadamente a las 12H30, manifestando que la escuela se encuentra a unos 15 minutos; en lo que tiene que ver con el robo del vehículo, se pudo enterar que luego de perpetrar el mismo, a su hermana la habían dejado en el sector del Descanso y que, dicho robo se dio como a la una de la tarde; de igual forma su hermana no le refirió nada sobre quien robo el vehículo y como ha regresado, solamente le indicó que le han dejado puesta una capucha por una subidita; manifiesta que su esposo si estaba bravo y alterado cuando le llamó; finalmente desconoce qué es lo que pasó con el enamorado de su hermana pero, él llegó a visitarla en la noche; que su esposo no le había dicho nada de ninguna preocupación. A la ACLARACIÓN solicitada por el Tribunal, indica que: el robo fue a la una de la tarde, por el sector del Mall del Río y que, su hermana no le dio las características de las personas que le atracaron el vehículo.

4.3.4.5.- NELLY ELIZABETH GUAMAN SUSCAL, indicando que comparece voluntaria a rendir su testimonio pues, guarda relación de parentesco con el acusado, dentro del segundo grado de afinidad –testimonio admisible de conformidad con el Art. 77 numeral 8 de la Constitución-. Expone que, el día 07 de septiembre del 2011 le robaron el vehículo en la parte de atrás del Mall del Río y que, procedió a poner la denuncia en la Policía Judicial, relata que le pidió permiso a su hermana para salir a almorzar con su novio en el vehículo de su hermana. Recuerda que cuando llegaba al rompe velocidades del Mall del Río, se le acercó un hombre y una mujer con un pistola, se subieron al vehículo y le hicieron pasar atrás, cuando condujeron el carro no sabe a dónde le llevaron, luego le hicieron bajar y le subieron en otro carro; cuando le dejaron pidió ayuda a una camioneta blanca que pasaba por el sector; él conductor de dicho vehículo le ayudó y le llevó hasta el Seguro, allí se bajó y cogió un taxi, se fue a su casa, comento lo sucedido y su hermana llamó a su cuñado quien, indicó que debíamos poner la denuncia. Frente al interrogatorio de FISCALIA, manifiesta que: ha pedido unas tres veces el carro a su hermana; efectivamente el vehículo tenía un dispositivo gps; cuando le dejaron abandonada permaneció unos 30 minutos, luego bajó a la vía principal; indica que la escuela de su sobrina con relación a la casa de su hermana se encuentra a unos 10 o 15 minutos; finalmente expone que su hermana no sabe manejar. Frente a una ACLARACIÓN solicitada por el Organismo, manifiesta que: los que le asaltaron eran de test morena.

4.3.4.6.- BYRON RENE CASTRO CARLO, expone que, el día 07 de septiembre del 2011, llegó a la parada de taxis del Hospital del Seguro, allí una señorita le pidió una carrera, procedió a llevarla a una ciudadela, esperó unos tres minutos afuera de la vivienda; y, posteriormente llevó a la señora a la Policía Judicial; manifiesta que la señora Nelly estaba llorando, nerviosa y le comentó que le habían robado su vehículo. Frente al interrogatorio de FISCALIA, refiere que: aproximadamente luego de un año le lograron localizar coincidentalmente en el mismo Hospital del Seguro; indica que para esa fecha ya tenía otro taxi pues, cuando efectuó la carrera tenía un Hyundai Accent; y, cuando le ubicaron tenía un Nissan Sentra;

4.3.4.7.- JHONNY ESTALIN GUZMAN DIAZ, manifiesta que, el día 07 de septiembre del 2011, había pactado en almorzar con Nelly pero, ella no acudió; luego se enteró de lo ocurrido, aproximadamente a las 07H00 de la noche; indica que frente a la no llegada de Nelly no llamó a preguntar porque pensó que la misma se había enojado y por eso no acudió al almuerzo. Al interrogatorio de FISCALIA responde, Nelly no le contestó cuando le llamó, que ella tenía un vehículo Spark, color plomo, en el cual salían; en la época de los hechos Nelly vivía con su hermana y con el señor Salazar –acusado-; cuando se

encontró con Nelly, esto es en horas de la noche, procedió a hacerla tranquilizar; más, no le preguntó nada de lo ocurrido; de igual forma ella no le contó el problema del cuñado.4.3.4.8.- HERNAN ANDRES BECERRA VINTIMILLA, indica que, si le conoce a Luis Salazar, pues era su vecino, el día 07 de septiembre del 2011 si vio al señor Salazar, pues, aproximadamente a la una y media, el señor Salazar estaba en una moto y el testigo en un vehículo. Frente al interrogatorio de FISCALIA, expone que, el señor Salazar si llegaba en moto a la casa con frecuencia. 4.3.4.9.- El acusado LUIS ALBERTO SALAZAR SUAREZ en su testimonio dice, el día 7 de septiembre de 2011, todavía era agente de la policías, salió a las 7h30 con su cuñada hasta su lugar de trabajo en la Policía Judicial, al llegar conversó con su compañero de guardia de apellido Sánchez, como estaba de conductor de su jefe inmediato, Capitán Valdivieso, salieron como a las 9h00 o 9h30 a desayunar por el control Sur, tenía una preocupación por su madre, ya que tenía que operarse y él veía la forma como ayudarle, por esa preocupación olvidó donde había dejado su radio, como en la mañana solo había ido al comedor, pensaba que ahí dejó el radio, regresó al comedor a las 10h30 pero se encontraba cerrado, como conocía donde vivía el propietario del comedor, fue a su domicilio y posterior al comedor, sin encontrar la radio. Regreso a la Policía Judicial a las 11h00, su compañero de apellido Riofrío, le indicó que la radio la había olvidado en el baño, recomendándole que tenga más cuidado. A las 11h30 por orden del Capitán Valdivieso salió a un operativo por la ciudad. A las 13h00 le llamó su esposa indicándole que ella se había olvidado las llaves de la casa, pidiéndole que regrese a la casa para que le abra la puerta, se fue manejando una moto, al llegar en la casa, almorzó con su esposa e hijos, regresando a las 13h30 a las oficinas de la Policía Judicial. A las 14h30 por parte de su jefe inmediato, le asignó que lleve a dos ciudadanos de nacionalidad peruana a la valoración médica. A las 15h30 el Capitán Valdivieso le dice que la policía ha realizado un operativo en la Y de Cumbe, se fue con el Capitán Valdivieso, dos policías más y él, a las 16h00 al llegar en la Y de Cumbe, ve su carro que se encontraba en el lugar y, al llamarle a su esposa pregunta por su cuñada, le responde que le había prestado el carro para que vaya a almorzar con su enamorado, en ese momento llegaba su cuñada a la casa con la novedad que le habían robado el vehículo, dijo a su esposa que se traslade a la Policía Judicial para que ponga la denuncia por el robo del vehículo. La fiscal que se encontraba en la Y de Cumbe, le dijo que su versión no era creíble. QUINTO: ANALISIS DE LAS PRUEBAS: En aplicación de los artículos 11 numerales 2) 3) 4) 5) 6) 8) 9), 45.4, 46, 66 numerales 2) 3) 20), 76, 78, 82 de la Constitución, artículos 79, 83, 84, 85, 86, 87, 161 del Código de Procedimiento Penal, artículos 30 numeral 1, 33, 42, 43, 550, 551 segunda parte, 552 numerales 2 y 4, 549 numeral 3, 596, 601, 602 del Código Penal, art. 68 del Código de la Niñez y Adolescencia, aplicando las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia hemos concluido fuera de cualquier duda razonable que existe la certeza que los hechos ocurrieron conforme lo relatado por las víctimas –Sonia Raquel Pesantez y María José Yépez Pesántez- lo cual está relacionado con los elementos probatorios incorporados conforme a la Constitución y a la Ley por parte del acusador del Estado. En efecto la base de un proceso penal, implica justificar los dos presupuestos necesarios, la existencia material de la infracción y responsabilidad de los acusados. Las presunciones se formaron sobre la base de hechos reales y probados, elementos de prueba que fueron varios, relacionados, unívocos y directos –artículo 88 C.P.P-. En la especie la Fiscalía General del Estado, ha suministrado al Juez pluripersonal, el siguiente conocimiento probatorio: 5.1.- EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCIÓN: Se encuentra justificada con los testimonios de las víctimas Sonia Raquel Pésantez Pesántez, María José Yépez Pesántez, de los policías Julio César Caín Guamán, Andrés Eduardo Cornejo Nolivos, Diego Marcelo Pérez Vayas, Cristian Geovanny

Chinlle Morocho, Byron Stalin Orna Brito, Pablo Salvador LLuilema LLivi, José Ricardo Valdivieso Yáñez; así como con los acuerdos probatorios a los que llegaron los sujetos procesales, a través de los cuales se da por cierto y probado: que según el reconocimiento de evidencias, los objetos sustraídos, son un lote de joyas avaluado en USD. 45.000; la existencia de los vehículos: Peugeot de placa ABA-9828 en el que se encontró una arma de fuego marca browin 9mm, con alimentadora y 10 cartuchos mn, una cartera en cuyo interior se encontró el lote de joyas, Hyundai Elantra, vehículo al que llegan a la casa de la ofendida, con serie de motor No. G4FC87819 y posterior huyen; Daewo rojo matiz de placa ADT-891. Se encuentran cumplidos los presupuestos del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal – preexistencia de la cosa sustraída y el hecho que se encontraba en la casa de la ofendida- esto se justifica con el testimonio de la ofendida Sonia Raquel Pesantez y María José Yépez, así como con las facturas de las compras de joyas y partida de matrimonio de Sonia Pesantez y Manuel Deleg, este último artesano de joyas según certificado otorgado por el Servicio de Rentas Internas.

**5.2.- RESPONSABILIDAD DE LOS ACUSADOS:** En lo que respecta la responsabilidad de los acusados tenemos lo siguiente:

**5.2.1.-** El hecho delictual inicia en la calle los Záparos y Av. Del Cóndor, sector Totoracocha de la ciudad de Cuenca – acuerdo probatorio-, el día 7 de septiembre de 2011 a las 7h30, en donde cuatro ciudadanos que responden a los nombres de Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda a bordo de un vehículo hyundai elantra de color gris, uno de ellos –Ángel Héctor Zamora Manzaba- se quedó en el vehículo, mientras que tres de ellos Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, se bajaron del vehículo, en esos momentos Sonia Raquel Pesántez Pesántez estaba con su hija de cuatro de años de edad y su prima María José Yépez, que bajo esas circunstancias fueron víctimas de intimidación, amenazas de muerte y violencia, que los victimarios al interior del domicilio neutralizaron a sus tres víctimas mujeres con armas de fuego y cubiertos sus rostros con pasa montañas, sin tardar mucho tiempo en lograr su objetivo criminal que era el desapoderar a la dueña del inmueble –Sonia Raquel Pesántez Pesántez- un lote de joyas avaluado en USD. 45.000 y una computadora laptop, emprendieron huida con quien les esperaba afuera en el vehículo Ángel Héctor Zamora Manzaba. La presencia de los 4 acusados Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, en la casa de Sonia Raquel Pesántez Pesántez, se encuentra justificado con:

a) Los testimonios de los acusados Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, quienes en audiencia pública, de forma libre y voluntaria admitieron su participación en el hecho criminal –incriminación válida, de acuerdo al Art. 8 No. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- a decir de ellos tenían un acuerdo previo (plan en común) para realizar delitos contra la propiedad, el de nacionalidad colombiana llegó ese día a Cuenca y llamó a su amigo Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, ante la oportunidad que se les presentó, de ver a una mujer con su hija, accedieron a su casa y desapoderaron a la ofendida de las joyas y una computadora laptop;

b) Aquellos testimonios están relacionados con los rendidos por las víctimas Sonia Raquel Pesántez Pesántez y María José Yépez Pesántez, quienes indican que llegaron en un vehículo, tres se bajaron, uno de ellos el más joven de tez blanca, que era el que les cuidaba, que si no avisan donde está la caja fuerte, les da un “plomazo” era “Stalin Gabriel Naranjo Piguabe”. El otro era de tez morena, características que coinciden con la de uno de los acusados, con Luis Alfredo Nogales Estancio. Otro de los asaltantes, era joven con el pelo rizado, vestía jean y zapatos deportivos, particularidades físicas y de vestimenta, que fueron alertadas luego por la policía, esa persona

es Ángel Héctor Zamora Manzaba. Finalmente las víctimas, reconocieron a los acusados en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de Cuenca, esto acorde con las actas de identificación de Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, que se constituyen de acuerdo al artículo 145 y 146 prueba documental que está relacionada con el resto de pruebas, sin que pueda considerarse como prueba el acta de identificación del acusado Henry Patricio Vera Sánchez, por no constar la firma del profesional del derecho que le representaba en dicha diligencia. 5.2.2.- Luego de emprender la huida del lugar, las víctimas comunicaron inmediatamente a la Policía Nacional, institución estatal de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos – Art. 158 de la Constitución- que dispuso a sus miembros por medio de sus diferentes unidades, la búsqueda del vehículo Hyundai elentra de color gris – no tenía placa de identificación en su lugar una placa de una casa comercial-. Era por lo tanto imprescindible ubicar el vehículo, hilo conductor que luego con la prueba, determinó quiénes eran los ocupantes y la vinculación de otros partícipes del delito. Con las características del automotor, los policías Julio César Caín Guamán y Andrés Eduardo Cornejo Nolivis, ubican el vehículo por el sector de la Don Bosco (parque Iberia) en las calles Pedro Álvarez Cabral y Gregorio Marañón, observando que quien lo conducía era Ángel Héctor Zamora Manzaba, quien luego conducía una moto con la que daba vueltas por el sector, con el efecto de controlar esa zona y de alertar a sus compañeros en el caso de suceder algo extraño y evitar el fracaso de la operación delictiva. Posterior en el Hyundai elantra se dirige al sector del Diario El Tiempo. El vehículo es fotografiado y las víctimas lo reconocen que era el que participó en el atraco. 5.2.3.- Al recibir la posta del seguimiento del vehículo elantra, los policías Diego Marcelo Pérez Vayas y Cristian Geovanny Chinlle Morocho, observaron que el vehículo y su conductor se dirigió a las calles Santa María y Martín Ocampo, sector del Diario El Tiempo, lugar donde visualizan el vehículo Peugeot de placa ABA-9828 (de propiedad del procesado Luis Alberto Salazar Suárez) en ese lugar los acusados Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, Miguel Villamizar Sepúlveda y Henry Patricio Vera Sánchez se embarcan en los dos automotores que eran conducidos por dos personas de sexo femenino – María Eugenia Saquinaula Fárez y Jhoana Narcisa Saquinaula Fárez- y se dirigen a la salida sur de la ciudad de Cuenca. 5.2.4.- En el sector de la Y de Cumbe, lugar donde personal de la policía de la Unidad de GOE, realizaba un operativo al mando del Teniente de Policía BYRON STALIN ORNA BRITO, detienen la marcha de los vehículos y al realizar el registro del Peugeot de placa ABA-9828, donde se movilizaban los acusados Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda y una señorita, al registro del interior del vehículo, personal de la policía descubrieron un arma de fuego marca browni y 10 cartuchos y en una cartera de mujer, fundas de joyas, estas últimas fueron reconocidas por la ofendida como las que le habían sido sustraídas. Las joyas y las armas se encuentran relacionados innegablemente con los ocupantes de ese automotor, sin que exista la mínima explicación sobre la manera que dichas cosas estaban bajo el poder de sus ocupantes, lo que en doctrina se conoce como tenencia inculpativa, por lo tanto a través de un proceso mental razonado y acorde a las reglas del criterio humano, hacen inferir al Tribunal, la participación activa de los acusados en dicho vehículo en el delito. 5.2.5.- En el mencionado lugar (Y de Cumbe), fueron aprehendidos los acusados Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez, y dos personas de sexo femenino ( María Eugenia y Jhoana Narcisa Saquinaula Fárez), así como

también fue aprehendido el miembro de la policía Luis Alberto Salazar Suarez, quien había llegado al lugar con el Capitán Ricardo Valdivieso. Los motivos de la detención FLAGRANCIA DELICTIVA, en efecto el delito y sus partícipes fueron descubiertos inmediatamente después de la supuesta comisión, existió por parte de la Policía Nacional, por medio de los seguimientos una persecución ininterrumpida dentro de las 24 horas y, en el vehículo Peugeot y luego en las viviendas allanadas se encontraron el producto del ilícito, así como armas de fuego, que se infiere esas fueron utilizadas en el asalto. En definitiva las razones de la detención de los acusados, es por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en la Ley – art. 161 del Código de Procedimiento Penal- que determinan el delito flagrante, el cual oportunamente fue calificado por el Juez de la causa. Esto trae como consecuencia que Fiscalía, haya abonado aún más a justificar la existencia material de la infracción y la responsabilidad de los acusados, así como el nexos causal, que es la relación entre el delito cometido y la conducta de los acusados. Delito flagrante que no fue discutido por la defensa de los acusados en audiencia, es decir no pudieron desvirtuar este elemento probatorio.

5.2.6.- Como efecto de la flagrancia delictual, la Policía Nacional y Fiscalía realizaron algunos allanamientos. En la morada de Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, quien en su testimonio reconoció que se trataba de su domicilio, ubicado en las calles Santa María y Martín Ocampo, sector del Diario El Tiempo. En la explotación del mismo, de acuerdo al acta de allanamiento que fue presentado como prueba documental por parte de fiscalía, encontraron entre otras cosas: una computadora laptop –de propiedad de la ofendida Sonia Raquel Pesántez Pesántez-, cuatro alimentadoras de pistola glock 9mm, un pasamontañas de color verde, un pasaporte a nombre de Villamizar Sepúlveda Miguel, cuatro fotos donde a decir de la policía, se observaban algunos de los procesados. En la casa de Cristian Roberto Albarracín Gutama, encubridor del delito (según auto llamamiento a juicio), ubicado en la Y de Sayausi, sector Gulag vía al Cajas, encontraron entre otras cosas: una pistola marca taurus, una alimentadora con 6 municiones, 31 municiones calibre 9mm, 2 municiones de calibre 9.45 mm, 8 municiones de fusil sin percudir y 2 municiones percudidas, pasaporte a nombre de Nogales Estancio Luis Alfredo.

5.2.7.- De las pruebas presentadas en audiencia, por las circunstancias del delito, por la evolución de la criminalidad, es incuestionable que para llevar a cabo el ATRACO, fue necesario la participación de varias personas con una misma intención delictuosa, para la comisión del delito –art. 601 del Código Penal-. Este actuar en pandilla, no fue una casualidad, fue pensado, organizado, se distribuyeron funciones, cada una de ellas relevantes, puesto que todas esas acciones confluyeron al mismo propósito delictivo que era el atraco y desapoderamiento de las joyas y más bienes de propiedad de la víctima (Pesántez Pesántez). El crimen no fue por la oportunidad de circunstancias –mujer sola con una niña que entraban en la casa- que dijeron los acusados Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda y luego la suerte que encontraron el lote de joyas, que según el último de los nombrados le alegró porque con eso podía pagar sus deudas; esas alegaciones no son creíbles se constituyen en una estrategia de defensa; pues las circunstancias de los hechos revelan que El DELITO representó una planificación previa que requería la actuación de varios partícipes para lograr el objetivo criminal, lo cual es constatable de la certeza procesal, así tenemos: la ofendida –Sonia Raquel Pesántez Pesántez- tenía joyas en su domicilio, a decir de ella y de su prima María José Yépez, los asaltantes que entraron en la casa, preguntaban por la ubicación de la caja fuerte, que si les avisan no les va a pasar nada, o por el contrario les “meten un plomazo”, en efecto se llevaron el lote de joyas por USD. 45.000, que se encontraban en la caja fuerte, la Fiscalía ha justificado que la ofendida –Pesántez Pesántez- es cónyuge de Manuel Deleg, éste artesano de joyas, datos e

información relevante que proporcionan a los juzgadores la formación de la certeza de que el hecho delictual fue planificado con anterioridad, esto es los acusados conocían de la existencia de la caja fuerte, de que aquella vivienda estaba relacionada con dinero y joyas, es decir aquella casa era un blanco predeterminado. Este plan en común –robo calificado-, de acuerdo a lo contado por las víctimas, los asaltantes, para cometerlo llevaban armas de fuego con las cuales les amenazaron, las intimidaron, neutralizaron la voluntad de las víctimas. Que en los allanamientos que se realizaron a las viviendas donde residían o se alojaban los acusados y en el vehículo Peugeot que se movilizaban, se encontró las joyas, armas de fuego y municiones, lo cual demuestra la forma violenta de operar de los hoy acusados, es decir adquisición de armas, municiones, conocimiento del manejo de armas, lo cual se constituye en una actuación criminal deliberada de todos sus partícipes, debiendo insistir en que la actuación de cada uno de ellos, fue respecto del hecho principal –robo-, necesarias, relevantes y destinadas a cumplir el objetivo criminal que era lesionar los bienes jurídicos tutelados penalmente, derecho a la integridad física, propiedad, por lo tanto responden en calidad de autores los acusados Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez, de acuerdo al Art. 42 del Código Penal. Otra de las circunstancias que nos llevan a establecer la estructura delictiva, son la utilización de los vehículos por parte de la organización: hyundia elantra, en el que llegan a la casa de la ofendida, luego les sirvió para huir, fue identificado por la policía en el parque Iberia (en ese momento conducido por el acusado Ángel Héctor Zamora Manzaba), posterior es avistado por el diario el tiempo, en este lugar se ubica otro vehículo, peugeot de placa ABA-9828, vehículos en los que se embarcaron los hoy acusados y dos personas de sexo femenino, finalmente los dos automotores fueron interceptados en la Y de Cumbe y aprehendidos Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez y en el vehículo Peugeot se encontraron el botín (joyas) y armas de fuego. El Daewo rojo matiz de placa ADT-891, que era otro de los utilizados por los procesados. La moto en la que fue observado Zamora Manzaba. Los automotores descritos y que servían de transporte para los acusados, se constituyen en elementos relevantes para destacar como se operaba aquella organización criminal. Sumado a ellos las fotografías encontradas en las vivienda de Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, en las que a decir de los policías Diego Marcelo Pérez Vayas y Cristian Geovanny Chinlle Morocho, se les observaba a los procesados Naranjo Piguabe y Vera Sánchez, con lo cual se denota la familiaridad que existía entre ellos y además sirvió para que los vecinos refirieran a la policía, que siempre se les veía a los acusados ingresar con frecuencia en este domicilio, y es en esta misma vivienda que se encontraron los documentos de Miguel Villamizar Sepúlveda, otra muestra de los lazos de amistad que había entre ellos. La existencia de la organización delictiva evidenciada en la sala de audiencias, se ve confirmada por medio del testimonio del Capitán José Ricardo Valdivieso Yanes, quien en su calidad de Jefe de la Unidad de Inteligencia de la Policía, conocía de la existencia de la “banda del chino bruno”, que ese alias le pertenecía al acusado HENRY PATRICIO VERA SÁNCHEZ, si referimos al contexto gramatical de las palabras “ banda” conformación de algunos y “chino bruno”, inferimos que quien dirigía la organización era el referido ciudadano HENRY PATRICIO VERA SÁNCHEZ, quien se hacía llamar también PINTA PILAMUNGA CLEMENTE, lo cual fue acreditado por medio del perito de Criminalística Juan Pedro Guillin Morales, quien al realizar la pericia de Identificación Humana, entre las huellas dactilares que constan en las tarjetas de los archivos del Departamento de Criminalística, de Pinta Pilamunga Clemente y Vera Sánchez Henry Patricio, concluye que

son la misma persona. La utilización de dos identidades se concluye es con el único fin de ocultar su verdadera identidad, de esta forma evadir a la justicia ya que sus actos son contrarios al ordenamiento jurídico.- Ahora bien, sobre la prueba presentada por la defensa del acusado Ángel Héctor Zamora Manzaba, el testimonio de Martina Cecilia Miño Salas, con el que se pretende demostrar que dicho acusado, el día de los hechos (07 de septiembre de 2011, a las 7h30) coincidió con la versante en la escuela de sus hijos permaneciendo hasta las 8h30, no es creíble, primero al interrogatorio de la Fiscalía responde, que no recuerda lo que hizo el 09 de septiembre de 2011, pero si lo hace con precisión lo del 07 de septiembre de 2011 y en segundo lugar con ese testimonio no se puede desvanecer la presencia del acusado en la escena del delito, fue identificado por las ofendidas como uno de los asaltantes.-

5.2.8.- Sobre la responsabilidad de LUIS ALBERTO SALZAR SUAREZ tenemos: Insólito resulta pensar que el miembro de la policía, al conocer como lo hizo toda la policía de Cuenca sobre el reporte del asalto, que le dieron según palabras del Capitán Ricardo Valdiviezo como un “evento de connotación”, salga a desayunar a las 8h30, regrese a las 10h00 para buscar su radio en el lugar de comida, tener el tiempo suficiente para ir a su casa para entregar la llave de la puerta porque su esposa las había olvidado, quedarse a almorzar, mientras toda la policía buscaba al vehículo y a los delincuentes que participaron en el mismo. El vehículo Peugeot de placa ABA-9828, en el que se encontraron armas y las joyas sustraídas es de propiedad del acusado Salazar Suárez, lo cual es incontrastable, no es creíble la coartada que pretende la defensa, que el vehículo fue robado para lo cual presenta los testimonios del propio acusado de su esposa Ana Lucía Guaman Suscal y su hermana política Nelly Elizabeth Guamán Suscal, sobre los testimonios de la cónyuge y los parientes, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 76 de la Constitución de la República, no puede declarar en su contra, es decir va a declarar a favor, difícilmente se pueda pensar que la cónyuge o su cuñada van a sacrificar los lazos familiares por mantener la verdad, entonces para valorar la prueba testimonial de la cónyuge y pariente, siempre va a existir la sospecha si dijeron la verdad, o toda la verdad, en la especie sus testimonios no guardan conformidad entre ellos y la del acusado, por un lado el acusado dice que en esos días tenía un serio problema familiar por la enfermedad de su madre, pero ni su cónyuge ni cuñada conocían de esta circunstancia, lo cual se explica por si solo es una coartada; otra incongruencia la señora Nelly Elizabeth Guamán Suscal a quien le roban el vehículo Peugeot (quien además tenía su propio vehículo a pocas cuadras) quedó de verse con su enamorado de nombres Jhonny Estalin Guzmán Díaz al medio día para almorzar, pero éste último explica que su novia no llegó a la cita, no le llamó, es decir no demostró ningún interés y recién en la noche se entera del robo del vehículo. Continuando con los desatinos, el testimonio del conductor del taxi Byron René Castro Carlo, que es identificado luego de un año de forma coincidencial en el mismo lugar donde había tomado a la supuesta víctima del asalto y dice recordar a la señora Nelly Guamán Suscal, no es creíble para el caso las coincidencias. Seguimos, sí, Nelly Guamán Suscal fue asaltada y dice haber presentado una denuncia en Fiscalía, la misma no fue presentada como prueba y tampoco hubiera variado el cuadro procesal de pruebas, por la simple razón, que a pesar del tiempo transcurrido no existen resultados de la investigación de dicho robo, si luego del asalto (coartada) el vehículo es retenido en la Y de Cumbe, es fácil deducir que la investigación de aquel robo del vehículo vinculaba a quienes se movilizaban en dicho automotor estos son Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda y una persona de sexo femenino, el acusado es ex miembro de la policía nacional, por lo tanto conoce procedimientos de investigación. Incluso a decir del propio acusado, la fiscal que actuó ese día le dijo que no era creíble lo que decía –robo del vehículo- razón por la cual

ordenó su detención al Capitán Valdivieso. La participación del acusado, en calidad de cómplice se determina, en la cooperación indirecta y secundaria dentro de la organización delictiva, pues se deduce de forma natural y lógica que facilitó su vehículo para transportar los bienes robados a la ofendida, esto con fundamento en el artículo 43 del Código Penal, la complicidad no es otra cosa, que el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado (Edgardo Alberto Donna, la Autoría y la Participación Criminal, pág. 107). SEXTO: ADECUACIÓN TÍPICA: La hipótesis acusatoria de Fiscalía se sustenta en el delito tipificado en el Art. 550 y sancionado en el Art. 551, en relación con el Art. 552, numerales 1, 2 y 4 y correspondencia con el artículo 549 numeral 3, todas las disposiciones del Código Penal. Al analizar el TIPO PENAL, tenemos que remitirnos al contenido del artículo 550 del Código Penal señala “ El que mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad”. En el robo, es necesario que la cosa sustraída sea ajena, en la especie las joyas y computadora laptop, se han justificado en audiencia que son de propiedad de la víctima Sonia Raquel Pesántez Pesántez, esto de acuerdo con los acuerdos probatorios y el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, no existe duda alguna sobre la ajenidad de las cosas.- El tipo penal dentro de su descripción normativa dice, “ apropiarse” esta expresión jurídica se constituye en uno de los elementos del tipo, que trae como consecuencia la consumación del delito de robo, lo cual debe estar relacionado indiscutiblemente con el elemento subjetivo el ánimo de apropiarse, por lo tanto la exigencia legal de la sustracción está vinculada con el apoderamiento de de la cosa ajena, lo que implica sacar de la esfera de custodia los bienes objeto del delito. En el caso que juzgamos se puede evidenciar que los hoy acusados, no solo desapoderaron las joyas y computadora, sino también estuvieron en la posibilidad incluso de disponer de las cosas ajenas en perjuicio de la víctima y de acrecentar su peculio personal. Continuando con el estudio de los Arts. 551 y 552 del Código Penal, sobre la agravación de la pena y las circunstancias del delito, se cumplen con las exigencias normativas y descriptivas del tipo penal: violencia, intimidación, con armas, pandilla y por tratarse de útiles necesarios (joyas) para ejercer el oficio de la joyería. La Constitución, la doctrina, coinciden en determinar, que en esta clase de delitos, el BIEN JURIDICO afectado, es la propiedad, tutelado en el art. 66 numeral 26 de la Constitución. Sin embargo por las circunstancias del presente caso, es necesario destacar que el delito de –robo calificado-, no solo afectó la propiedad, la conducta criminal de los partícipes tuvo un plus de agravación, fue desplegada en contra de tres mujeres: Sonia Raquel Pesántez Pesántez, María José Yépez Pesántez y en presencia de un niña de cuatro años de edad, quien también tiene la calidad de víctima, pues los agresores usaron contra ella y las otras dos mujeres que se encontraban en la escena del delito, la violencia e intimidación, es decir se afectaron otros de los bienes jurídicos como la integridad física y psicológica de aquellas, así como el derecho a vivir en un ambiente libre de violencia y el derecho a la intimidad personal y familiar. Este bien jurídico se encuentra protegido en el numeral 20 del artículo 66 de la Constitución, en la especie encontramos, que cuatro personas, algunas de ellas a mano armada, cubiertas sus rostros, de forma violenta irrumpieron en el entorno de la familia e intimidad de las víctimas, ingresan al domicilio de una de ellas –Sonia Raquel Pesántez- y sustraen las joyas y computadora. La VIOLENCIA ejercida en contra de las víctimas, debe ser contextualizada desde la Constitución y la norma supra nacional, en efecto el artículo 66 numeral 3 literal b) de la Ley Superior, establece el derecho a la INTEGRIDAD PERSONAL, que incluye una

vida libre de VIOLENCIA en el ámbito público y privado, el Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad. El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, sobre el derecho a la INTEGRIDAD, SEGURIDAD PERSONAL Y UNA VIDA LIBRE SIN VIOLENCIA, recoge en los siguientes instrumentos: artículo 5 de la Convención América sobre Derechos Humanos; artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 3 y 4 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención Belem do Para”. Convenios a través de los cuales se pretende erradicar toda forma de violencia contra la mujer, sea física psicológica, etc. Sobre la protección a los niños, niñas y adolescentes, los artículos 45 y numeral 4 del 46 de la Constitución, reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la integridad física y psíquica, protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato; el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de los Niños exigen a los Estados partes, adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental. Y finalmente en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el art. 68 nos da un concepto amplio sobre lo que se debe concebir por maltrato, se entiende toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona.....;cualesquiera sea el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima; continua la norma invocada manifestando que “Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado”. Del contenido de las normas invocadas, no solo debe ser una aspiración la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, proteger al menor de edad de todo tipo de violencia no solo es obligación de los padres y quienes rodean a los niños, sino imponen la intervención estatal, como en el presente caso al dictar estos jueces el presente fallo –Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia-. Por lo tanto las alegaciones de la defensa que manifiestan, que no existe violencia, diremos que conforme al análisis realizado por los Jueces de este Tribunal, aquella no está conforme con la certeza procesal, la Constitución y las Convenciones Internacionales, el Art. 11 numerales 4 y 9 como uno de los principios de la aplicación de los derechos proclaman que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos” y que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, “ así en un Estado de Derechos y Justicia, se requiere que los jueces, en sus resoluciones apliquen en forma directa e inmediata los principios fundamentales que consagra la Constitución y las normas recogidas en las Convenciones Internacionales– Art. 129 del Código Orgánico de la Función Judicial-. Empero de lo analizado, es errónea la interpretación que los abogados de la defensa, hacen respecto a lo que consideran “violencia” y “robo agravado”. El art. 596 del Código Penal dice lo siguiente “Por violencia se entienden los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas”, en definitiva actos con los cuales se vence la eventual defensa que las personas pudieran hacer para impedir la sustracción (Dr. Ernesto Albán Gómez-Manual de Derecho Penal Ecuatoriano pág. 427). Aquí debemos diferenciar que algunos actos de apremio físico dejan huellas físicas en la víctima (lesiones) esto es lo que defensa quiere en el caso, que

exista una persona lesionada, con sangre, etc, otros no dejan huellas físicas como en el presente caso, pero es suficiente que una de las víctimas haya recibido un golpe en el cuello o un abrazo (que de ninguna forma es muestra de cariño) para que se constituyan en actos de apremio físico que vencieron la voluntad de las víctimas. En el segundo inciso del artículo 596 del Código Penal de un concepto de amenazas, medios de apremio moral que infunden en temor de un mal inminente, en la especie tenemos gente con armas, en pandilla, con expresiones como “te meto un plomazo” a no dudarlo son suficientes para anular la resistencia de la víctima, erróneamente considerando la defensa que solo se ha demostrado las amenazas y por lo tanto es un robo simple, lo cual queda en un mero enunciado, sin que exista elemento alguno para dicha apreciación. El artículo 552 del Código Penal, luego que hemos dejado claro la existencia de violencia e intimidación, establece los casos de agravación del delito de robo, que no es otra cosa que los modos de ejecución, en el presente caso en los numerales 2 y 4: CON ARMAS, el Código Penal en su artículo 602 define al arma como, toda máquina, o cualquier otro instrumento cortante, punzante, o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se utilice, no hay duda que en la escena del delito se utilizaron armas esto a decir de las ofendidas, luego fueron encontradas en algunas de las viviendas allanadas y también se las encontró en el vehículo Peugeot, y como lo referimos antes denotan la agresividad de la banda delictiva, la agravación de esta circunstancia se justifica por el eventual peligro que corre la víctima. EN PANDILLA, que en líneas anteriores fue tomada para explicar la existencia de la organización delictiva, así el artículo 601 del Código Penal, sobre la pandilla dice, reunión de tres o más personas con una misma intención delictuosa, para la comisión de un delito, aquí se denota la coincidencia en la intención, preparación y ejecución del delito por parte de seis personas. También la agravación se justifica por la naturaleza del objeto material del delito, en la especie las joyas se constituyen en instrumentos que la ofendida necesita para su profesión, arte u oficio, en este caso la joyería, esto lo encontramos establecido en el Código Penal en el artículo 549 numeral 3 por remisión del artículo 552. El representante de la Fiscalía General del Estado, en audiencia de juicio no ha demostrado las circunstancias del numeral 1 del artículo 552 del Código Penal. SÉPTIMO: Respecto a la pena, la defensa de los acusados a través de los acuerdos probatorios a los que ha llegado con Fiscalía, ha justificado la buena conducta anterior y posterior al delito. Sin embargo el acusador fiscal, demostró con el recaudo probatorio, agravantes que no son constitutivas o modificatorias de la infracción, estas cambian la responsabilidad de los acusados por representar mayor peligrosidad y alarma que la infracción causo en la sociedad. Dichas agravantes las encontramos en los numerales 1 del artículo 30 del Código Penal, actuaron con ALEVOSIA, lo cual se verifica con los medios y la forma de la ejecución del delito, que reportó como consecuencia asegurar el delito sin riesgo para los victimarios, en efecto en la escena del delito, la presencia de los acusados Ángel Héctor Zamora Manzaba, Luis Alfredo Nogales Estancio, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, algunos de ellos armados, otros cubiertos sus rostros, y por el otro lado tres mujeres entre ellas una niña de cuatro años de edad, indudablemente situación de inferioridad de las víctimas. Operando otra de las circunstancias, haber ingresado deliberadamente en la casa de la víctima Pesàntez Pesàntez, lugar en el que hemos insistido existían joyas en una caja fuerte y esto fue conocido por los victimarios, sin que opere por lo tanto ninguna de las circunstancias atenuantes del artículo 72 del Código Penal. Sobre la aceptación de participación de los acusados Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda en el delito, incriminación válida, de acuerdo al Art. 8 No. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se

considera como atenuante trascendental de acuerdo al artículo 74 del Código Penal, pero no puede ser aplicada porque existen agravantes no constitutivas y modificatorias de la infracción que fueron explicadas en líneas anteriores. Respecto al arrepentimiento de los acusados Stalin Gabriel Naranjo Piguabe y Miguel Villamizar Sepúlveda, éste es eficaz y surte efectos jurídicos, cuando se lo hace antes de cometer el delito, en la etapa de ideación.

OCTAVO: Por lo expuesto, este Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, con fundamento en los Arts. 16, 28, 304 A del Código Adjetivo Penal “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara que los ciudadanos: ANGEL HECTOR ZAMORA MANZABA, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 0104725932, de 30 años de edad, de instrucción primaria, de unión libre, empleado privado, nacido en Yaguachi provincia del Guayas, domiciliado en la ciudad de Cuenca; LUIS ALFREDO NOGALES ESTANCIO, de nacionalidad colombiana, con documento de identificación No. 13432749, de 58 años de edad, de instrucción superior, soltero, de ocupación comerciante, nacido en Cúcuta-Colombia, domiciliado en Bogotá-Colombia; MIGUEL VILLAMIZAR SEPÚLVEDA, de nacionalidad colombiana, con documento de identificación No. 91480201, de 38 años de edad, instrucción primaria, unión libre, de ocupación comerciante, nacido y domiciliado en el departamento de Bucaramanga-Santander Colombia; STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 0921187506, de 24 años de edad, de instrucción superior incompleta, unión libre, de ocupación estudiante, nacido en la ciudad de Guayaquil provincia del Guayas, domiciliado en la ciudad de Cuenca provincia del Azuay; HENRY PATRICIO VERA SÁNCHEZ ó CLEMENTE PINTA PILAMUNGA, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 0915857759, de 37 años de edad, de instrucción primaria, unión libre, comerciante, nacido en Aлаusi/Chimborazo, domiciliado en la ciudad de Cuenca/Azuay, son autores del delito de robo calificado, tipificado en el artículo 550 en relación con el artículo 551 (violencia e intimidación) del Código Penal, y sancionado en el artículo 552 ibidem, bajo las circunstancias de los numerales 2 y 4, con las circunstancias del artículo 30 numeral 1 ( alevosía y entrar deliberadamente en la casa de la víctima), por lo que se les impone la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR, debiendo descontar el tiempo que han permanecido detenidos por esta causa. Y al ciudadano LUIS ALBERTO SALZAR SUAREZ, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 1204327629, de 35 años de edad, casado, de instrucción secundaria, sin ocupación laboral por el momento, nacido en el cantón El Triunfo de la provincia del Guayas y domiciliado en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, como responsable en calidad de cómplice del delito de robo calificado, tipificado en el artículo 550 en relación con el artículo 551 (violencia e intimidación) del Código Penal, y sancionado en el artículo 552 ibidem, bajo las circunstancias de los numerales 2 y 4, con las circunstancias del artículo 30 numeral 1 ( alevosía y entrar deliberadamente en la casa de la víctima), por lo que de conformidad con el artículo 47 del Código Penal, se le impone la pena de TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR. Los acusados Luis Alfredo Nogales Estancio, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez o Clemente Pinta Pilamunga, deberán seguir cumpliendo la pena de reclusión en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de Guayaquil, el acusado STALIN GABRIEL NARANJO PIGUABE, continuará cumpliendo su pena en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de Santo Domingo de los Tsachilas, el acusado Ángel Héctor Zamora Manzaba y Luis Alberto Salazar Suarez cumplirán su pena en el Centro de Privación de Libertad de

Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones de Cuenca. De conformidad con el Art. 60 del Código Penal se le suspenden sus derechos políticos por igual tiempo al de la condena. En atención a los artículos 61 y 62 del código sustantivo penal, los acusados quedan sujetos a la vigilancia de la autoridad policial del lugar que elijan para su residencia, durante diez años luego de que cumpla la condena. REPARACIÓN: El actual modelo constitucional, ubica al Estado como garante de los derechos, no solo cuando expide normas, cuando aplica y define políticas públicas, sino cuando dicta sentencias, como en la causa que nos ocupa, para condenar a los acusados como responsables del delito de robo calificado, así como proteger los derechos de las víctimas y, para que el concepto de reparación integral de la víctima –artículo 78 de la Constitución-, sea adecuado y efectivo, convirtiéndose la restitución integral en una esperanza de justicia. Es aquí que debemos remitirnos una vez más a las víctimas del delito que se juzga, tres mujeres desprotegidas una de ellas una niña de cuatro años de edad, ellas son quienes han sufrido directamente la violación de sus derechos constitucionales (integridad personal, psicológica, la propiedad, los derechos de los niños, niñas y adolescentes). La percepción de víctima que nos trae la norma supra nacional en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (Adoptada por la Organización de Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985), amplía el concepto de VÍCTIMA, dicha declaración refiere “se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas y mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. Los daños inmateriales son difíciles de cuantificar, más aún en un delito que deja huellas psicológicas, en la que incluso después de algunos meses del robo, se advierte una reactualización de las vivencias traumáticas de las víctimas –asaltantes armados, amenazas que si no entregan las joyas “les meten un plomazo”, sin embargo en el presente caso consideramos el nivel de impacto del delito, la herida psicológica de las damnificadas del delito, por lo que de conformidad con el numeral 5 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, se les condena a los acusados de forma individual a pagar la cantidad de dos mil dólares, como indemnización de daños y perjuicios ocasionados a las víctimas. Con costas.- Ejecutoriada la sentencia remítase copia certificada a los Centros de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Varones en las ciudades donde se encuentren cumpliendo las sentencias los acusados. Los abogados y abogadas defensoras de los acusados, los profesionales Dras. Teresa Capón, Norma Reyes Solano, Blanca León, Drs. Roberto Crespo Crespo, Damián Palacios, Erwin Blum Baquedano, Byron Castro y Carlos Tiban, así como del señor fiscal, Dr. Adrian Rojas, han tenido una correcta actuación en la etapa de juicio. Las disposiciones legales aplicadas a esta sentencia se hallan dentro de la misma. Notifíquese.

## **HECHO FACTICO.**

El día 7 septiembre de 2011 a las 7h30, fuera de la vivienda de Sonia Raquel Pesántez Pesántez, ubicada en la calle los Záparos y Av. Del Cóndor de esta ciudad, cuando se aprestaba a subir en su vehículo para dejarle a su hija de 4 años en el jardín de infantes en compañía de su prima María José Yépez Pesantez, se aparcó un vehículo hyundai elantra en el que se encontraban 4 individuos, tres de ellos se bajan del vehículo, uno de ellos alto y moreno la toma de la cintura a Sonia Pesántez y con arma de fuego las hacen entrar en la

morada, acto seguido los otros dos individuos también ingresan al interior y preguntan si tiene dinero o cosas de valor, las víctimas advierten que uno de ellos tenía pelo cano y otro no cubría su rostro siendo este identificado como Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, ellos recibían llamadas telefónicas permanentes de los otros miembros de la organización criminal, en la última llamada salen en precipitada carrera, la víctima todavía atónita, se contacta con el 911, la policía ubica el vehículo hyundai elantra, toman una fotografía la cual al ser indicada a la ofendida, reconoce como el vehículo en el que se trasladaban los asaltantes, estableciéndose quienes eran los que se movilizaban en el mismo, siendo Nogales Estancio el conductor que lo guía hasta el parque Iberia, donde asoma un vehículo Peugeot. De una vivienda bajan algunas personas y se embarcan en los dos vehículos, también se avistó un vehículo daewo de color rojo que utilizaban para observar que no exista policías a los alrededores. Alertados por la ruta que tomaron los vehículos, en la Y de Cumbe la Policía realiza un operativo y aprehenden a Luis Alfredo Nogales Estancio, Ángel Héctor Zamora Manzaba, Stalin Gabriel Naranjo Piguabe, María Saquinaula, quienes se trasladaban en el vehículo Hyundai Elantra y del Peugeot son detenidos sus ocupantes identificados como Johana Saquinaula, Miguel Villamizar Sepúlveda, Henry Patricio Vera Sánchez, encontrando en el interior una arma de fuego, una cartera que contenía las joyas sustraídas a la víctima, causó sorpresa que el vehículo Peugeot es de propiedad del policía Luis Alberto Salazar Suárez, que tenía un sistema de GPS. En flagrancia delictual se allanan tres moradas, en la que pernoctaba Henry Vera Sánchez, se encontraron armas de fuego, una alimentadora, municiones, otro lote de joyas, una computadora laptop que fue sustraída a la señora Pesánte, documentos de Miguel Villamizar Sepúlveda, un álbum fotográfico en el que se veía a Henry Vera Sánchez con personas privadas de la libertad, en este lugar abrieron la caja fuerte de la ofendida, ahí se dividieron lo sustraído, en la casa del señor Gutama, encontraron: documentos de Luis Alfredo Nogales Estancio, armas, municiones y alimentadoras de dotación de la Policía Nacional, soldadoras, herramientas varias, que se presume servían para preparar otro tipo de hechos delictivos. Fiscalía refirió que es un delito contra la propiedad, que irrumpieron los acusados con armas de fuego, que los partícipes tenían dominio de la voluntad del acto y dominio de la voluntad del hecho (sic).

#### **ADECUACION TIPICA.**

Es fácil deducir que la investigación de aquel robo del vehículo vinculaba a quienes se movilizaban en dicho automotor estos son Henry Patricio Vera Sánchez, Miguel Villamizar Sepúlveda y una persona de sexo femenino, el acusado es ex miembro de la policía nacional, por lo tanto conoce procedimientos de investigación. Incluso a decir del propio acusado, la fiscal que actuó ese día le dijo que no era creíble lo que decía –robo del vehículo- razón por la cual ordenó su detención al Capitán Valdivieso. La participación del acusado, en calidad de cómplice se determina, en la cooperación indirecta y secundaria dentro de la organización delictiva, pues se deduce de forma natural y lógica que facilitó su vehículo para transportar los bienes robados a la ofendida, esto con fundamento en el artículo 43 del Código Penal, la complicidad no es otra cosa, que el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado (Edgardo Alberto Donna, la Autoría y la Participación Criminal, pág. 107).

Al ciudadano LUIS ALBERTO SALZAR SUAREZ, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía No. 1204327629, de 35 años de edad, casado, de instrucción secundaria, sin ocupación laboral por el momento, nacido en el cantón El Triunfo de la provincia del Guayas y domiciliado en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, como responsable en calidad de cómplice del delito de robo calificado, tipificado en el artículo 550 en relación con el artículo 551 (violencia e intimidación) del Código Penal, y sancionado en el artículo 552 ibidem, bajo las circunstancias de los numerales 2 y 4, con las circunstancias del artículo 30 numeral 1 (alevosía y entrar deliberadamente en la casa de la víctima), por lo que de conformidad con el artículo 47 del Código Penal, se le impone la pena de TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR.

## **COMENTARIO.**

Es clara la actuación del ex agente de policía, que en la especie es quien facilita a los coprocesados el vehículo de su propiedad un Peugeot de placas ABA-9828, el mismo que durante el operativo fue ya avistado por la policía en el domicilio de uno de los coprocesados por el sector del Diario el Tiempo de la ciudad de Cuenca y posteriormente detenido en el sector de la Y de Cumbe, donde fueron aprendidos algunos de los ciudadanos que participaron en el ilícito penal, encontrándose además en el automotor el lote de joyas sustraído y una arma de fuego; nótese del hecho factico que el agente no tiene participación directa en el hecho, pero facilita un bien de su propiedad para que sea utilizado en el delito, por lo que su conducta encastra perfectamente en el tipo penal del artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

Además, debe ser considerado el ex Agente de Policía cómplice en virtud de que éste no tiene el dominio del hecho, ni es figura central en el suceso, ni tampoco es señor de los acontecimientos, lo que realiza es una ayuda dolosa en un delito ajeno y se encuentra en la periferia de los acontecimientos por eso lo consideramos como participe.

La ayuda que presta a los coautores del delito es no esencial, por lo que podemos afirmar que es un cómplice secundario y esto lo decimos porque la ayuda prestada al hecho lo realiza con actos anteriores (preparatorios) para que tenga éxito la infracción penal; mas sin embargo, su cooperación no es de tal grado como para considerar que sin esta el delito no se hubiera podido ejecutar; acorde al aporte, éste es no esencial razón por la cual se le considerara cómplice secundario.

Si bien es cierto, nuestra legislación no diferencia entre complicidad primaria y secundaria, sin embargo hago esta referencia para ejemplificar lo estudiado en el capítulo donde trato la complicidad.

Sin duda la adecuación típica es la correcta y el análisis que realiza el tribunal juzgador es el adecuado cuando dicen:” en la cooperación indirecta y secundaria dentro de la organización delictiva, pues se deduce de forma natural y lógica que facilitó su vehículo para transportar los bienes robados a la ofendida, esto con fundamento en el artículo 43 del Código Penal, la complicidad no es otra cosa, que el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y

dolosamente realizado (Edgardo Alberto Donna, la Autoría y la Participación Criminal, pág. 107)”. Tomado de la sentencia.

En suma el grado de participación del ex agente de policía es de complicidad, su conducta se adecua a lo consagrado en el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal.

Para complementar lo dicho, resumo la participación citando al Profesor Soler quien dice lo siguiente: Sebastián Soler Derecho Penal Argentino II actualizador Guillermo J. Fierro TEA Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires 1992. ps 314 -315

Sintetizando, podrán formularse los siguientes principios:

1) La participación es accesoria de un hecho principal; pero nadie es culpable por la culpa del otro en el hecho, sino por la propia. Consecuencia: la participación comunicable es la objetivamente y subjetivamente perfecta: objetivamente, en el sentido, a lo menos, de cooperación; subjetivamente, a lo menos, en el sentido de asentimiento (conocimiento). •

2) La participación es accesoria, pero de un hecho y no de la culpa del otro. Consecuencia: a nadie aprovecha la inculpabilidad, sino al que jurídicamente le corresponde. Así como nadie carga con la culpa ajena, nadie se beneficia de la inocencia ajena; cada cual paga su culpa.

3) Para que haya participación, finalmente, debe existir concordancia intencional, ello es, las intenciones convergentes en un tipo deben ser recíprocamente integrantes dentro del mismo tipo.

## **SENTENCIA NÚMERO 2.**

PRIMER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY Juez ponente: Miguel Antonio Arias Cuenca, lunes 9 de mayo de 2011.- Las 08h12 Expediente: 28.2011 VISTOS: Se ha convocado a audiencia de juicio para conocer y resolver la conducta de los acusados Edwin Geovanny Pérez Loja, Daniel Geovanny Padilla Masache, Edgar Eduardo Cartagena Morocho y Julio César Juella Salinas, a quienes la Fiscalía General del Estado los acusa por el delito de robo calificado, ilícito tipificado en el Art. 550 del Código Penal y sancionado en el Art. 551 en las circunstancias de los numerales 1, 2 y 3 del Art. 552 del mismo cuerpo legal. Luego de finalizada la audiencia de juicio, el Tribunal ha hecho conocer a las partes el resultado de su deliberación: sentencia condenatoria. De tal forma que al reducir la sentencia a escrito, se hace tomando como fundamento las siguientes consideraciones: PRIMERO: El proceso es válido en virtud de que no se ha vulnerado derechos fundamentales, especialmente el derecho de defensa de los procesados, ni se ha omitido solemnidad esencial que pudiera afectar la validez de la causa. SEGUNDO. EL HECHO FACTICO: Según la teoría del caso de la Fiscalía, se indica que el día veinte y dos de octubre de dos mil diez, a eso de las 02h00, el ciudadano Fausto Rodrigo Huiracocha Heras, quien labora como guardián de la Facultad

de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria de la Universidad Católica de Cuenca, cuando regresaba de dejar a un familiar suyo, fue atacado por las espaldas por dos sujetos, quienes con armas de fuego le golpearon y le obligaron a entrar en el vehículo de propiedad de su pariente, luego le llevaron a su dormitorio donde le echaron gas, le ataron y le envolvieron en una cobija, siendo golpeado permanentemente en las costillas con un palo de escoba. En estas circunstancias otros individuos, entre ocho o diez personas, han sometido a su cónyuge Norma Yubi y a su hijo y proceden a sustraerse objetos de propiedad de ellos, tales como tres mil dólares, televisores plasma, equipos de sonido y varios objetos de propiedad de la Universidad Católica de Cuenca, tales como equipos de sonido, amplificadores, parlantes, equipo de computación, y hasta varios cobayos o cuyes que estaban en jaulas. Que luego de cometido el hecho, en el interior de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria, ubicada en el kilómetro dos y medio de la Panamericana Norte de esta ciudad de Cuenca, los sujetos huyeron en una camioneta color roja con aros anchos, dejando a los guardianes maniatados y encerrados en una habitación con candado, quienes después de lograr liberarse han reportado el robo a las autoridades universitarias y éstos a la Policía Nacional. Con la información proporcionada por los empleados de la Universidad Católica, los agentes policiales emprenden un operativo de búsqueda para localizar al vehículo de las características detalladas, encontrando al mismo en el sector denominado “La Playita” de la parroquia Mayancela de esta ciudad de Cuenca, junto con un automóvil sin placas de marca Hyundai. Que los sujetos que se encontraban en el interior del domicilio de propiedad de José Campoverde, al percatarse de la presencia policial, emprenden la fuga. En el operativo de persecución es detenido el vehículo sin placas de marca Hyundai, en el que se encontraban los hoy acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, y dentro del vehículo en el que se transportaban, los agentes policiales recuperan varios objetos, televisores plasma, equipos de computación con el sello de la Universidad Católica. En tanto que la camioneta de color roja marca Chevrolet DMax, que era conducida por José Campoverde logró evadir la acción policial, no obstante en la huida, del balde de la camioneta cayó el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja, quien también fue detenido por los agentes policiales. Con estas detenciones y con la presencia de la Fiscalía General del Estado, se procede a realizar el allanamiento del domicilio de propiedad de José Abdón Campoverde Maza, encontrando en su interior, varios objetos de propiedad de la Universidad Católica de Cuenca y de los ofendidos Fausto Rodrigo Huiracocha y Norma Yubi, inclusive los cobayos que permanecían en jaulas, así como cinco armas, entre ellas, subametralladoras y revólveres. Teoría del caso de Edwin Geovanny Pérez Loja: Que no ha cometido delito de ninguna naturaleza, que el día en que fue detenido había acudido al sector La Playita de Sinincay a dejar dinero para su hija, que a su retorno pidió a una camioneta que pasaba por el lugar que le transporte. Que cuando estaba en la paila de ese vehículo hubo un enfrentamiento con agentes policiales y por esa razón se botó de la camioneta, que durante su detención fue agredido físicamente por los policías. Teoría del caso del acusado Daniel Geovanny Padilla Masache: Indica que en horas de la mañana llamó a Edgar Eduardo Cartagena Morocho, quien le presta sus servicios como taxista, porque tenía que dejar a su mujer en una academia de belleza, donde toma clases, que luego de dejar a su cónyuge compró arroz, azúcar y una piña, mientras realizaba las compras, recibió una llamada de su amigo Abdón Campoverde, quien le pidió ayuda porque se estaba cambiando de domicilio, que pidió a Edgar Eduardo Cartagena Morocho le ayude con el transporte, se fueron al lugar La Playita donde su amigo Campoverde, que al llegar al lugar Campoverde se puso furioso porque no había traído una camioneta para el transporte, sino un automóvil,

cargaron algunos objetos, sin conocer que los mismos habían sido de “dudosa procedencia”, que mientras se trasladaban por el sector de la ciudadela Católica fueron interceptados por agentes policiales acusándolos de haber participado en un robo. Teoría del caso de Edgar Eduardo Cartagena Morocho: Refiere que a eso de las 08h00 recibió una llamada del señor Daniel Geovanny Padilla Masache, a quien le sirve como taxista en varias ocasiones, puesto que es chofer profesional, indica que fue con Padilla Masache a dejar la cónyuge de éste en una academia, luego fueron a hacer compras de alimentos y allí al recibir una llamada Padilla Masache le pide que le apoye con el transporte a un amigo que se está cambiando de casa, que llegaron al sector denominado La Playita de Mayancela, donde el amigo de Padilla Masache se puso furioso al ver que había traído un automóvil para el transporte y no una camioneta que era más útil, cargaron algunos objetos y se fueron por el sector de la ciudadela Católica donde fueron interceptados y detenidos por agentes policiales, porque los objetos que estaban en su vehículo habían sido robados, pero que él desconocía completamente sobre el hecho. Indica que es chofer profesional y en esta calidad lo único que hizo fue prestar servicio de transporte al señor Padilla Masache. Teoría del caso del acusado Julio César Juela Salinas: Que desconoce absolutamente sobre los hechos, que después de tres meses de haberse producido el hecho, fue detenido por el sector de la subida a San Pedro, sin que se le informara los motivos por los cuales se le privaba de su libertad. Refiere que el día de los hechos no estuvo en esta ciudad, sino en el sector de Bucay trabajando en la recolección de caña guadúa, para la señora Teresa Leonor Narváez. TERCERO. PRUEBA APORTADA POR LAS PARTES: PRUEBA DE CARGO: Durante la audiencia de juicio, la Fiscalía General del Estado, como sustento de su hipótesis acusatoria, presenta los siguientes elementos probatorios: a) Prueba material: 1. Armas encontradas en el domicilio de José Campoverde, en el sector denominado La Playita, de Mayancela, de esta ciudad de Cuenca, siendo las mismas, dos subametralladoras, con sus respectivos cargadores, de fabricación artesanal, calibre nueve milímetros, con siete y dos cartuchos, respectivamente en los cargadores, un revólver marca Smith Weesson, calibre 38 y un revólver de fabricación nacional calibre 32, una escopeta de fabricación nacional calibre 16, un frasco de gas pimienta. Todas las armas, según la afirmación del perito Jaime Fabián Sánchez Tóntag, perito de Criminalística de la Policía Judicial, se encuentran en buen estado y son aptas para producir disparos. 2. Acta de entrega-recepción realizada entre la Fiscalía General del Estado y Humberto Salamea Carpio, representante de la Universidad Católica de Cuenca, según la cual, en cumplimiento de lo previsto en el Art. 107 y 109 del Código de Procedimiento Penal se entregan a su legítimo propietario, los objetos siguientes que fueron sustraídos de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria, el día 20 de octubre de 2010: 1. Un proyector color blanco, marca Sony; 2. Un monitor tipo plano, marca Hacer; 3. Un monitor plano marca LG Flatron; 4. Una caja de audio, marca QSC; 5. Una consola de sonido; 6. Una impresora de color negro marca HP IP 1900; 7. Un CPU color negro HP; 8. Una grabadora marca Sony, color azul con gris; 9. Un par de audífonos y un cable de audio; 10. Una llave de tubo color rojo, marca RIDGID, DE 36 pulgadas; 11. Una llave de tubo, marca Troper, de 24 pulgadas; 12. Una bomba de agua marca Koshinetd Honda G200; 13. Seis llaves de paso de agua; 14. Una caja de plástico con seis cuyes; 15. Un monitor de cámaras de seguridad con su respectivo adaptador; 16. Una bomba de fumigar marca Stihl-SR 420; 17. Una impresora marca Epson LX-300; 18. Un router marca Shure; 19. Un control de cámaras marca Quaddrix; 20. Dos CPU, color negro con gris, genéricos; 21. Tres manteles color amarillo; 22. 3 Parlantes de color negro marca Genyus; 23. Varios cables de conexión; 24. Un trípode con su respectiva caja; 25. Varias llaves de tuercas; 26. Un infocus de color

blanco. Todas estas evidencias debidamente detalladas, han sido reconocidas por el perito de criminalística, Italo Alejandro Jiménez Gallegos, quien indica que los objetos detallados están avaluados en una suma de \$11.534,00 (once mil quinientos treinta y cuatro dólares). 3. Reconocimiento del lugar de los hechos. El perito de Criminalística, de la Policía Judicial, Italo Alejandro Jiménez Gallegos, señala procedió a realizar el reconocimiento del lugar de los hechos, es decir, la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria, de la Universidad Católica de Cuenca, ubicada en el kilómetro dos y medio de la Panamericana Norte, de esta ciudad de Cuenca. En esencia indica que en el área destinada a maquinaria, se observa la malla cortada; en la sala de conferencias se observa el forzamiento de las seguridades, desprendimiento de la alarma y la ausencia de los parlantes. 4. Vehículo de marca Hyundai, sin placas, modelo Accent 4P 1.4 AC 2.10 TM A/C, de color beige, que ha sido debidamente reconocido por el perito en Criminalística, Olger Díaz Loyola, quien ha practicado un revenido químico, sin encontrar alteraciones en la numeración del motor y el chasis. En este vehículo se transportaban los acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, con una parte de los objetos sustraídos. 5. Siete teléfonos celulares que portaban los acusados en el momento de su detención, reconocidos por el policía César Gonzalo Parreño Ocaña, quien refiere que obtuvo información de estos teléfonos, entrante y saliente, con la única aclaración de que un teléfono de marca Alcatel no tiene chip ni batería, en tanto que otro de marca Nokia no funciona. b) Prueba documental: 1. Guía de remisión número 0064416, la carta de venta y la factura de la empresa Autohyun S.A. que contiene datos de la venta del vehículo marca Hyundai a favor del señor Edgar Cartagena Mogrovejo. 2. Noticia periodística de diario El Mercurio de fecha 26 de octubre de 2010, que narra los hechos ocurridos en la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria de la Universidad Católica de Cuenca. 3. Facturas diversas y títulos de propiedad de los objetos sustraídos a la Universidad Católica y al señor Fausto Rodrigo Huiracocha. 4. Oficio remitido por el economista Leonardo Molina, secretario Regional del Servicio de Rentas Internas, dando cuenta que la señora Vidal Galán Beatriz Yolanda no posee registro único de contribuyentes. 5. Copias certificadas de la matrícula y del SOAT del automotor de placas ABB-2611 de propiedad de Edgar José Cartagena Mogrovejo. 6. Folletos de una sierra circular y una licuadora marca Oster BRLY07-Z00. 7. Oficio remitido por el secretario general de la Universidad Católica de Cuenca, doctor Rodrigo Cisneros Aguirre, quien certifica que el ingeniero Humberto Salamea Carpio, quien recibió los objetos que reposaban como evidencia en la Policía Judicial, recuperados en el domicilio de José Campoverde Maza y en el vehículo marca Hyundai, es Decano de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas, Veterinaria y Ecología. 8. Reporte de la empresa telefónica celular Porta, del detalle de llamadas y datos generales de los números telefónicos 086044143, 081274029, 081219788 y 080322555. 9. Oficio remitido por Walter Lucero Correa, Administrador del Centro de Compras 9 de Octubre, quien manifiesta que el local número 37 de dicho centro comercial ha sido concesionado a la señora Rodríguez Díaz Andrea Belén. 10. Oficio remitido por el secretario regional del Austro del Servicio de Rentas Internas informando que el señor Daniel Geovanny Padilla Masache, con cédula de identidad número 010332035, no posee registro de contribuyentes. 11. Datos de filiación de los acusados Edwin Geovanny Pérez Loja, Daniel Geovanny Padilla Masache, Edgar Eduardo Cartagena Morocho y Julio César Juella Salinas, remitidos mediante correo electrónico por la Dirección Nacional de Investigaciones de la Fiscalía General del Estado. 12. Copias certificadas de la tarjeta decodificar del acusado Julio César Juella Salinas, quien aparece registrado con el sobrenombre de "Pescado". 13. Oficio remitido por el gerente de la Cooperativa de Transportes Rutas Orenses en la que

aparecen como usuarios de dicho transporte en el destino Cuenca Machala, el día 21 de octubre de 2010, los ciudadanos Ofelia Jiménez y Eduardo León. 14. Oficio remitido por el gerente de la Cooperativa de Transportes Azuay, Rómulo Ortega Romero, quien da cuenta que no constan como usuarios de dicho medio de transporte, los días 21 y 22 de octubre de 2010, en la ruta Cuenca-Huaquillas-Cuenca, los señores Edgar Eduardo Cartagena Morocho y David Geovanny Padilla Masache. 15. Oficio remitido por el gerente de la Cooperativa Interprovincial de Transportes Rutas Orenses, Goberth Cely Blacio, informando que dicha empresa no realiza transporte en las rutas Cuenca-Huaquillas o Huaquillas Machala. 16. Antecedentes penales de los acusados Edgar Eduardo Cartagena Morocho, Julio César Juela Salinas, Daniel Geovanny Padilla Masache y Edwin Geovanny Pérez Loja. 17. Oficio remitido por el teniente de policía, Jefe de la Unidad Técnica de Control de Armas del Azuay, quien informa que los acusados no registran permiso para portar armas de fuego. c) Prueba testimonial. 1. Bolívar Salvatore Arias Chuchuca: Indica que labora como secretario abogado de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria de la Universidad Católica de Cuenca y que en esta condición recibió una llamada telefónica a su domicilio un día del mes de octubre de 2010, sin recordar con exactitud, en horas de la madrugada, por parte de la señora Norma Yubi, conserje de la Facultad, quien le informaba que unas diez personas les habían asaltado llevándose varios objetos suyos y también de la Universidad Católica. Que informó a la Policía del hecho, cuando llegó al lugar encontró al señor Fausto Rodrigo Huiracocha, también guardián de dicho centro educativo, muy golpeado. Le narraron a que eso de las 02h00 Huiracocha, cuando regresaba de dejar a un pariente, fue atacado por las espaldas por unos dos sujetos, quienes le golpearon y le obligaron a entrar al vehículo que era de su primo. Señala que no pudo identificar a las personas porque vestían pasamontañas, pero que sí observó que eran varias personas que estaban en el lugar, entre ocho o diez. Que fue envuelto en una cobija, maniatado, que durante todo el tiempo que duró el asalto, fue golpeado con un palo de escoba en las costillas. Como producto del hecho, los sujetos se llevaron varios objetos, entre ellos parlantes, laptops, computadoras de mesa, de su propiedad un televisor plasma, varios electrodomésticos, dinero, etc. 2. Huiracocha Heras Fausto Rodrigo: Relata que es guardián de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria de la Universidad Católica de Cuenca y que el día de los hechos, 22 de octubre de 2010, a eso de las 02h00, cuando dejaba a un pariente y mientras cerraba las puertas, llegaron dos personas por la parte de atrás y le golpearon, le pusieron un gorro, que uno de los que le agredía estaba tapado con algo, observó que unas ocho personas se metieron en la Facultad, mientras le golpeaban con las cachas de las armas de fuego que portaban, que en un momento determinado sintió que se desvaneció por los golpes que recibió, que no pudo ver a los sujetos, que en todo tiempo le pedían que entregue las llaves y que proporcionara las claves de las alarmas, que entregue el dinero, que le ingresaron en un dormitorio y le colocaron una cobija mientras le golpeaban, que le rompieron las costillas con un palo de escoba. Que los sujetos que le atacaron se llevaron varios objetos de su pertenencia, entre ellos tres mil dólares que tenía guardados, un televisor plasma, un equipo de sonido, cobijas y varios objetos de la Facultad de Agronomía, entre ellos un amplificador de sonido, parlantes, micrófonos, computadoras. 3. José Vicente Méndez Narvaez, como perito médico de la Fiscalía sostiene que examinó a Fausto Rodrigo Huiracocha Heras, quien le refirió que mientras se encontraba laborando en la Facultad de Agronomía de la Universidad Católica de Cuenca dos sujetos le agredieron por la espalda y que le habían golpeado con un palo de escoba, sustrayéndose varias cosas. Indica el médico legista que el examinado presenta varias lesiones en cráneo, contuso cortantes, longitudinales y transversales, en parietal izquierdo,

una herida en la frente, lado derecho, una herida suturada en la ceja; en región torácica se observa equimosis en espacio intercostal y también en el homóplato, en el hombro derecho equimosis longitudinal. En consecuencia, que las lesiones se corresponden con la data referida y que requieren para su curación un período de 35 días. 4. Norma Isabel Yubi Suco indica que es cónyuge de Fausto Rodrigo Huiracocha Heras, que vive en la Facultad de Agronomía de la Universidad Católica de Cuenca, donde posee un bar. En estas circunstancias dice que el día de los hechos su esposo había salido a dejar a un pariente, que a eso de las 02h00 golpearon la puerta de su dormitorio y pensó que se trataba de su cónyuge que regresaba, sin embargo eran dos personas desconocidas que con armas de fuego la sometieron, le envolvieron en una cobija, le rociaron con gas, le pidieron las llaves, al salir pudo ver a su esposo desmayado, le dijeron que se acueste debajo de la mesa del comedor. Refiere que ella pudo observar muy bien a las dos personas que le atacaron y sometieron, las mismas que sí se encuentran en la sala de audiencias, pero que no quiere reconocerlas porque tiene miedo, toda vez que ha sido amenazada por familiares de los detenidos, que ya le habían visitado en su lugar de trabajo. La Fiscalía manifiesta que no tenga miedo porque le darán la protección necesaria a través del programa de protección a víctimas y testigos. La señora Yubi indica que así le habían ofrecido desde el comienzo de este proceso, pero que nunca hicieron nada por ella, que siempre le dejaron sola. Después de meditar un momento, la testigo señala que las personas uno y cuatro, refiriéndose a los acusados Edwin Geovanny Pérez Loja y Julio César Juella Salinas son las que le atacaron la noche de los hechos. Que estas dos personas con otras ocho, más o menos llevaron los objetos sustraídos en una camioneta roja, que considera que hicieron por lo menos dos viajes. Que al momento de retirarse del lugar, los sujetos le dijeron que no se moviera por lo menos en una media hora pues caso contrario una persona que estaría vigilando les quitaría la vida. Que después de un tiempo le ayudó a su esposo a liberarse de las ataduras y llamó al decano de la Facultad y a la Policía Nacional para relatar el hecho. Ante las preguntas formuladas por los defensores de los acusados señala que el reconocimiento no lo hizo a través de fotografías presentadas en la Policía Judicial, sino que ella les observó muy bien a los acusados Edwin Geovanny Pérez Loja y Julio César Juella Salinas, cuando ella les abrió la puerta pensando que se trataba de su marido. 5. Naranjo Travez Roberto Vicente: Narra que en su condición de agente de la Policía Judicial estuvo en el lugar de los hechos para realizar las indagaciones sobre el robo denunciado, que para el efecto tomó contacto con el ciudadano Rodrigo Huiracocha, quien le narró todos los hechos, señalando que habrían utilizado para el efecto una camioneta roja. 6. Juan Carlos Ruales Revelo, señala que es capitán de policía y trabaja en la Policía Judicial, que en esta condición se enteró del hecho cometido por varios sujetos en la Facultad de Agronomía de la Universidad Católica de Cuenca, al conocer los detalles, organizó varios equipos y pidió a sus unidades que localicen una camioneta roja con aros anchos. En efecto, uno de los equipos destinados al operativo le reportó que encontraron una camioneta roja de las características indicadas, en el sector La Playita de Mayancela y que junto a la camioneta se encontraba estacionado un automóvil sin placas de marca Hyundai, color dorado. Que estos vehículos estaban estacionados en el patio de una vivienda y que varias personas al percatarse de la presencia policial emprendieron la fuga. El oficial de policía señala que dispuso a sus equipos que se encontraran en el sector del parque industrial, por ello, mientras se encontraba en ese sitio, observó que apareció intempestivamente una camioneta roja, que intentaron interceptarla pero no fue posible porque se subió al parterre y sus ocupantes realizaron disparos contra el personal policial, por eso ellos se pusieron a buen recaudo. Durante la maniobra de fuga, cayó de la paila de la camioneta un sujeto que fue detenido e

identificado como Edwin Geovanny Pérez Loja. Refiere que le reportaron la detención de dos personas que se encontraban en el interior del automóvil de marca Hyundai, sin placas, los acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, y que en el interior del automóvil encontraron varios objetos de la Universidad Católica, que inclusive tenían sellos de dicha institución educativa. Que con la presencia de miembros de la Fiscalía procedieron a realizar el allanamiento del domicilio donde se encontraban estacionados los vehículos, antes de darse a la fuga, domicilio de propiedad del ciudadano José Campoverde Maza, en cuyo lugar encontraron armas de fuego y otros objetos que fueron reportados como robados de la Universidad Católica de Cuenca. Indica que pudo identificar al conductor de la camioneta roja, José Campoverde y la persona que estaba a su lado un sujeto de apellido Juela, conocido con el sobrenombre de “Pescado”. 7. José Ricardo Valdivieso Yáñez, indica que es capitán de policía, que el día de los hechos, 22 de octubre de 2010 recibieron la denuncia de un robo efectuado en la Facultad de Agronomía de la Universidad Católica, por varios sujetos que se movilizaban en una camioneta roja con aros radiales. Durante el operativo desplegado se reporta que un vehículo de estas características, junto a un automóvil de marca Hyundai sin placas, se encuentra en el sector denominado “La Playita”, de Mayancela y que varios sujetos que se encontraban dentro de un domicilio, al advertir la presencia policial se habían dado a la fuga. Que habían logrado interceptar por la zona del puente de Patamarca, al automóvil marca Hyundai y detener a sus dos ocupantes en posesión de algunos objetos, especialmente computadoras, de propiedad de la Universidad Católica de Cuenca. Manifiesta el testigo que cuando se disponían a realizar el allanamiento del domicilio donde estaban estacionados los vehículos, pasó una camioneta roja conducida por José Campoverde a quien pudo identificar plenamente y junto a él otro sujeto a quien le identifica con el sobrenombre de “Pescado”, refiriéndose al acusado Julio César Juela Salinas. Hicieron todos los esfuerzos por interceptar la camioneta y detenerlos, pero que no fue posible porque se subió al parterre y pudo escapar el cerco policial, pero que un sujeto que se encontraba en la paila de la camioneta cayó, siendo este el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja, quien fue detenido. Durante el allanamiento de domicilio encontraron varios objetos que fueron sustraídos a la Universidad Católica de Cuenca, varias armas e inclusive unos cobayos que estaban todavía dentro de unas jaulas. 8. Julio César Tello Valle: Perito de Criminalística de la Policía Judicial, quien dice que realizó el reconocimiento del lugar de un local comercial número 37 ubicado en el Centro Comercial Nueve de Octubre de esta ciudad de Cuenca, que se dice es de propiedad de Beatriz Vidal, quien tiene una sociedad con Andrea Rodríguez. En este lugar se observan mercaderías diversas. 9. Byron Ricardo Rosero Conde: Señala al tribunal que es miembro de la Policía Judicial, que formando parte de un equipo en el operativo desplegado por el robo a la Universidad Católica, el día 22 de octubre de 2010, por el sector denominado “La Playita”, en Mayancela, observó dos vehículos estacionados en un inmueble, una camioneta roja y un automóvil marca Hyundai, sin placas, que los sujetos que se encontraban dentro del inmueble, al observar la presencia policial emprenden la huida, en varias direcciones, que él con otros compañeros siguió al automóvil hasta el sector del puente de Patamarca, en la Católica, donde detuvo a dos sujetos que se encontraban dentro del mismo en posesión de varios objetos que habían sido robados en la Universidad Católica. Que después de haber interceptado el automóvil, observó que pasaba la camioneta roja pero no pudieron impedir su fuga, pero cuando hacía las maniobras para evadir la acción policial, cayó del balde de la camioneta el sujeto Edwin Geovanny Pérez Loja. Reconoce a los acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, como los sujetos que se encontraban en el automóvil Hyundai a quienes detuvo en posesión de los

objetos de la Universidad Católica y que están presentes en la sala de audiencias. Indica que pudo observar que la camioneta era conducida por José Campoverde, que había dos personas más y una mujer, que la persona que acompañaba a José Campoverde era el acusado Juela Salinas.

10. Freddy Rafael Regalado Bernal: Relata que es docente de la Facultad de Ingeniería Agronómica de la Universidad Católica, y que también ejerce tareas de coordinador, de este modo conoció que el día 22 de octubre de 2010 se sustrajeron varios objetos de propiedad de la Universidad, entre ellos equipos de computación, parlantes, equipos de sonido, maquinaria, etc.

11. Escandón Escandón Sergio Augusto: Indica al tribunal que es profesor de la Facultad de Ingeniería Agronómica y director del Departamento de Bienestar Estudiantil y que conoce de los hechos suscitados por referencia.

**PRUEBA DE LA DEFENSA:**

1. La defensa de Edwin Geovanny Pérez Loja, no anunció prueba alguno en el plazo que tenía para hacerlo, de modo que tampoco actuó prueba a su favor durante la audiencia de juicio.

2. La defensa del acusado Daniel Geovanny Padilla Masache, presenta como prueba a su favor

a) Prueba documental: certificado conferido por el director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, dando cuenta de su comportamiento excelente en su internamiento;

b) Prueba testimonial: los testimonios de a) Torres Chica Willington Ismael, quien afirma que el 21 de octubre de 2010 a eso de las 20h00 se encontraba en la ciudad de Machala con Jacinto Romero visitando a un tío, que en esas circunstancias su amigo Romero recibió una llamada telefónica de su amigo Daniel Geovanny Padilla Masache, quien le pidió que acudiera a Rutas Orenses porque venía desde Huaquillas comprando ropa y que quería que le ayude. Que en efecto fueron a Rutas Orenses y se encontraron con el referido acusado.

b) Jacinto Guamán Romero Porras, relata al tribunal que el 21 de octubre de 2010 se encontraba en casa de un amigo, que recibió una llamada de su amigo Daniel Geovanny Padilla Masache, quien le pidió que fuera a Rutas Orenses porque quería comprar ropa, pues venía desde Huaquillas, pero que la ropa estaba cara, que en efecto le encontraron en Rutas Orenses. Sobre los hechos desconoce en lo absoluto.

c) Oscar Patricio Zambrano Villacrés, testigo sobre la buena conducta anterior del acusado; y d) Janeth Magaly García Siguencia, también es testigo sobre la buena conducta anterior al hecho del acusado.

3. La defensa de Edgar Eduardo Cartagena Morocho, propone como prueba lo siguiente: Prueba documental: a) certificado del secretario de la Comisión Provincial de Tránsito, quien señala que el acusado posee licencia de conducir tipo “E”; b) certificado de la Compañía de Transportes TEMIRACUENCA” quien indica que el señor José Edgar Cartagena Mogrovejo es socio de dicha empresa de transportes y tiene registrado para el trabajo el vehículo Accent AD 1.4 AC color dorado; c) certificado de movimiento migratorio de Beatriz Yolanda Vidal Galán; d) facturas diversas a nombre de la ciudadana Vidal Yolanda; e) certificados varios sobre la buena conducta del acusado; f) certificados de antecedentes penales de los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales, sin que se registre antecedente alguno en contra del acusado; g) certificado del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, dando cuenta de la conducta excelente registrada por el acusado, durante su internamiento.

Prueba testimonial: a) Alicia Cristina Aguilar Huancas, ciudadana de nacionalidad peruana, quien señala al tribunal que después de su jornada laboral, que la desarrollaba en la empresa municipal EMAC fue a visitar a la señora Blanca y observó que el acusado Edgar Cartagena Morocho se fue de viaje al Perú, en el automóvil marca Hyundai, que fue a comprar mercadería, ropa especialmente. Que inclusive le pidió a un pariente suyo que le diera hospedaje y así supo que el día 21 de octubre estuvo hospedado donde un familiar suyo en el Perú.

4. Prueba de Julio César Juela Salinas: Prueba documental: a) Certificados diversos que dan cuenta de la buena conducta de Julio César Juela Salinas; b) Certificado

conferido por el director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, quien da cuenta de la conducta excelente demostrada por el acusado en su internamiento. Prueba testimonial: a) Teresa Leonor Narvaez Avilés, refiere al tribunal que se dedica al comercio de caña guadúa, que en esa virtud tenía bajo su dependencia al acusado Julio César Juela Salinas, quien era su trabajador. Que por ello puede afirmar que su trabajador, el acusado Julio César Juela Salinas laboró para ella desde el día 20 a 21 y 22 de octubre en la ciudad de Bucay, donde fueron a cortar caña en la propiedad del señor Quizhpe. Que ese trabajo lo realizó con el señor Quizhpe, el acusado Juela Salinas, su hija Dora Marisela Montaleza Narvaez y el transportista César Geovanny Cajas Vizcaino. En suma, que luego de cargar la caña, regresaron en el camión de Cajas Vizcaino el día sábado 21 de octubre y estuvieron descargando caña hasta las 22h00; b) César Geovanny Cajas Vizcaino, indica que trabaja para Teresa Narvaez realizando transporte de caña guadúa, que el día 20 de octubre de 2010 le llamó para cargar caña en Bucay, que en efecto el día sábado 23 de octubre cargaron caña y que a llegaron a Cuenca a eso de las 19h30 o 20h00, que durante la ejecución de ese trabajo estuvo presente el señor Julio César Juela Salinas; c) Dora Marisela Montaleza Narvaez, indica que es hija de Teresa Leonor Narvaez Avilés, que apoya el trabajo de su madre en la comercialización de caña guadúa, que el día 20 de octubre fueron con su madre y su trabajador Juela Salinas hasta la ciudad de Bucay a cortar caña, que luego de utilizar los caballos que les proporcionó el señor Quizhpe cortaron la caña y la cargaron en el camión del señor César Cajas el día sábado en horas de la mañana y que regresaron a Cuenca en horas de la noche. CUARTO. VALORACION DE LA PRUEBA: La hipótesis acusatoria de la Fiscalía se sustenta en el delito de robo calificado, infracción tipificada en el Art. 550 y sancionado en los artículos 551 y 552 del Código Penal, por haberse reunido las circunstancias previstas en los numerales 1, 2 y 3, puesto que el hecho se habría producido en horas de la noche, en pandilla, con violencia, con armas. Por tanto es menester analizar si la prueba aportada por la Fiscalía permite establecer los elementos mínimos de la teoría del delito para determinar la existencia del delito y que el acto acusado sea atribuible a los acusados. El Art. 550 califica como robo a la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas. Veamos si la prueba de la Fiscalía establece estos elementos básicos: a) Sustracción fraudulenta: Los ofendidos con sus testimonios han señalado que fueron atacados por unos ocho a diez sujetos, quienes ejercieron actos de violencia sobre ellos, que luego fueron maniatados, inmovilizados, y procedieron a llevarse los objetos de su propiedad y de la Universidad Católica, en una camioneta roja. De este modo, se ha probado que fueron despojados de varios electrodomésticos, equipos de computación, equipo de sonido, maquinaria, etc., los mismos que fueron encontrados en poder de los acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, así como en el domicilio de José Campoverde que fue allanado. Equivale a decir, que la acción de los acusados para apropiarse de los objetos de los ofendidos, no fue lícita, fue fraudulenta y con ánimo de apropiarse, pues sacaron los objetos de la esfera de dominio. La sustracción de los objetos – detallados en el acta de entrega recepción firmado entre la Fiscalía General del Estado y el representante legal de la Universidad Católica-, se produjo, puesto que los mismos fueron recuperados por los agentes policiales, gracias a la información entregada por los ofendidos y por el operativo montado por la Policía Nacional, pudieron llegar hasta el domicilio de José Campoverde, sector La Playita de Mayancela, donde los habían ocultado. b) Violencia, amenazas contra las personas o fuerza en las cosas: Ha quedado demostrado la utilización de mecanismos de fuerza en la destrucción de la malla que protegía la maquinaria de propiedad

de la Universidad Católica de Cuenca, así como la destrucción de las seguridades de las puertas del paraninfo de la Facultad de Ingeniería Agronómica de esta casa de estudios superior, así como la destrucción de cables de las alarmas y equipos que estaban debidamente conectados. Así se colige de la diligencia de reconocimiento del lugar practicada por el perito en Criminalística Italo Alejandro Jiménez Gallegos. En cuanto a la violencia o amenazas contra los ofendidos, se ha llegado a determinar con los testimonios aportados por los ofendidos Fausto Rodrigo Huiracocha Heras y Norma Yubi, que fueron atacados por los acusados –reconocidos por la ofendida Norma Yubi, Edwin Geovanny Pérez Loja y Julio César Juela Salinas- quienes les golpearon, especialmente al ofendido Fausto Huiracocha, con las cachas de las armas de fuego, con un palo de escoba y rociados con gas pimienta. Estas lesiones han sido acreditadas en la audiencia de juicio, por el perito médico, doctor José Vicente Méndez Narvaez, médico legista de la Fiscalía General del Estado, quien al informar al tribunal indica en efecto que Fausto Huiracocha presentó, durante su examen, señales de violencia, compatibles con el hecho fáctico que fuera denunciado. El maestro argentino Edgardo Donna, señala que “La violencia consiste en el despliegue, por parte del autor o de los autores del delito de robo, de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción, y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento” . Las víctimas han señalado que el día de los hechos, fueron atacadas primero por dos sujetos, quienes les golpearon, les maniataron e inmovilizaron envolviéndolos en una cobija. En suma, los acusados desplegaron una energía física, para inmovilizarlos suprimiendo de este modo su libertad de acción para oponerse a la sustracción. c) Ajenidad: Los objetos sustraídos, -ver acta de entrega recepción Fiscalía-Universidad Católica de Cuenca, presentada como prueba documental, es de propiedad tanto de los ofendidos Fausto Huiracocha como de la Universidad Católica de Cuenca. Objetos que fueron recuperados por los agentes de la Policía Nacional, del lugar donde los acusados los habían ocultado. Estos objetos ingresaron a la cadena de custodia de la Policía Judicial y fueron debidamente reconocidos por los peritos de Criminalística de la Policía Judicial. Una vez que se han establecido las categorías mínimas del tipo acusado y de la existencia de la infracción, queda determinar la responsabilidad de los acusados. Este Tribunal de Garantías Penales ha llegado a determinar la responsabilidad de los acusados en base a los siguientes elementos: 1. Testimonio de la ofendida Norma Yubi, quien indica que el día de los hechos pudo reconocer a dos de los acusados, siendo éstos Edwin Geovanny Pérez Loja y Julio César Juela Salinas. 2. Pero no solamente porque la ofendida Norma Yubi los habría identificado a los acusados, sino también porque durante el operativo de persecución policial, el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja, cayó de la camioneta roja en la que huían, siendo detenido por los agentes policiales, existiendo por lo tanto un hilo conductor entre la acción de la sustracción y su responsabilidad. Al igual que el coacusado Julio César Juela Salinas, a más de haber sido identificado por la ofendida Norma Yubi, fue observado junto al conductor de la camioneta roja, José Campoverde Maza, por los capitanes de policía Juan Carlos Ruales Revelo y José Ricardo Valdivieso Yáñez, quienes estuvieron presentes en el momento de persecución a los acusados. 3. La responsabilidad de los coacusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, está dada por su presencia en el domicilio de José Campoverde Maza, lugar en donde estaba estacionada la camioneta roja, que habría sido utilizada para el transporte de los objetos sustraídos; está dada también por la detención de los agentes policiales, cuando fugaban en el automóvil marca Hyundai, color dorado, sin placas, porque transportaban objetos que fueron sustraídos a la Universidad Católica de

Cuenca, objetos que tenían inclusive sellos de dicha institución. 4. El domicilio que fue allanado por los agentes de la Policía Nacional, en el que permanecían los cuatro acusados, con los vehículos estacionados en el patio de dicha vivienda, contenía los objetos que fueron sustraídos a la Universidad Católica de Cuenca y además se encontró en su interior, varias armas de fuego que fueron debidamente reconocidas. Estos hechos probados y no meros indicios ni elementos de convicción, conforme ha señalado la defensa de uno de los acusados, llevan a este tribunal a la certeza de que los acusados son responsables del hecho acusado: robo a la Facultad de Ingeniería Agronómica de la Universidad Católica de Cuenca, el día 22 de octubre de 2010. No se acepta la prueba de la defensa por las siguientes razones: a) El acusado Edwin Geovanny Pérez Loja ha sostenido que el día en que fue capturado, estuvo de mera casualidad en el sector de La Playita de Mayancela, porque fue a dejar un dinero para su hijo, y que al retornar pidió ser transportado por una camioneta roja que pasaba por el lugar. Esta afirmación carece de todo fundamento toda vez que el día de su captura, cayó de la camioneta roja en la que se transportaba con José Campoverde, Julio César Juella Salinas y otras personas. Los agentes policiales han afirmado que perseguían a la camioneta roja, por tanto resulta inverosímil que en plena persecución, en plena fuga, los ocupantes de la camioneta roja se detengan para transportar a una persona que les solicita en el camino. Sin considerar que el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja fue debidamente identificado por la ofendida Norma Yubi, como uno de los sujetos que le atacó la noche de los hechos. b) El acusado Daniel Geovanny Padilla Masache ha señalado que en días anteriores estuvo fuera de esta ciudad, en la ciudad de Huaquillas y Machala, donde fue a adquirir mercadería, ropa, que por tanto no participó en los hechos. Sin embargo con la prueba aportada por Fiscalía General del Estado, se ha llegado a demostrar que estuvo en el interior del domicilio de José Campoverde, que al percatarse de la presencia policial emprendió la huida en el automóvil marca Hyundai conducido por Edgar Eduardo Cartagena Morocho, en cuyo interior se recuperaron algunos objetos de propiedad de la Universidad Católica. Lo que hizo antes del acto es irrelevante para este tribunal, si fue a adquirir o no ropa en Huaquillas no resulta importante para la tesis acusatoria, toda vez que ha sido detenido en flagrancia delictiva, en posesión de objetos sustraídos, mientras huía de la acción policial. c) El acusado Edgar Eduardo Cartagena Morocho ha pretendido sostener que no participó en los hechos, que ese día fue a prestar sus servicios como transportista a Daniel Geovanny Padilla Masache, que le pidió que se trasladara hasta el sector La Playita de Mayancela para realizar el transporte de objetos de su amigo José Campoverde. No obstante escapa a la simple lógica que se preste para realizar el traslado de objetos que permanecían en un domicilio, en un automóvil. Tanto más que ha quedado demostrado que José Campoverde tenía una camioneta para realizar dicho transporte. El acusado no fue detenido cuando realizaba el traslado de objetos, sino que fue detenido como producto de la acción policial, cuando el acusado se daba a la fuga desde el domicilio de José Campoverde Maza. d) Finalmente, con respecto a la coartada propuesta por el acusado Julio César Juella Salinas este tribunal no la admite toda vez que la ofendida Norma Yubi afirmó que él fue una de las personas que lo agredió el día de los hechos, cuando golpearon la puerta de su dormitorio. Además, los capitanes de policía Juan Carlos Ruales Revelo, José Ricardo Valdivieso Yáñez y el policía Byron Ricardo Rosero Conde han afirmado que durante la persecución policial, en las primeras horas del día 22 de octubre de 2010, pudieron observar que el acusado Julio César Juella Salinas se encontraba junto al conductor de la camioneta roja, José Campoverde. Que lo reconocieron porque tiene ficha policial registrada con el sobrenombre de “Pescado”. QUINTO. Por todo lo analizado, este Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, integrado por Miguel Antonio Arias, Jorge

Guillermo Delgado y Julio Vintimilla Murillo. HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, considera que los ciudadanos Edwin Geovanny Pérez Loja, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casado, de 28 años de edad, comerciante de ocupación, domiciliado en el sector Lazareto de esta ciudad de Cuenca, con cédula de identidad número 010343561-6; Daniel Geovanny Padilla Masache, ecuatoriano, de estado civil casado, de 36 años de edad, de ocupación comerciante, domiciliado en la avenida de Las Américas y Cayambe de esta ciudad de Cuenca, con cédula de identidad No 010332035-4; Edgar Eduardo Cartagena Morocho, ecuatoriano, de estado civil casado, de 28 años de edad, chofer profesional, domiciliado en la ciudadela Las Retamas, con cédula de identidad número 010293891-7; y Julio César Juella Salinas, ecuatoriano, en unión libre, de 37 años de edad, agricultor, domiciliado en la parroquia San Joaquín del cantón Cuenca, sin cédula de identidad, son culpables del delito de robo agravado, delito, tipificado en el Art. 550 del Código Penal, y sancionado en los artículos 551 y 552, del mismo cuerpo legal, por haberse cumplido con los elementos previstos en los numerales 1, 2 y 3, toda vez que el hecho fue cometido con violencia, con armas, en la noche, causando heridas en las víctimas, en pandilla con destrucción de cercados y puertas. En tal virtud, se les impone la pena de seis años de reclusión menor, al tenor de lo previsto en el Art. 552 del Código Penal. Esta pena impuesta, se la modifica en la siguiente forma: a) Para el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja, en virtud de que no ha aportado prueba alguna a su favor, que permita atenuar la pena, no se la puede modificar al tenor de lo previsto en el Art. 73 del Código Penal, por lo que la pena a cumplir será de seis años de reclusión menor; b) Para el acusado Daniel Geovanny Padilla Masache: La Fiscalía General del Estado ha presentado un certificado de antecedente penal, en virtud del cual se encuentra que ha sido sentenciado en el proceso 070-2007-NCPP-TTPA, por robo a Carmen Alvarez. Sin embargo no es posible aplicar lo previsto en el Art. 80 del Código Penal, toda vez que la deficiente certificación y la deficiente actuación de la Fiscalía General del Estado, no permite establecer qué tipo de condena se le impuso y este tribunal no puede aplicar criterios subjetivos para modificar la pena, tanto más que las reglas propuestas por el Art. 80 del Código Penal, son muy específicas. Es de recordar que este tribunal carece de iniciativa procesal conforme lo ha previsto el Art. 1 de las reformas al Código de Procedimiento de 24 de marzo de 2008. Por ello, tomando en consideración que el acusado Daniel Geovanny Padilla Masache ha presentado prueba que constituyen atenuantes de responsabilidad penal, conforme lo ha previsto el Art. 73 del Código Penal, se rebaja la pena de seis años de reclusión menor a cuatro años de prisión correccional; c) La pena al acusado Edgar Eduardo Cartagena Morocho, toda vez que no registra antecedentes penales, que no ha sido condenado anteriormente por un hecho similar y por el aporte de atenuantes realizado en la fase probatoria, se la reduce de seis años de reclusión menor a cuatro años de prisión correccional; y d) finalmente, al acusado Julio César Juella Salinas, no es posible aplicar lo previsto en el Art. 80 del Código Penal, toda vez que la deficiente certificación y la deficiente actuación de la Fiscalía General del Estado, no permite establecer qué tipo de condena se le impuso y este tribunal no puede aplicar criterios subjetivos para modificar la pena, tanto más que las reglas propuestas por el Art. 80 del Código Penal, son muy específicas. Es de recordar que este tribunal carece de iniciativa procesal conforme lo ha previsto el Art. 1 de las reformas al Código de Procedimiento de 24 de marzo de 2008, pese a que consta que ha recibido sentencia condenatoria en el proceso 0117-2009 por robo a Bolívar Eduardo Narváez Arias. Tomando en cuenta las circunstancias atenuantes de responsabilidad, que han sido acreditadas en juicio, se reduce la pena de seis años de

reclusión menor a cuatro años de prisión correccional. Se suspende a los condenados sus derechos políticos por igual tiempo que dure la condena. REPARACIÓN: En cumplimiento de lo previsto en el Art. 78 de la Constitución de la República y lo señalado en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, reformado el 24 de marzo de 2009 y publicado en el Registro Oficial No 555, se impone la obligación a los acusados Edwin Geovanny Pérez Loja, Daniel Geovanny Padilla Masache, Edgar Eduardo Cartagena Morocho y Julio César Juela Salinas, al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el delito cometido, que este tribunal considera en la suma de cuatro mil dólares; de tal modo que cada uno de los condenados pagará la suma de mil dólares a favor de los ofendidos. El tribunal, en aplicación a lo previsto en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, numeral 6 considera que la actuación del señor Agente Fiscal, doctor Juan Carlos López y de los defensores, doctores Tenorio Solís, Damián Palacios, Gustavo Quito y Carlos Palacios, ha sido la adecuada. Ejecutoriada esta sentencia gírese las boletas respectivas para legalizar su reclusión y prisión, respectivamente. Con respecto a las evidencias materiales que fueron entregadas por el señor Agente Fiscal, devuélvase las mismas a la cadena de custodia de la Policía Judicial. Notifíquese.

#### **HECHO FACTICO:**

Según la teoría del caso de la Fiscalía, se indica que el día veinte y dos de octubre de dos mil diez, a eso de las 02h00, el ciudadano Fausto Rodrigo Huiracocha Heras, quien labora como guardián de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria de la Universidad Católica de Cuenca, cuando regresaba de dejar a un familiar suyo, fue atacado por las espaldas por dos sujetos, quienes con armas de fuego le golpearon y le obligaron a entrar en el vehículo de propiedad de su pariente, luego le llevaron a su dormitorio donde le echaron gas, le ataron y le envolvieron en una cobija, siendo golpeado permanentemente en las costillas con un palo de escoba. En estas circunstancias otros individuos, entre ocho o diez personas, han sometido a su cónyuge Norma Yubi y a su hijo y proceden a sustraerse objetos de propiedad de ellos, tales como tres mil dólares, televisores plasma, equipos de sonido y varios objetos de propiedad de la Universidad Católica de Cuenca, tales como equipos de sonido, amplificadores, parlantes, equipo de computación, y hasta varios cobayos o cuyes que estaban en jaulas. Que luego de cometido el hecho, en el interior de la Facultad de Ingeniería Agronómica, Minas y Veterinaria, ubicada en el kilómetro dos y medio de la Panamericana Norte de esta ciudad de Cuenca, los sujetos huyeron en una camioneta color roja con aros anchos, dejando a los guardianes maniatados y encerrados en una habitación con candado, quienes después de lograr liberarse han reportado el robo a las autoridades universitarias y éstos a la Policía Nacional. Con la información proporcionada por los empleados de la Universidad Católica, los agentes policiales emprenden un operativo de búsqueda para localizar al vehículo de las características detalladas, encontrando al mismo en el sector denominado “La Playita” de la parroquia Mayancela de esta ciudad de Cuenca, junto con un automóvil sin placas de marca Hyundai. Que los sujetos que se encontraban en el interior del domicilio de propiedad de José Campoverde, al percatarse de la presencia policial, emprenden la fuga. En el operativo de persecución es detenido el vehículo sin placas de marca Hyundai, en el que se encontraban los hoy acusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, y dentro del vehículo en el que se

transportaban, los agentes policiales recuperan varios objetos, televisores plasma, equipos de computación con el sello de la Universidad Católica. En tanto que la camioneta de color roja marca Chevrolet DMax, que era conducida por José Campoverde logró evadir la acción policial, no obstante en la huida, del balde de la camioneta cayó el acusado Edwin Geovanny Pérez Loja, quien también fue detenido por los agentes policiales. Con estas detenciones y con la presencia de la Fiscalía General del Estado, se procede a realizar el allanamiento del domicilio de propiedad de José Abdón Campoverde Maza, encontrando en su interior, varios objetos de propiedad de la Universidad Católica de Cuenca y de los ofendidos Fausto Rodrigo Huiracocha y Norma Yubi, inclusive los cobayos que permanecían en jaulas, así como cinco armas, entre ellas, subametralladoras y revólveres.

Teoría del caso de Edwin Geovanny Pérez Loja: Que no ha cometido delito de ninguna naturaleza, que el día en que fue detenido había acudido al sector La Playita de Sinincay a dejar dinero para su hija, que a su retorno pidió a una camioneta que pasaba por el lugar que le transporte. Que cuando estaba en la paila de ese vehículo hubo un enfrentamiento con agentes policiales y por esa razón se botó de la camioneta, que durante su detención fue agredido físicamente por los policías.

Teoría del caso del acusado Daniel Geovanny Padilla Masache: Indica que en horas de la mañana llamó a Edgar Eduardo Cartagena Morocho, quien le presta sus servicios como taxista, porque tenía que dejar a su mujer en una academia de belleza, donde toma clases, que luego de dejar a su cónyuge compró arroz, azúcar y una piña, mientras realizaba las compras, recibió una llamada de su amigo Abdón Campoverde, quien le pidió ayuda porque se estaba cambiando de domicilio, que pidió a Edgar Eduardo Cartagena Morocho le ayude con el transporte, se fueron al lugar La Playita donde su amigo Campoverde, que al llegar al lugar Campoverde se puso furioso porque no había traído una camioneta para el transporte, sino un automóvil, cargaron algunos objetos, sin conocer que los mismos habían sido de “dudosa procedencia”, que mientras se trasladaban por el sector de la ciudadela Católica fueron interceptados por agentes policiales acusándolos de haber participado en un robo.

Teoría del caso de Edgar Eduardo Cartagena Morocho: Refiere que a eso de las 08h00 recibió una llamada del señor Daniel Geovanny Padilla Masache, a quien le sirve como taxista en varias ocasiones, puesto que es chofer profesional, indica que fue con Padilla Masache a dejar la cónyuge de éste en una academia, luego fueron a hacer compras de alimentos y allí al recibir una llamada Padilla Masache le pide que le apoye con el transporte a un amigo que se está cambiando de casa, que llegaron al sector denominado La Playita de Mayancela, donde el amigo de Padilla Masache se puso furioso al ver que había traído un automóvil para el transporte y no una camioneta que era más útil, cargaron algunos objetos y se fueron por el sector de la ciudadela Católica donde fueron interceptados y detenidos por agentes policiales, porque los objetos que estaban en su vehículo habían sido robados, pero que él desconocía completamente sobre el hecho. Indica que es chofer profesional y en esta calidad lo único que hizo fue prestar servicio de transporte al señor Padilla Masache.

Teoría del caso del acusado Julio César Juela Salinas: Que desconoce absolutamente sobre los hechos, que después de tres meses de haberse producido el hecho, fue detenido por el sector de la subida a San Pedro, sin que se le informara los motivos por los cuales se le privaba de su libertad. Refiere que el día de los hechos no estuvo en esta ciudad, sino en el sector de Bucay trabajando en la recolección de caña guadúa, para la señora Teresa Leonor Narváez.

## **ADECUACION TIPICA.-**

La responsabilidad de los coacusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, está dada por su presencia en el domicilio de José Campoverde Maza, lugar en donde estaba estacionada la camioneta roja, que habría sido utilizada para el transporte de los objetos sustraídos; está dada también por la detención de los agentes policiales, cuando fugaban en el automóvil marca Hyundai, color dorado, sin placas, porque transportaban objetos que fueron sustraídos a la Universidad Católica de Cuenca, objetos que tenían inclusive sellos de dicha institución.

Son culpables del delito de robo agravado, delito, tipificado en el Art. 550 del Código Penal, y sancionado en los artículos 551 y 552, del mismo cuerpo legal, por haberse cumplido con los elementos previstos en los numerales 1, 2 y 3, toda vez que el hecho fue cometido con violencia, con armas, en la noche, causando heridas en las víctimas, en pandilla con destrucción de cercados y puertas. En tal virtud, se les impone la pena de seis años de reclusión menor, al tenor de lo previsto en el Art. 552 del Código Penal.

## **COMENTARIO.**

En el presente caso, considero que lo que existe es complicidad por parte de Edgar Cartagena, porque su aporte no fue esencial en la comisión del hecho, conclusión a la que se llega primeramente del mismo hecho concreto, cuando el ofendido en su propio testimonio dice que no pudo ver a los sujetos, además el vehículo que participo en el delito es una camioneta; sin embargo, el tribunal de la causa fundamenta la responsabilidad de Cartagena en lo siguiente:

“La responsabilidad de los coacusados Daniel Geovanny Padilla Masache y Edgar Eduardo Cartagena Morocho, está dada por su presencia en el domicilio de José Campoverde Maza, lugar en donde estaba estacionada la camioneta roja, que habría sido utilizada para el transporte de los objetos sustraídos; está dada también por la detención de los agentes policiales, cuando fugaban en el automóvil marca Hyundai, color dorado, sin placas, porque transportaban objetos que fueron sustraídos a la Universidad Católica de Cuenca, objetos que tenían inclusive sellos de dicha institución”. Tomado de la sentencia.

De esto se desprende que Cartagena no fue identificado en el lugar de los hechos, éste se encontraba al día siguiente de los acontecimientos en la casa de Campoverde, en un vehículo – automóvil HYUNDAI, nunca fue visto en el lugar donde se cometió la infracción penal, es detenido por los policías como indique al siguiente día en un lugar completamente distante al sitio de los acontecimientos, jamás fue reconocido por el ofendido a decir de este mismo, quien en su lugar vio una camioneta como el móvil en el cual trasladaban las cosas sustraídas, innegable que algunas pertenencias de la institución universitaria fueron encontradas en el carro de Cartagena, pero esto no le da la calidad de coautor, ya que no se demostró en la especie que la conducta de Cartagena se encastre en el tipo penal de robo, no se demostró que haya realizado actos de fuerza, violencia e intimidación, jamás se encontraron armas en el carro ni en su poder, y fue detenido al día siguiente de que los hechos fueron consumados.

Lo que se demostró es que en un lugar y día distinto a los hechos, en su vehículo fueron encontradas algunas evidencias pertenecientes a la Universidad Católica de Cuenca, lo cual le exime de ser coautor de un delito pero no le absuelve de haber colaborado en el traslado de las cosas sustraídas.

Es indudable que la conducta de Cartagena no se subsume en el tipo penal de robo agravado, delito, tipificado en el Art. 550 del Código Penal que estaba en vigencia, y sancionado en los artículos 551 y 552, del mismo cuerpo legal, ni en los elementos previstos en los numerales 1, 2 y 3, toda vez que el hecho fue cometido con violencia, con armas, en la noche, causando heridas en las víctimas, en pandilla con destrucción de cercados y puertas. Tema que jamás fue probado por parte de Fiscalía General del Estado, conducta que jamás fue ejecutada por Cartagena, imponiéndosele indebidamente la pena de seis años de reclusión menor.

Las acciones de Cartagena a mi criterio no son trascendentales para la realización del TIPO, esto es, su contribución es de poca importancia para el éxito de la empresa criminal, la contribución de éste encierra únicamente un efecto favorecedor por lo tanto es cómplice.

Más bien es fácil colegir del hecho factico y de la adecuación típica que realiza el tribunal juzgador que, Edgar Cartagena, no tiene el dominio del hecho, no tiene en sus manos la rienda del curso causal, no es figura central en el acontecer, en suma se encontraba en la periferia de los actos ejecutados por los coprocesados, tanto más que ni siquiera su vehículo fue visto la noche en que se suscitaron los hechos, por lo tanto su aporte es no esencial, no tiene participación directa en el hecho, por lo que su conducta encastra perfectamente en el tipo penal del artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, que dice : Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

Además, debió Cartagena ser considerado cómplice porque si algo realiza es una ayuda dolosa en un delito ajeno. La ayuda que presta a los coautores del delito es no esencial, por lo que podemos afirmar que es un cómplice secundario, y la ayuda prestada al hecho lo realiza con actos secundarios ejecutados posterior a la comisión del delito; mas sin embargo, su cooperación no llega al grado como para que se considere que sin ella el delito no se hubiera podido ejecutar; acorde al aporte, éste es no necesario razón por la cual se le considerara cómplice secundario a mi criterio.

En este caso se hacen presentes los elementos constitutivos de la Complicidad como forma de participación.

## Conclusiones

El fundamento de la idea del dominio del hecho, nace primeramente de la naturaleza de la conducta del mismo ser humano, de estructuras lógicas objetivas como lo es la estructura final de la acción, que deberá ser complementado con criterios jurídicos elaborados por el legislador (norma penal). Así como, del concepto prejurídico de autor como figura central; simbiosis que nos permite delimitar y diferenciar entre autores y partícipes en un acontecer delictivo.

En función de lo dicho afirmamos que el autor, coautor y autor mediato deben ser considerados como figura central del acontecer delictivo porque tienen el dominio del hecho, mientras que el cómplice no es figura central, se encuentra en la periferia del acontecer delictivo por eso no tiene el dominio del hecho.

Entonces la autoría a la luz del dominio del hecho se fundamenta en quien tiene en sus manos el curso causal, realizando de manera dolosa y directa la acción típica, hasta conseguir la finalidad propuesta es considerado sin lugar a duda autor. (Figura central).

Estructura final que se asienta en que “el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista”. (Dominar el hecho) Hans Welzel, Teoría de la Acción Finalista, Editorial de Palma-Uruguay, Astrea Buenos Aires 1951.ps. 18-29.

De allí que las formas del dominio del hecho son: dominio de la acción que fundamenta la autoría directa; dominio de la voluntad que fundamenta la autoría mediata; y, dominio funcional que fundamenta la coautoría.

En su lugar en la participación no existe el dominio del hecho, en el caso del cómplice no es figura central ya que su aporte causal es doloso pero de un hecho delictivo ajeno.

En el primer caso el dominio de la acción que funda la autoría directa, no presenta mayor inconveniente, ya que quien realiza el tipo de manera directa, con dolo es sin duda autor del hecho antijurídico y por tanto figura central.

El dominio del hecho en la autoría mediata tiene su fundamento cuando un sujeto (sujeto de detrás), se sirve de otro (instrumento), para la realización de un hecho punible doloso.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato”. Enrique

Bacigalupo, Derecho Penal Parte General, segunda edición, Editorial Hammurabi SRL, 1999 Buenos Aires Argentina. ps. 189-191

En el caso del dominio del hecho funcional, que funda la coautoría, son figura central todos los que intervienen en la ejecución del hecho, debiendo existir en este caso un plan común en el estadio preparatorio; así como, la división de roles, trabajo o tarea; la ejecución del hecho delictivo debe ser conjunto; y, fundamentalmente el aporte ejecutivo tiene que sin duda ser esencial dentro del plan común, de tal manera que si uno de los intervinientes no cumpliera con lo acordado, la empresa delictiva no tuviera éxito, este aporte esencial en la realización del plan común tiene que configurarse en la fase ejecutiva para la consecución del plan concreto.

Si la intervención es únicamente en la fase preparatoria, no existirá coautoría porque el sujeto no tendría el dominio del hecho; esto es, no sería figura central del acontecer, no tendría en sus manos la rienda del curso causal y se vería relegado al actuar de quienes ejecutan el hecho delictivo y tienen por tanto el dominio del hecho.

En la coautoría se da el dominio funcional del hecho porque en ésta todos codominan el hecho, tienen una función insustituible ya que si uno de los intervinientes no ejecuta lo acordado en el plan, la empresa criminal no tiene éxito.

La contribución tiene que ser esencial con actos ejecutivos trascendentales que pueden ser típicos o no, para la consecución del delito planificado en común.

En la participación, el cómplice no puede ser autor ya que no tiene el dominio del hecho, no es señor de los acontecimientos, lo que realiza es una ayuda dolosa en un delito ajeno, por lo tanto no es figura central en el suceso.

El cómplice realiza una ayuda, un favorecimiento en la ejecución de un hecho principal que no le pertenece, pero debe saber que su ayuda o aporte es en un hecho punible.

El cómplice primario, es el que presta una ayuda necesaria para la comisión del hecho doloso, pero solo en la preparación de éste, ya que si interviene en la ejecución es sin duda coautor. Por ejemplo, el Director de una financiera que entrega la clave de la caja fuerte a los que van a perpetrar el delito, es cómplice primario su aporte es necesario.

En su lugar la complicidad secundaria se fundamenta en que la ayuda prestada al autor del delito no sea necesaria, ayuda que puede ser aceptada de manera implícita o expresa por parte del autor del injusto penal.

Diferenciándose el autor del cómplice en cuanto al grado de dominio del hecho que cada persona tiene. Y la ayuda debe ser causal del resultado, para que se configure la complicidad.

Finalmente, complementamos el concepto del dominio del hecho afirmando que es un concepto abierto que se compone con dos elementos, a decir: Procedimiento descriptivo y Procedimiento regulativo.

Sintetizando el planteamiento del Profesor Roxin al respecto decimos:

Procedimiento descriptivo como elemento del concepto abierto.-

El dominio del hecho como concepto abierto a través de un procedimiento descriptivo que presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos. Cuando por ejemplo, se dice tiene dominio del hecho quien hace a), b), c) etc., la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes.

Como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida. Por ejemplo, es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos.

Hay que disponerse a complementar la descripción ajustada a los datos materiales del caso. No obstante, cabe hablar aquí de concepto “abierto” en el sentido de que no va a ser posible una “indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindible” y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido.

Procedimiento regulativo como elemento del concepto abierto.-

La descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiéndose así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, porque, allí donde lo imprescindible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. “Regulativo” se entiende aquí como “orientativo”.

El legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto, mediante la aplicación del empleo de principios orientativos para la valoración judicial de casos concretos que escapan del enjuiciamiento anticipado generalizador.

Esto significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta. Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición. Pág. 146 a 148.

De esta manera puedo afirmar que la teoría del dominio del hecho es la adecuada para poder distinguir entre la autoría y la participación (complicidad), partiendo de la idea del autor como figura central, pasando por considerar la naturaleza de las diversas conductas humanas,

que tienen que ser complementadas con criterios jurídicos como son las normas penales, todo esto vinculado sin duda con la teoría de la acción final, donde el autor se fija un meta o un fin, elige los medios que le llevarán a conseguir su propósito final asumiendo las posibles consecuencias (fase subjetiva), exteriorizando en la siguiente fase su finalidad propuesta, dominando el curso causal que concluye en la producción del resultado buscado (fase objetiva). Por lo que podemos confirmar que es autor el que tiene el dominio final sobre el hecho y por lo tanto se le puede imputar el hecho como suyo, como propio.

## **Bibliografía**

Bacigalupo Enrique. Derecho Penal Parte General, Editorial Hammurabi SRL, Segunda Edición, Buenos Aires- Argentina, año 1999.

Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, año 1996.

Cadavid Londoño Paula. Coautoría en Aparatos Organizados de Poder de Carácter Delincuencial, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá- Colombia, año 2013.

Cury Urzúa Enrique. Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tercera Edición, año 2004.

Donna Edgardo Alberto. Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad, Rubinzal- Culzoni Editores, Primera Edición, Santa Fe- Buenos Aires, año 2005.

Donna Edgardo Alberto. La Autoría y la Participación Criminal, Editorial Comares S.L. Albolote- Granada, año 2008.

Fontán Balestra Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General, Decimo Séptima Edición, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, año 2002.

Gimbernat Ordeig Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal, Editorial B de f Montevideo Buenos Aires- Julio Cesar Faira – Editor, Año 2007

Márquez Cárdenas Álvaro Enrique. La Autoría Mediata en el Derecho Penal, Formas de Instrumentalización, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Segunda edición, Santafé de Bogotá DC- Colombia, año 2009.

Muñoz Conde Francisco. Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, Octava Edición, España, año 2010.

Suarez Sánchez Alberto. Autoría, Universidad Externado de Colombia. Calle 12n. 1-17 Este, Tercera Edición, Febrero año 2007.

Quirós Pérez Renén. Manual de Derecho Penal III, Editorial Félix Varela San Miguel no. 1111E., Mazón y Basarrate el Vedado ciudad de la Habana.

Roxin Claus. Derecho Penal Parte General tomo II, Especiales Formas de Aparición del Delito, editorial en Thomson Reutrs- Civitas, año 2014.

Roxin Claus. La Teoría del Delito en la Discusión Actual, editorial Grijley E.I.R.L. primera edición, enero año 2007.

Roxin Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid- Barcelona año 2000, séptima edición.

Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino II, actualizador Guillermo J. Fierro TEA Tipográfica Editora, Argentina -Buenos Aires, año 1992.

Welzel Hans. Derecho Penal Parte General, Roque de Palma Editor Buenos Aires. año 1956.

Welzel Hans. Teoría de la Acción Finalista, Editorial de Palma-Uruguay, Astrea- Buenos Aires. año 1951.

Zaffaroni Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal, Editorial EDIAR, primera edición, Buenos Aires. año 2009.

Zaffaroni Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal, Editora AR S.A. EDIAR. Tucuman- Buenos Aires, año 2009.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General IV, impreso en la Argentina copyright by EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y financiera Tucumán- Buenos Aires, año 1999.

LEY.

Código Orgánico Integral Penal Ecuador.



