



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

**LA AUTORÍA MEDIATA Y LA  
INSTIGACIÓN: ANÁLISIS DEL  
TRATAMIENTO CONCEPTUAL  
EFECTUADO POR EL CÓDIGO ORGÁNICO  
INTEGRAL PENAL**

Autora:

**Gina Gutama Izquierdo**

Director:

**Dr. Pablo Galarza Castro**

**Cuenca – Ecuador**

**2023**

## **DEDICATORIA**

A Matías, cuya sonrisa desde que nació hasta la eternidad será mi mayor tesoro.

A Paúl, por confiar a ojos vendados y sostenerme con el corazón. Mi gratitud es grande, pero mi cariño hacia ti es infinito.

Para ti Asunción, por ser ejemplo de virtud y valentía femenina; cuanto diera por alcanzar tu magnificencia, por entrar en tu pecho y entender cómo amas sin esperar; a ti te dedico cada paso, cada palabra, cada acción. Para ti la vida entera, para mí la dicha de ser tu nieta.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi madre por su amor, confianza, y apoyo incondicional. Eres y seguirás siendo mi más valioso ejemplo.

A mis amigos, sus palabras y enseñanzas siempre están latentes en mi memoria.

A mi Director de Tesis, Dr. Pablo Galarza, por la paciencia y confianza en el desarrollo de este trabajo investigativo. Quien a través de la enseñanza motiva y anima al estudiante a confiar en su potencial y en sí mismo, jamás será olvidado. ¡Gracias!

A los Doctores Miguel Sarmiento, Víctor Llerena, y Sandra Maldonado. Los conocimientos impartidos siempre fueron para hacerme mejor ser humano y profesional. Me brindaron su confianza, y es eterna mi gratitud con la vida porque me ha dado la oportunidad de aprender de quienes respetan el Derecho estudiándolo, de quienes trabajan bajo el umbral de la ética, de quienes en silencio dan la mano para conceder paz en virtud de la justicia, son y serán un ejemplo de dedicación y superación. ¡Gracias!

A todos quienes fueron parte de este proceso.

## RESUMEN

La determinación de responsabilidad en materia penal y consecuentemente la aplicación de la pena se funda sobre el grado de intervención en un delito, mismo que es estudiado por la Teoría de la Participación y Autoría, estableciéndose las bases sobre las que descansa la Norma Jurídico Penal que rige, limita y justifica el Poder Punitivo del Estado. En el caso ecuatoriano el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 42, realiza una conceptualización de la autoría mediata catalogándola como sinónimo de instigación. En el presente trabajo se busca establecer las diferencias teórico-conceptuales entre las dos formas de intervención delictiva (autoría mediata-instigación) y su incidencia en la aplicación de la pena.

**Palabras clave:** Autor, funcionalismo, imputación, inducción, legitimación, partícipe, subsunción.

## ABSTRACT

The determination of responsibility in criminal matters and the consequent application of the penalty is based on the degree of involvement in the crime, which is studied by the theory of Participation and Authorship, establishing the bases on which the Criminal Legal Norm that governs, limits and justifies the Punitive Power of the State. In the Ecuadorian case, article 42 of the Organic Integral Criminal Code (COIP) conceptualizes mediate authorship, classifying it as synonymous of instigation. This paper seeks to establish the theoretical-conceptual differences between the two forms of criminal intervention (mediated authorship-instigation) and their impact on the application of the penalty.

**Key words:** Author, functionalism, imputation, induction, legitimation, participant, subsumption.



Translated by

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Gina Gutama", is centered within a grey rectangular box.

Gina Gutama

## ÍNDICE

Introducción.....	4
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>7</b>
1. La Autoría y su tratamiento dogmático .....	7
1.1 Antecedentes.....	7
1.2 Teorías sobre la autoría .....	21
1.2.1 Teorías Causales de la Autoría.....	21
1.2.2 Teorías Teleológicas de la Autoría.....	22
1.2.3 Teorías Ontológicas de la Autoría.....	23
1.3 Otras teorías que sustentaron la autoría.....	25
1.3.1 La Teoría Objetivo-Formal .....	25
1.3.2 Teorías Objetivo-Materiales.....	25
1.3.2.1 Teoría de la Necesidad .....	27
1.3.2.2 Teoría de la Simultaneidad .....	28
1.3.2.3 Causalidad Física y Causalidad Psíquica.....	28
1.3.2.4 Teoría de la Supremacía del Autor.....	29
1.3.3 Teorías Subjetivas.....	30
1.3.3.1 Teoría del Dolo .....	30
1.3.3.2 Teoría del Interés.....	31
1.3.4 Teorías Mixtas.....	32
1.4 Conceptualización de la autoría .....	32
1.4.1 Concepto Unitario de Autor .....	35
1.4.2 Concepto Extensivo de Autor .....	35
1.4.3 Concepto Restrictivo de Autor.....	36
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>37</b>
2. La Autoría Mediata.....	37
2.1 Conceptualización.....	37
2.2 Clases de autoría mediata .....	43
2.2.1 El dominio de la voluntad en virtud de la coacción .....	43
2.2.1.1 Estado de necesidad coactivo.....	43
2.2.1.2 Estado de necesidad simple .....	44
2.2.1.3 Estado de necesidad supralegal exculpante .....	45
2.2.2 El dominio de la voluntad en virtud del error .....	45
2.2.3 El dominio de la voluntad utilizando inimputables y menores .....	47

2.2.3.1 Plena inimputabilidad o inimputabilidad disminuida.....	50
2.2.3.2 La ejecución por parte de niños o adolescentes .....	51
2.2.4 El dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder ...	54
2.2.4.1 Puesto de autoridad o dirección dentro de la organización y fungibilidad del sujeto ejecutor .....	57
2.3 Posturas contrarias a la teoría planteada por Roxin: la autoría mediata según Welzel, Jescheck y Jackobs.....	59
2.3.1 Welzel .....	59
2.3.2 Jescheck .....	62
2.3.3 Jakobs.....	65
2.4 Elementos de la Autoría Mediata.....	67
2.5 Regulación de la Autoría Mediata en el Código Orgánico Integral Penal .....	68
2.6 Incidencia en la aplicación de la pena según la determinación del tipo de intervención delictual.....	70
2.7 ¿Necesidad de enmienda?.....	75
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	79
3. La instigación .....	79
3.1 Conceptualización y ubicación dentro de la normativa ecuatoriana.....	79
3.2 Tratamiento de la instigación por parte del Código Penal previa a la entrada en vigencia del COIP. Breve acotación. ....	84
3.3 Diferencia entre la instigación y otras formas de participación .....	86
3.4 Elementos de la instigación .....	89
3.4.1 Medios idóneos de persuasión o influencia dirigida al inducido .....	89
3.4.2 Actuar Doloso y representación concreta del hecho principal.....	90
3.4.3 Aspiración a la consumación del hecho principal .....	91
3.4.4 Publicidad de la instigación (excepción) .....	92
3.4.5 La acción del inductor debe generar la resolución delictiva del autor .....	92
3.5 La acción del inducido y el exceso del autor principal .....	93
<b>CAPÍTULO 4</b> .....	95
4. La instigación en el Código Orgánico Integral Penal.....	95
4.1 Conceptualización doctrinaria del Tipo .....	95
4.1.1 Función Garantista.....	97
4.1.2 Función Seleccionadora.....	97
4.1.3 Función Motivadora.....	98
4.2 Elementos del Tipo .....	99
4.2.1 Elementos subjetivos .....	99
4.2.2 Elementos objetivos.....	101
4.3 Regulación de la instigación en el Código Orgánico Integral Penal .....	103

4.4 Consecuencias Jurídicas por el abordaje de la Instigación como tipo penal...	107
4.5 Incidencia en la aplicación de la pena al reconocer a la instigación como una forma de participación .....	108
4.6 ¿Necesidad de una enmienda? .....	111
<b>5. Conclusión y toma de postura</b> .....	112
<b>6. Bibliografía</b> .....	114

### **Índice de figuras**

Figura 1 La Autoría Mediata .....	67
-----------------------------------	----

### **Índice de cuadros**

Cuadro 1 El Autor Mediato .....	81
Cuadro 2 El Instigador .....	81
Cuadro 3 Parámetros de valoración de la instigación .....	84

## Introducción

La realidad social y la política criminal ha permitido evidenciar los diferentes mecanismos que utiliza el hombre para la consecución de sus fines delictivos, uno de ellos es la división del trabajo a través de la distribución de roles dentro de un hecho, es por ello, que el Derecho Penal en consonancia con su misión para dar una respuesta efectiva en cuanto a la protección y preservación de los bienes jurídicos indispensables para el desenvolvimiento de la vida en sociedad (vida, propiedad, libertad, entre otros), ha puesto atención a las nuevas y básicas formas de participación delictual para evitar la impunidad y sancionar acorde al papel que ocupa un sujeto dentro de un ilícito.

Analizar el tratamiento jurídico-dogmático que efectúa el Código Orgánico Integral Penal a las figuras de la Autoría Mediata y la Instigación, plasmado en el artículo 42 y 363, resulta sustancial y constituye el objeto de la presente investigación con el fin de determinar si ha existido una adecuación acorde a los conceptos desarrollados por la doctrina a lo largo de la historia y evolución del Derecho Penal, es decir, se busca efectuar un análisis ontológico-comparativo de lo que debemos entender por Autoría Mediata e Instigación a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, y el tratamiento que se le ha dado a las figuras citadas dentro de la Doctrina.

Esclarecer, delimitar, y diferenciar conceptualmente las diversas formas de participación en el delito, en el caso concreto la Autoría Mediata e Instigación, y su incidencia en la determinación de la responsabilidad penal (pena) que deben asumir las personas, es de acuerdo al grado de participación que hayan tenido en el delito, resultando una necesidad jurídica y social su conceptualización.

El ejecutar un acto que se encuentra prohibido por la norma no implica per sé o no es sinónimo de suficiencia para responsabilizar a un individuo por un resultado y consecuentemente imponer una pena, aquello nos llevaría a un proceso causal ciego, como manifestaría Welzel, lo que no requeriría mayor análisis puesto que bastaría con vincular, sin diferenciación alguna, a todos aquellos que intervinieron de alguna forma

en el delito e imponerles una pena por igual, es decir, todas las conductas de los intervinientes en el delito serían equivalentes, sin importar si el papel desempeñado fue esencial o secundario para la consecución del resultado, dejando sin relevancia las bases sobre las cuales se cimienta la Teoría del Delito, concretamente la tipicidad.

Sin embargo, la necesidad jurídica no termina allí, es fundamental entender que en base a la Teoría del Delito solo puede ser punible un hecho ejecutado por un sujeto que haya obrado con consciencia y voluntad, se lo podrá responsabilizar en la medida en que esa consciencia y voluntad se vea reflejada en el resultado; lo expuesto nos conduce a estudiar la problemática que se presenta cuando la Autoría Mediata que, según nuestro Código Orgánico Integral Penal, también tiene lugar cuando el sujeto activo realiza la acción de instigar; a ello se suma la existencia de un tipo penal independiente que recoge una sanción en específico cuando nos encontramos ante la acción de “instigar” públicamente, deviniendo en la necesidad de esgrimir si en el COIP se ha optado por una nueva postura doctrinaria o una nueva teoría de la figura de la Autoría Mediata y la Instigación, o simplemente existió una equivocación legislativa.

Los resultados de estudio que se obtengan permitirán visibilizar si nuestro Código Orgánico Integral Penal ha optado por una postura independiente respecto al tratamiento que ha realizado la doctrina a las figuras de la Autoría Mediata e Instigación, o si existe una tergiversación conceptual de las figuras.

De lo expuesto se colige que la necesidad jurídica radica en la conceptualización de las figuras aludidas precedentemente, consecuentemente su incidencia en la determinación de la pena y la calificación de la forma de intervención en el delito. Además de su vinculación directa con la seguridad jurídica que no se limita única y exclusivamente al debido proceso al requerir la existencia de normas previas, claras, públicas al tenor de lo establecido por nuestra Constitución del 2008 en su artículo 82, sino que además, se refiere a una seguridad jurídica que va más allá del horizonte simplemente formal, abarcando la responsabilidad que decae en los legisladores al momento de generar, reformar, enmendar, conceptualizar aquellas figuras o instituciones jurídicas que regirán en un estado democrático.

Lo que se plasme en un cuerpo normativo como el COIP no solo fija los límites de aplicación y comprensión por parte de los juzgadores, fiscales, abogados, sino también de la comunidad en general, pues da la pauta de cómo debemos entender la norma y cuál es esa conducta que se ajustará a Derecho.

La labor principal del legislador es dar a conocer por medio de la norma lo que requiere del ciudadano, lo que busca evitar, la especificación de un procedimiento y las reglas sobre las cuales se regirá, y en el ámbito del Derecho Penal la precisión conceptual es imprescindible pues se decide sobre un derecho consustancial al ser humano, su libertad. No existe posibilidad, dentro de la normativa penal, a una interpretación extensiva, recordando que su fuente principal es la ley, y como tal debe ser redactada de forma coherente y lógica.

La materialización de la seguridad jurídica implica la necesidad de reconocer, aceptar y adecuar la norma en base a la realidad social, pero sobre todo otorgarle a la norma un grado de credibilidad con sustento en los estudios realizados a lo largo de los años por los doctrinarios, la labor de los jueces por medio de la jurisprudencia, entre otros. La norma debe contener términos claros que impida su confusión con homologías, que impida la audacia legal, y consecuentemente la deformación del Derecho.

Determinar si el ejercicio de la Función Legislativa al redactar el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal ha sido acertada o no en relación a lo expuesto por la doctrina al estudiar la Autoría Mediata y la Instigación, así como analizar las consecuencias de adoptar como tipo penal autónomo a la instigación motiva la presente investigación. El análisis nos permitirá visualizar si los conceptos enmarcados en los artículos corresponden a una lógica jurídica y sustento teórico.

## CAPÍTULO 1

### 1. La Autoría y su tratamiento dogmático

#### 1.1 Antecedentes

El Derecho Penal tiene como misión, a decir de Welzel, “Proteger los valores elementales de la vida en comunidad, (...) asegurar la vigencia inquebrantable de los valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente” (Derecho Penal Alemán – Parte General 12º edición, 1987, pág. 11-12), de ello se desprende que es la única rama del Derecho con la facultad de privar de la libertad a sus ciudadanos como mecanismo de respuesta ante la transgresión o vulneración de derechos; en razón de ello, las instituciones jurídicas en las que se ha sustentado para privar de la libertad a los ciudadanos han tenido como punto de partida el actuar humano doloso o imprudente.

Doctrinarios como Welzel, Roxin, Jakobs, Jescheck se han dedicado a estudiar la conducta desplegada por el hombre para la consecución de sus objetivos que transgreden el Derecho, fines que son propuestos de manera anticipada y voluntariamente; lo que ha conllevado, en primera instancia, a estudiar el concepto de acción y diferenciar un simple proceso causal de una acción consciente tendiente a un fin, es decir, lo primero que debía definirse y sentarse eran las bases de la acción que se consideraría penalmente relevante y que sustenten en lo posterior un reproche de culpabilidad hacia un ser humano libre y consciente que despliega una conducta hacia la realidad objetiva.

Es la conceptualización de la acción humana y sus limitaciones, la comprensión del resto de instituciones que conforman la teoría del delito: tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad, las que permitirían a posteriori sustentar la necesidad teórica y práctica del Derecho Penal, y sobre todo justificar la aplicación de una pena privativa de libertad o medida de seguridad.

Siendo el Derecho Penal la rama del Ordenamiento Jurídico, la única con la facultad

para hacer uso del poder sancionatorio o punitivo del que se encuentra investido todo Estado a través de diversas instituciones estatales, en el caso ecuatoriano Fiscalía General del Estado, es éste órgano el encargado de ejercer la acción penal pública ante la existencia de una afectación a un bien jurídicamente protegido cuyo valor es inconmensurable para el desarrollo de la sociedad en sí y los ciudadanos que la conforman, por ello, para evitar la discrecionalidad y efectuar un juicio de reprochabilidad objetiva los doctrinarios se han dedicado a analizar, fundamentar, perfeccionar y esclarecer la razón jurídica-teórica de las figuras que conforman la estructura de la Teoría General del Delito para posteriormente justificar y delimitar la responsabilidad y la imposición de una pena bajo un esquema objetivo-funcional.

En Ecuador, la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal contienen no solo los principios, normativa procesal o años de privación de libertad a aplicarse ante la infracción de la norma; entre su articulado se encuentran, además, plasmados los conceptos que fundamentan y constituyen la guía para jueces, abogados, fiscales, entre otros, para proceder a la aplicación de la norma de manera ecuánime garantizando la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Una normativa estructurada de manera coherente conforme la doctrina, jurisprudencia y demás fuentes generales del Derecho (en cualquier legislación) adquiere relevancia, no solo en el ámbito penal, para efectos de realizar un juicio de reprochabilidad objetivo-funcional y consecuentemente determinar la responsabilidad de los sujetos procesados, sino que también constituye la base de un Ordenamiento Jurídico sólido, racional puesto que se requiere más que la simple alusión a principios para hablar de un Estado de Derecho.

Aún más, es la necesidad de exigir fundamentos doctrinarios para privar de la libertad a un ciudadano porque los conceptos contenidos en los tipos penales deben encontrarse relacionados correctamente con la dogmática y la realidad práctica, de tal forma que no exista tergiversación de su esencia lo que conllevaría a una aplicación teórica errada, y por lo tanto atentatoria a la seguridad jurídica y derechos humanos.

El Poder Punitivo del Estado necesita regularse y limitarse por normas lógicas, congruentes con la ciencia jurídico-penal, normas que se relacionen con las diferentes fuentes del Derecho y que no se presten a interpretaciones inexactas o injustas; aún más tratándose del Derecho Penal cuya fuente principal si bien es la ley, la misma descansa sobre la doctrina.

Una de las premisas vitales de la cual parte el Derecho Penal para sancionar las conductas dolosas o culposas es aquella que, establece que ningún ser humano puede ser condenado sino solamente por aquello de lo que es responsable en el ámbito de su actuación, y esto guarda correlación con el sentido y misión del Derecho Penal que a decir de Welzel en su Tratado de Derecho Penal Alemán (1987) es:

El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad (...). Pero la ciencia penal es una “ciencia práctica” no solo porque ella sirve a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica. (pág. 11)

De lo expuesto se desprende la importancia de la función que recae sobre la Asamblea Nacional de crear leyes, enmendarlas o justificarlas, y es que la misma se debe fundar sobre un marco teórico práctico y requiriendo su función la necesidad de sustentarse sobre pilares científicos o dogmáticos que justifiquen su aplicación y contribuyan al normal desarrollo jurídico y social.

La doctrina penal ha buscado consolidar los pilares de la Teoría del Delito sobre la objetividad para impedir, en lo posible, la imposición de una pena injusta. Resulta evidente que el Derecho Penal busque sancionar a las personas, ya que son las únicas dotadas de consciencia y voluntad, pero no se puede ignorar que todo ser humano – incluyendo actualmente a la naturaleza y sus integrantes – son poseedores de obligaciones y derechos; derechos que deben ser respetados, garantizados por el Estado y sus

representantes, además de constituir un límite a su poder punitivo. Por ello, “la misión del Derecho Penal consistirá en proteger los valores elementales de la vida en comunidad” (Welzel, 1987, pág. 11), con sus limitaciones, entendiendo que:

Toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorado de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto). (Welzel, 1987, pág. 11)

Para un ejercicio efectivo y pleno de derechos el poder estatal a través del ordenamiento jurídico debe velar por la claridad de las leyes, al ser las mismas contenedoras de las reglas de la sociedad; el conocimiento que se tenga sobre ellas determina la conducta a la que deben regirse los ciudadanos, y siendo una medida extrema el imponer una pena privativa de la libertad, diferentes corrientes doctrinarias fundamentan su aplicación siempre que el sujeto ajuste su conducta a cualquiera de las dos formas básicas de intervención en el delito:

- a) Autoría, y;
- b) Participación

Las formas de intervención mencionadas son trascendentales, permitiéndole al juzgador realizar un examen de verificación y contraste de los hechos con la conducta desplegada por el o los procesados.

Roxin (2000) manifiesta que “la distinción entre las diferentes formas de autoría y participación sólo es posible alcanzarla por la vía de la valoración jurídico-normativa de las aportaciones individuales al hecho” (pág. 27), siendo la única forma de corroborar si lo realizado por los sujetos dentro de su esfera de acción constituye o no autoría o participación fundamento de la pena, siendo mayor la sanción al autor por la posibilidad de control y dirección del curso causal.

La necesidad de justificar y verificar el grado de responsabilidad de un individuo y aplicarle una sanción por la transgresión a un orden pre-establecido se debe a que el Derecho Penal también debe cumplir con una función retributiva, represiva, y preventiva ante el surgimiento del delito y su provocador. Al determinar que transgresiones constituyen delito y las diversas modalidades de materializarlo también se cumple con los principios que gobiernan al Derecho Penal (Principio de Legalidad, Seguridad Jurídica, Principio de Mínima Intervención Penal, entre otros).

La diferenciación en la aplicación de las penas conforme el grado de responsabilidad responde a la realidad criminal, misma que evidencia que son distintas y variadas las formas de intervenir en un hecho delictual, por tanto, las medidas correctivas que permitan la restauración del orden social instaurado deben corresponder al rol cumplido al momento de la ejecución de una acción típica y antijurídica.

Consecuentemente delito, responsabilidad y pena motivan la existencia del Derecho Penal como herramienta indispensable para sostener la convivencia social. La pena responde a un juicio lógico-jurídico de allí su importancia y obligación de aplicarse según la actividad desplegada por los intervinientes en el delito, por ello Jescheck (2002) sostiene:

Delito, pena y medida de seguridad son conceptos básicos del moderno Derecho Penal. El delito es el comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una Ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable (concepto tripartito del delito). La pena es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho. (...) Dicha protección se pretende conseguir en parte mediante la privación de libertad dirigida al aseguramiento -custodia de seguridad- o al tratamiento terapéutico -internamiento en un establecimiento desintoxicador-, en parte a través de la privación de determinados derechos -privación de permiso de conducir- y en parte también por medio de controles ambulatorios - libertad vigilada-. (Tratado de

Derecho Penal Parte General, pág. 14)

De esta forma se visibiliza su importancia y se cumple con varios principios, entre los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad de la Pena, plasmado en la Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 76, numeral 6, cuyo texto expresa que la ley deberá establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, es decir, ***la pena o sanción debe ser concordante con lo efectivamente realizado o ejecutado dentro del delito.***

Al presuponer la pena la existencia de culpabilidad, la misma responde a que el autor o partícipe en el momento de la ejecución del hecho delictivo debía y podía adecuar su conducta conforme las exigencias del Derecho, pero si existían factores que impedían al interviniente reaccionar acorde a lo exigido por la norma, se debe analizar la posibilidad de una exención en la responsabilidad en consonancia con el principio de culpabilidad que busca encuadrar la responsabilidad acorde a lo efectivamente realizado por el autor o partícipe.

Lo que permite esclarecer el grado de responsabilidad y a su vez constituye un baremo de calificación de responsabilidad y grado de intervención se encuentra en el propio tipo penal, mismo que contiene las pautas (características de la acción delictuosa) para clarificar si tal acción es constitutiva o permitió la consumación del delito y en qué medida.

Es entonces el tipo penal, el punto de partida para la distinción adecuada entre las figuras de autoría y participación (instigación-complicidad), si existe un yerro en su configuración se devendrá en una confusión conceptual y, por lo tanto, en una incorrecta aplicación de la pena y la calidad en la que intervino el o los ciudadanos.

El autor alemán Günther Jakobs (1997), explica que en “la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo” (pág. 718). Ello deviene en la imperiosa

tarea de establecer cuáles serán los puntos normativos que limitarán y permitirán efectuar el reproche de responsabilidad, es decir, cuáles serán los criterios valorativos a ser utilizados.

Para abordar la problemática el legislador formula los tipos penales para anunciar juicios de valor sobre lesiones de bienes jurídicos, así se obtiene que la conducta desplegada por el hombre se caracterizará por lesionar intereses jurídicamente protegidos, por lo tanto, quien actúe típica, antijurídica, y culpablemente deberá responder penalmente, pero esa responsabilidad podrá darse en razón del concepto que se tenga de autor y los elementos constitutivos del tipo penal, mismo que sirve guía para efectuar correctamente el reproche de responsabilidad.

Al afirmar que el tipo penal constituye una guía para la imputación penal, esto se debe a que se encuentra conformado por elementos objetivos y subjetivos que establece quien debe ser considerado autor de un delito, ahora en el supuesto donde la intervención de un sujeto no calza con lo establecido en el tipo, pero su participación contribuyó de otra forma a la consumación del delito su accionar no puede quedar impune y por lo tanto debe ser sancionado en razón de su aportación.

Estos elementos del tipo no son más que la conjunción entre aspectos perceptibles y atención a la motivación interna del ejecutor. Los aspectos que son perceptibles por los sentidos y que permiten de forma inequívoca determinar si la acción en si misma es configuradora de un delito se denomina elementos objetivos, en cuanto a los elementos subjetivos su inclusión es necesaria puesto que no basta la alusión a los sucesos externos, sino que los sucesos externos deben estar en concordancia con el sentir anímico y la finalidad perseguida por el ejecutor del tipo penal.

En conclusión, el tipo penal está conformado por aspectos conceptuales que facilitan su comprensión a jueces, abogados, funcionarios representantes del Estado y revestidos de poder punitivo para la aplicación adecuada del Derecho Penal.

Siendo relevante la conceptualización del tipo por contener la descripción de la conducta punible, la misma debe responder a una depuración teórica histórica y acorde a la realidad criminal.

No se trata solamente de una descripción superficial del delito se trata de un baremo de comprobación de la responsabilidad y materialidad de la infracción. De ahí que Welzel (1987) nos aclare la importancia de la norma, el tipo y la antijuridicidad, al indicar:

Ya que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena conductas intolerables para la vida en comunidad. (...) Para ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe: matar, hurtar, cometer adulterio, etc. Tiene que especificar la “materia” de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición contine la descripción objetiva, material – “el modelo de conducta”-, de la conducta prohibida. (pág. 74)

De esa manera y en relación con el estudio de las formas de participación delictiva se obtiene un punto de partida para el análisis de la conducta desplegada por el o los individuos cuando participan conjuntamente dentro de una acción prohibida penalmente. Así, se obtiene el primer eslabón para su diferenciación participativa conforme el papel tomado dentro de la acción. Ahora bien, para fundamentar la responsabilidad penal es imprescindible tener presente dos aspectos relevantes:

- 1) La clasificación de los delitos en dos grandes grupos que son: los delitos de infracción de deber y delitos de dominio.
- 2) Existencia de tipos penales especiales que tienen como sujeto activo y pasivo a individuos concretos con características en particular, ejemplo, el tipo penal de concusión tipificado en el artículo 281 del COIP.

Sin considerar lo mencionado, se atentaría contra la estructura jurídica-objetivo formal sobre la que descansa la Teoría del Delito, además de inobservar los aportes de la criminología.

Los resultados proporcionados por la criminología son trascendentales en la creación de normas puesto que facilitan la comprensión del delito, sus causas, y *quienes lo cometen*, luego ello es contrastado con la doctrina y plasmado en el tipo penal.

Los tipos penales no son configuraciones conceptuales carentes de sentido dispuestas por mero arbitrio legislativo, son descripciones sustentadas en un largo proceso doctrinal desarrollado y depurado con el paso del tiempo; en virtud de esa evolución teórica el tipo penal contiene las características esenciales del actuar humano a ser sancionado, es decir, contiene el tipo de autor, sin embargo, aquello no implica una restricción para abarcar las diversas formas de autoría y participación.

Los conceptos doctrinarios juegan un rol fundamental en la conformación lógica de un ordenamiento jurídico dotado de bases ontológicas que permitan su sustento material y teórico, de la misma manera tener los conceptos de autor y partícipe previamente diferenciados y limitados es indispensable para su aplicación en la práctica.

Los conceptos jurídicos llegan a ser considerados como tal cuando su contenido ha sido depurado previamente, primero en razón del sentido social que se le ha otorgado, y después en contraste con lo referido por la ciencia jurídica.

Las concepciones de autor y partícipe deben captar la esencia de la teoría en la que encuentra su sustento para evitar reproducir una teoría atentatoria a la lógica y al Derecho o derechos.

Así Welzel (1987), en principio, para comprender las diferencias existentes entre la autoría y participación utilizó un concepto de acción distinto basado en la finalidad,

afirmando que:

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se baja en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer casual exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. (...). Es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. (Derecho Penal Alemán Parte General 12ª edición, pág. 53-54)

Se desprende que, para Welzel a partir del concepto de acción se encuentra una manera de diferenciar la autoría de otras formas de intervención delictiva, y es atendiendo que se reputará autor, siempre y cuando conforme a su saber causal, un sujeto despliegue una acción dirigida finalmente para la consumación de un resultado, pero que sobre todo sea capaz de dirigir el curso de esa acción conforme su voluntad. Es a raíz de esta conceptualización de la acción finalista que otros autores lo han depurado para justificar cuando se está ante la presencia de un autor, coautor, autor mediato, partícipe, etc. Ejemplo de ello es Roxin (2000) quien parte del dominio del hecho, pero entendiendo al dominio como la facultad de dirigir la acción, entonces para el autor:

A tenor de lo cual para él la autoría es la forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de "su" hecho, que configura, *consciente del fin*, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del "hecho", pero sólo sobre su participación. *El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor*. Por eso, la participación de éstos es sólo participación en un hecho ajeno. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor”. (Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, pág. 35)

Son los tipos dolosos los que requieren la diferenciación entre autoría y participación, puesto que solo en éstos existe una dirección del acontecer causal conforme a un fin deseado de forma consciente y voluntaria, en contraposición con los delitos culposos donde existe una transgresión al cuidado requerido en el ámbito de relación contenido en la norma, es decir, se trata de un obrar imprudente. De esta manera para calificar a un sujeto de autor se debe atender también dos supuestos básicos:

- a) Los aspectos subjetivos-personales: Que no son otra cosa que la intencionalidad o el ánimo que persigue el agente infractor que debe estar en consonancia con el fin que se ha propuesto. Este ánimo puede ser predecible conforme la acción se encuadre en determinado tipo penal.

Ejemplo, en el robo existe el ánimo de apropiación. Pero no solo se debe querer alcanzar el resultado, se debe estar en condiciones de lograrlo y desencadenar todo un proceso causal para que se materialice.

- b) Los aspectos objetivos-personales: Que son, por un parte, las cualidades que debe cumplir el agente, ejemplo de ello es el delito de Cohecho en donde el autor reviste una calidad especial de ser funcionario público.

En la mala práctica médica, el autor debe ser profesional de la salud, y así sucesivamente conforme se trata de un tipo penal general especial. Esta situación es apreciable en los delitos especiales o en aquellos delitos donde el autor tenía la obligación impuesta por el Estado de cumplir con un deber en particular. Por otra parte, se trata de la materialidad, afectación real, o puesta en peligro del bien jurídico que se pretendía resguardar.

Es la parte especial del Derecho Penal la que describe con mayor amplitud el agente que será responsabilizado por la transgresión a una norma prohibitiva o mandatoria, y sus características son contenidas en el tipo penal. La descripción del autor en los tipos penales comienza, en la generalidad de los casos, haciendo uso de la palabra “quien” o

“la persona que” para referirse al autor, posteriormente se deberá efectuar una subsunción de las acciones desplegadas por los sujetos investigados para determinar si existe o no concordancia con lo descrito en la norma. Ejemplo: Artículo 141 del COIP (2014).

Artículo 141.- Femicidio. - *La persona que*, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, *será sancionada con pena privativa de libertad* de veintidós a veintiséis años.

De esta manera se reputará autor, en principio, quien realice de propia mano la totalidad de los elementos del tipo, el problema se suscita cuando en el hecho existe la colaboración de otros sujetos para conseguir el resultado lesivo requiriéndose el estudio de la aportación individualizada al hecho para imputar la responsabilidad penal de forma objetiva.

Sin embargo, el concepto de autoría no se limita a la ejecución de propia mano; la Ciencia Jurídico Penal evidencia la posibilidad de ser autor no ejecutor (autoría mediata), coautores (división de tareas y control conjunto del curso de la acción), etc. Todo esto sustentándose sobre la realidad criminal actual, siendo evidente que conforme el tiempo y la sociedad avanza el Derecho también debe hacerlo pues no se trata de una ciencia estática, aún más el Derecho Penal que debe responder a la exigencia de una Sociedad cimentada sobre valores y principios éticos.

Los criminales buscan nuevas formas de borrar las huellas de su intervención en un delito para la consecución de la impunidad, y ahí interviene el Derecho Penal incluyendo en sus bases teóricas las nuevas formas de participación delictiva. Respecto a la inducción y la complicidad la punibilidad dependerá del tipo delictivo en concreto. Hans Heinrich Jescheck (2002), al respecto, establece que:

La división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad

judicial. Está determinada más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción. Y así, el Derecho Penal no puede castigar como simple cómplice a aquel que realiza el tipo de propia mano, ni tampoco como autor a quien sólo desarrolla el plan para la comisión del hecho. (pág. 693)

La doctrina penal y el tratamiento diferenciado que realiza a las formas de colaboración en un delito son una respuesta histórica que tuvo sus inicios en la Ciencia Italiana del Derecho Penal, posteriormente autores como Böhmers introdujo un nuevo criterio para distinguir la autoría de la participación, criterio que consistía en la distinción entre la “causa physica” y “causa moralis”, la primera consistente en una acción ejecutiva y la segunda en una acción de mero apoyo (Jescheck, 2002, pág. 695).

Estas figuras jurídicas no son equivalentes o sinónimas, cada una responde a un nivel de responsabilidad diferente, sea superior o inferior, de ahí que se requiera individualizar o singularizar la intervención y hasta dónde llega esa intervención a ser constitutiva de responsabilidad.

La autoría es un hecho penado por ser ejecutado de forma personal, en cambio la coautoría y autoría mediata se diferencian, por un lado, por la existencia de una colaboración conjunta del mismo nivel entre los partícipes, y por otro por la utilización de un instrumento u órgano de poder, en todo caso coinciden en que el sujeto propulsor de la acción considera al hecho como propio solo que utiliza a otros sujetos para asegurar la impunidad o divide el trabajo para asegurar su ejecución. Situación que no se presenta en el inductor o cómplice donde existe participación accesoria al hecho principal; se trata de un hecho ajeno y la desencadenación y control del curso causal depende del ejecutor y no del partícipe, limitándose la responsabilidad, es decir, no existe intervención en la ejecución o al menos no de forma sustancial. La participación no da dominio de la acción.

En búsqueda por encontrar la teoría que conjugue tanto aspectos subjetivos como objetivos para limitar y establecer cuáles son las diferencias existentes entre las figuras estudiadas, llegó a tener una aceptación mayoritaria la Teoría del Dominio del Hecho formulada por Lobe, y posteriormente depurada y propugnada por Roxin.

En cambio, hasta la actualidad para conceptualizar a la participación aún persiste la teoría de la dependencia de la participación a un hecho principal, es decir, estamos hablando del principio de accesoriedad, mismo que fija que no hay participación sin la existencia previa de un hecho doloso; esto condujo a esclarecer o probar en la realidad práctica cuáles son las características que calificaran a un hecho como principal y que se considere una aportación secundaria o accesoría. A decir de Jescheck (2002) “La participación no es portadora por sí misma del pleno contenido de injusto, sino que lo adquiere del hecho ajeno” (pág. 706-707).

En la participación se debe tener presente la incidencia que puede tener un elemento cualificador del hecho principal puesto que el mismo debe ser analizado en relación al tipo penal aplicable o dicho de otro modo “(...) en la elección del tipo penal aplicable los elementos personales especiales que, respectivamente, agravan o atenúan la pena, sólo se tienen en cuenta en aquel autor o partícipe en quien concurra” (Jescheck, 2002, pág. 707).

No pueden los elementos cualificadores extenderse a todos los intervinientes por el simple hecho de aludir a la accesoriedad, esto afectaría directamente a la aplicación de la pena, la existencia de circunstancias modificativas de la infracción debe perjudicar o beneficiar exclusivamente a la persona que revista este carácter especial de modificación de la punibilidad. Jescheck (2002) aclara este punto indicando que:

A través de esta regulación la situación del partícipe no solo puede verse atenuada, sino que también puede agravarse, pues los elementos personales cualificadores de la pena que, ciertamente, concurren en él y no en el autor, también le perjudican; asimismo, las circunstancias personales privilegiantes concurrentes en la persona del autor y ausentes en el partícipe no le benefician. (pág. 707)

La distinción entre las diferentes formas de intervención delictual responde a una necesidad jurídica puesto que, se encuentran vinculadas directamente con la determinación e individualización de la pena, entendiéndose esta como “la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito. Comprendiendo la elección de la sanción (por ejemplo, prisión, multa, prohibición de conducir, privación del permiso de conducir) y, en su caso, la resolución acerca de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad” (Jescheck, 2002, pág. 938). La pena no es de aplicación general sin distinción, se aplica conforme:

- a) El grado de afectación al bien jurídico,
- b) La modalidad o tipo de intervención delictual; y,
- c) Existencia de factores atenuantes o agravantes de la infracción.

La medición de la pena, sin embargo, no es una cuestión de discrecionalidad judicial, aunque existan tipos penales que permitan al juez valorar factores que incidan en la medición de la pena, y conforme su criterio modificar los años de privación de libertad que debe cumplir la o los procesados, por lógica la misma responde a parámetros normativos establecidos previamente que sustentan la imposición de la sanción, por tanto el juez debe motivar su sentencia acorde a reglas jurídicas existentes ya sean estas generales o especiales, lo que se conoce como principio de legalidad de la pena.

En razón de lo descrito se entiende la trascendencia de las formas y grados de intervención delictiva, las mismas que se han reflejado en diferentes teorías que buscan su diferenciación, explicación y su utilidad práctica jurídica.

## **1.2 Teorías sobre la autoría**

### **1.2.1 Teorías Causales de la Autoría**

Teoría que estudiaba la intervención de los sujetos en un delito a partir de su

aportación causal para la producción del resultado. Postura que fue defendida y tomada, en su momento, como la idónea para poder diferenciar la participación de la autoría, sin embargo, esa diferenciación dependía de considerar, por un lado, como *equivalentes todas las condiciones del resultado* lo que implicaba negar la diferencia entre autores o partícipes pues todo aquel que haya aportado una condición para la causación del resultado ha participado en él, por lo tanto, debía ser sancionado; por otro, para evitar las dificultades prácticas que representaba “la equivalencia de condiciones”, se tenía que buscar la manera de clasificar las distintas formas de participación con su causación particularizada o individualizada, lo que resultaba una tarea inviable.

Los inconvenientes que representaba la aplicación de esta teoría condujeron a autores como Von Buri a formular la Teoría Subjetiva de la partición que, si bien introducía elementos causales para explicar la materialidad del hecho, es a raíz de la causalidad que efectúa la diferencia entre voluntad del coautor y del cómplice; según los actos que hayan aportado los intervinientes, éstos pueden reflejar su voluntad en la consumación del resultado.

### **1.2.2 Teorías Teleológicas de la Autoría**

En la Teoría Teleológica los conceptos manejados en el ámbito del Derecho resultan relevantes puesto que pretende explicar el rol que cumplen a partir de su significación o contenido; se trata, para esta teoría, de conceptualizaciones no carentes de sentido o valor, sino que representan un proceso de transformación o juicio lógico dependiente de la cultura jurídica del momento.

Es la influencia de la Teleología y su facultad de otorgar sentido y finalidad a las realidades propias del espíritu humano, la que asigna valoración a las instituciones jurídicas determinando su alcance y motivación, no se trata de una ciencia natural causal ciega, sino de una ciencia sedimentada sobre la capacidad de dotar de sentido a las diversas realidades.

Max Ernst Mayer (1953, citado en Roxin, 2000), se pronunció sobre la idoneidad de la Teoría Teleológica para la diferenciación de los conceptos de autoría y participación, considerando que las ciencias naturales aportan criterios distintos e incluso causalistas que dificultan el análisis de las formas de intervención; mientras tanto, la Teoría Teleológica al asignar a los conceptos un contenido de sentido y finalidad permite la comprensión de las diversas formas de intervención desde un estudio de las aportaciones individuales al hecho.

Eberhard Schmidt (1975, citado en Roxin, 2000) explica que el papel de la Teoría Teleológica de la Autoría consiste en establecer las consideraciones normativas que servirán de parámetro valorativo para la conformación teórica de la autoría, la participación, y su distinción; encontrándose la solución en el tipo penal al considerarlo como baremo valorativo, pero anclado a la definición de bien jurídico.

Es el tipo penal el que contiene las características de la conducta típica y antijurídica susceptible de sanción penal, por lo tanto, quien ejecute el tipo penal, consecuentemente provoque la lesión a un bien jurídicamente protegido deberá considerarse autor. Sin embargo, resulta indiferente el despliegue de acción o los aportes efectivamente prestados al hecho, basta la materialización del resultado para imputarse actor, dando lugar al “concepto extensivo de autor”.

El método busca obtener soluciones concretas, sin embargo, el concepto extensivo de autor al abarcar soluciones ilimitadas que decaen en ineficientes para la formulación de una teoría objetiva unificadora de la autoría, resulta inviable.

### **1.2.3 Teorías Ontológicas de la Autoría**

Para la conceptualización de autor estas teorías se basan en aspectos ontológicos, que no es más que la explicación del origen de un hecho recurriendo al análisis de la relación existente entre el partícipe o los partícipes que provocaron dicho suceso, esto con el fin de establecer la causa y el responsable de la causa (en el caso que nos ocupa nos

referimos a la intervención en el delito).

Para poder plasmar su teoría recurren al desarrollo de sistemas de clasificación que le permitan abarcar las múltiples relaciones que se puedan dar entre un acto y quien lo provoca; de esta forma un hecho tiene su origen acorde a la finalidad previa que persigue su autor, y que no se trata de la finalidad arbitraria que el legislador establece al describir el tipo penal.

Como diría Welzel (1939), en su obra titulada “Estudios sobre el Sistema del Derecho Penal”, ello implicaría una subsunción ciega de los hechos a la norma sin atención a la finalidad; en atención a lo descrito para él la autoría vendría a ser:

La forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de "su" hecho, que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del "hecho", pero sólo sobre su participación. El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. Por eso, la participación de éstos es sólo participación en un hecho ajeno. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor. (pág. 539)

La diferenciación entre autoría y participación, en base a la teoría ontológica, se sustentaría en concepciones jurídicas previas que se complementarían con lo descrito en el tipo penal, así la finalidad que persiguen autores y partícipes se liga directamente a su voluntad final.

Por otro lado, Hardwig intentó distinguir la autoría, la inducción y la complicidad atendiendo al contenido social que se les otorga a las diversas formas de cooperación. Ambos autores en busca de explicar un hecho y su autor acorde a su percepción de la forma de intervención delictual recurren, por un lado, a lo que debe entenderse por autor y partícipes según lo socialmente comprendido como una forma de cooperación, y por otro

atendiendo al contenido final de la voluntad.

### **1.3 Otras teorías que sustentaron la autoría**

Günther Jakobs (1997) en su obra Derecho Penal Parte General “Fundamentos y Teoría de la Imputación”, explica que las teorías más influyentes en la doctrina que intentaron delimitar el concepto de autoría y participación fueron:

#### **1.3.1 La Teoría Objetivo-Formal**

Se trata de una teoría que se remonta a Birkmeyer y posteriormente estudiada por dogmáticos como Mayer, Liszt y Beling, quienes comprendían que era autor quien ejecutaba el tipo penal de forma directa o de propia mano, parcial o totalmente, pero atendiendo al contenido del tipo en atención a la clase de delito y la descripción del autor contenida en la Parte Especial. Los inconvenientes que se presentaron dentro de esta teoría fueron:

- No se tenía presente la posibilidad de utilizar a las personas como medio o instrumento para la materialización del resultado ilícito, ya sea valiéndose de la coerción u otra forma de manipulación, lo que se conoce como autoría mediata.
- En caso de realización parcial del tipo no permite una diferenciación entre los sujetos que intervienen en la consecución del resultado de forma sustancial o accesoria generándose una extensión del concepto de autor, consecuentemente abarcaría a todo aquel que participe en el delito, así su intervención sea catalogada como no-esencial, y se procedería a su juzgamiento como autor sin consideración del grado de participación.

#### **1.3.2 Teorías Objetivo-Materiales**

Al igual que otros autores, Muñoz Conde también se encontraba en la búsqueda por explicar las diversas formas de intervención delictiva, y para poder hacerlo sus análisis

se sustentaron o partieron de una teoría objetiva-material, pues era la única capaz de proporcionar elementos diferenciadores básicos entre la autoría y participación. Muñoz Conde (2010) al tratar la autoría y participación explicaba que su diferenciación es fundamental a efectos de su aplicación práctica, describiendo a las figuras jurídicas de la siguiente manera:

La participación en sí misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. Es decir, aunque, por ejemplo, el inductor y el inducido puedan merecer la misma pena, es evidente que la responsabilidad de aquél viene condicionada por los actos realizados por éste y que no hay inducción en sí, sino la inducción al delito realizado por otro, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor. En una palabra, la participación es accesoria; la autoría, principal. Y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto. (Derecho Penal Parte General-Séptima Edición, pág. 433)

Muñoz Conde era partidario de acoger un sistema diferenciador que permita limitar a la autoría de la participación, para el autor el acoger un sistema unitario en donde se renuncia al principio de accesoriadad y considera a todos los intervinientes de un hecho delictivo con el mismo grado de responsabilidad, recae en atentatorio, mientras que un sistema diferenciador es acorde al principio de legalidad y de mínima intervención penal. Este criterio objetivo-material al que se refería Muñoz Conde es el dominio del hecho, que como ya se ha estudiado en líneas precedentes es un concepto en donde se reputa autor a quien efectivamente es capaz de controlar o dominar el curso de la acción hasta la materialización del resultado porque a decir de él "(...) por más que sea a veces difícil de precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor" (pág. 434).

En el caso que nos ocupa, para Muñoz Conde (2010) la autoría mediata se funda en el dominio de la voluntad del instrumento del que se sirve para la concreción del resultado, mientras que la participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno

(pág. 439). De allí que el autor explique que la diferenciación entre las dos formas de intervención en el delito sea que la participación es un concepto de referencia dependiente de un hecho ajeno. La responsabilidad del partícipe será siempre dependiente de la acción del autor. Las formas de participación que reconoce el autor en mención son dos: la inducción y la complicidad, temas que se tratarán en capítulos posteriores.

### **1.3.2.1 Teoría de la Necesidad**

Teoría que partía de la diferenciación de aportaciones principales y accesorias, de esa forma era considerado autor todo aquel que coadyuvaba imprescindiblemente al hecho, y sin el cual su materialización no hubiese sido posible, en palabras de Roxin (2000) “había que equiparlo al que ejecuta el hecho de propia mano (...), incluyendo en el concepto de autor al llamado cómplice principal que contribuye al hecho despejando obstáculos” (pág. 58).

Pese a que en teoría asentó las bases sobre las cuales posteriores autores corrigieran el concepto de autor y estudiaran otras formas de intervención delictiva, a esta teoría se le critica el hecho de partir de la existencia o ausencia de causalidad necesaria, como lo ejemplifica Roxin (2000):

Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal necesaria ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor, como resulta fácil demostrar. Si dos personas sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que de faltar uno el otro habría tomado la cosa por sí solo. Si eso es aplicable a ambos, nunca podría decidirse quién de ellos es autor y quien cómplice, por no mencionar que no proporciona justificación racional de por qué no pueden ser coautores ambos. (pág. 58)

La teoría en mención permite la comprensión de la coautoría y complicidad, sin embargo, nada dice al respecto de la autoría, autoría mediata e inducción; alude una causalidad entre hechos necesarios y accesorios, por lo tanto, será autor quien efectúe un

acto considerado necesario, pero sin atención al rol que efectivamente desempeña.

### **1.3.2.2 Teoría de la Simultaneidad**

Parte de la *distinción* entre la *participación* en el hecho de *forma previa o simultánea*. Si la cooperación se daba durante el desarrollo del hecho se equiparaba a la coautoría, y si la cooperación era previa se aludía a lo que hoy se conoce como complicidad.

Roxin (2000) explica que esta teoría busca distinguir la autoría y la participación partiendo de la premisa de que la ejecución resulta independiente de la voluntad, pues al hablar de los actos realizados de forma previa por el partícipe se debe comprender que su distinción con el autor radica en determinar quién es el que decide si materializar o no el delito. Siendo así, según Gallas:

Resulta comprensible entender que en los casos de coautoría no es suficiente la participación en el planeamiento o preparación del hecho, para hablar de coautoría se requiere de una decisión conjunta para la consecución del resultado, es decir, los intervinientes deben tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. (1973; citado en Roxin, 2000).

De esta manera se asientan las bases conceptuales de la autoría entendiendo que es autor o son coautores cuando decide por sí mismo o deciden conjuntamente ejecutar el hecho.

### **1.3.2.3 Causalidad Física y Causalidad Psíquica**

Distingue la autoría de la participación a raíz de la cadena causal, es decir, si la secuencia de eventos puesta en marcha que conduce al resultado es producida directamente se da el caso de autoría, pero si el resultado se genera través de la acción independiente de otro se está ante la participación.

Arnold Horn (1897; citado en Roxin, 2000), explica que esta doctrina amplía el concepto de causalidad natural en razón de la voluntad, partiendo de dos conceptos básicos la *causa naturale* y el *dominus causae*. Es autor, y por lo tanto rige la causa natural, quien aporta una condición que provoca el resultado de forma directa y no solo a través de otro; en cambio el aporte del partícipe está subordinada a la voluntad del autor, pues es el autor quien *decidirá* si valerse o no de ella (*dominus causae*), es decir, el aporte del partícipe no se dirige de forma inmediata a la lesión del bien jurídico, sino que facilita su comisión dependiendo del autor el resultado.

El partícipe no dirige la causa natural, no decide cual será el aporte dominus causae, deja al arbitrio de otro la producción del resultado. Esta doctrina cimienta las bases de la Teoría del Dominio del Hecho.

El autor Frank (1931) habla de la causalidad física estableciendo que esta se puede ver en la autoría, mientras que la psíquica en la participación, siendo el punto en común lo descrito en líneas precedentes, la existencia o no de la voluntad de otro entre la acción y el resultado (pág. 65).

#### **1.3.2.4 Teoría de la Supremacía del Autor**

Dahm y Richard Schmidt (1961) principales exponentes de esta teoría, buscan distinguir la coautoría de la complicidad considerando las circunstancias que rodean al caso en concreto, es decir si existe una relación de equivalencia, de subordinación o supremacía. De esa manera serían coautores aquellos que ejecutaban actos considerados equivalentes, es decir, actos cuyo valor e importancia son de igual jerarquía y necesarios para la consecución del resultado, encontrándose separadas las actividades de los ejecutores por una cuestión de organización; en cambio, habrá complicidad por la existencia de subordinación del acto a un interés superior que no es del ejecutor, sino de otro interviniente que será quien decidirá si se da o no el resultado.

Analizar los aportes de los intervinientes desde la teoría de la subordinación o supremacía no implica per sé un juicio subjetivo único, por el contrario, se aplica una visión jurídico-objetiva que implica estudiar, examinar, *descomponer* cada uno de los actos aportados por los intervinientes en el delito con el objeto de posteriormente contrastarlos y catalogarlos como actos subordinados o actos de supremacía.

Dahm y Richard Schmidt (1961) explicaban que este examen de objetividad únicamente es posible a través de la valoración particularizada de las circunstancias según el caso, de esta manera era posible catalogar la intervención como coautoría o complicidad, así se evidenciaba la atención y relevancia del elemento objetivo, en tanto que, el análisis subjetivo se realizaba a partir de la resolución del propio parecer del partícipe.

La crítica efectuada alrededor de esta teoría es dejar un camino extremadamente amplio para la aplicación de la discrecionalidad por parte de los juzgadores, quienes se verán empujados a complementar la teoría con su sano juicio al catalogar un acto como subordinado o supremo.

### **1.3.3 Teorías Subjetivas**

#### **1.3.3.1 Teoría del Dolo**

Buri fue uno de los exponentes dentro de esta teoría al caracterizar a la voluntad de autor como independiente, sin sujeción a una voluntad externa que haga depender la consumación del resultado, en cambio, la voluntad del partícipe se caracterizaba por encontrarse subordinada a la voluntad de un tercero. Encontrándose la diferencia en la dependencia para la consumación del resultado. El partícipe simplemente coadyuba o facilita la ejecución de un hecho ajeno, pero el resultado es dependiente de otro.

Este concepto es trasladado a la coautoría para definirla como la suma de voluntades de igual categoría y determinantes para la materialización del resultado; no se trata de voluntades subordinadas sino de voluntades organizadas en roles diferenciados para una

mayor eficacia en el desarrollo de la cadena causal, considerándose a todas ellas como una sola.

Para poder explicar con mayor acierto la subordinación existente a un hecho ajeno cuando estamos frente a un caso de participación y así poder diferenciarlo de la autoría, en atención al elemento subjetivo, es necesario recurrir al concepto de Dolo que Welzel (1987) lo define de manera sencilla y concreta, al decirnos que “Dolo implica poner en marcha una acción que se encuentra conducida por la conciencia de lo que se quiere y por la decisión al respecto de querer realizarlo. Dolo es el saber y querer la realización del tipo” (Derecho Penal Alemán Parte General 12º Edición, pág. 94).

En el supuesto de la participación tanto el inductor como el cómplice, si bien desean la materialización dolosa del hecho no tienen dominio en la decisión al respecto de su decisión, ello le corresponde al agente ejecutor. Existe dolo, pero es un dolo subordinado a un tercero.

La crítica efectuada a esta teoría reside en la falta de semejanza con el plano objetivo (exterior), llegando al absurdo de considerar como partícipe indiscutible a quien efectuando la acción principal posee una voluntad subordinada. Ello desnaturalizaría la esencia de la autoría conduciendo a la impunidad a quienes, por teoría y hechos, les correspondería asumir el título de autor por la *no existencia de otros intervinientes* en el delito.

### **1.3.3.2 Teoría del Interés**

Al igual que la Teoría del Dolo, para efectuar la diferenciación entre el autor y el partícipe, se funda en el interés que puedan tener los intervinientes en la consecución del resultado, si el interés se encuentra subordinado al interés de un tercero, si simplemente existe la voluntad de participar en un hecho ajeno se está en el campo de la participación; en cambio, si el interés es personal o propio y por ello realiza actos idóneos para obtener su fin o permite la intervención de otros para facilitar su comisión, pero subordinados a

su voluntad se está en el campo de la autoría.

Se trata de una teoría semejante a la teoría del dolo en consecuencia se le ha dado las mismas objeciones u observaciones en cuanto a su practicidad.

#### **1.3.4 Teorías Mixtas**

Existen varias posibilidades de conjunción de teorías, sin embargo, lo que se ha buscado con la conjunción de diferentes posturas es la creación de una teoría ecléctica que abarque de mejor manera aquellos aspectos jurídicos que no han sido observados y que han sido la crítica principal de las teorías existentes, es decir, el objetivo es generar una teoría lógica, racional común con la que concuerden los diferentes autores.

Si bien se trata de conjugar y plasmar como una unidad los diferentes elementos, criterios, principios que han permitido distinguir a la autoría de la participación implica, como bien lo manifiesta Roxin (2000), devenir en combinaciones arbitrarias o fortuitas que no garantizarían resultados correctos.

Lo rescatable de las teorías mixtas es que toman solamente aquello que ha resultado útil objetivamente (con alusión a lo subjetivo), descartando los planteamientos exagerados, complicados o inmanejables en la práctica jurídica.

#### **1.4 Conceptualización de la autoría**

La conceptualización de la autoría y su importancia reside en la necesidad de establecer el grado de responsabilidad en un hecho delictivo cuando intervienen varios sujetos. Surge la teoría del autor y el partícipe como parámetro de delimitación de la responsabilidad penal, para lo cual se parte del análisis del grado de intervención y aportación al resultado ilícito, resultado que tendrá la imposición de una pena previa verificación de la relevancia de los aportes al hecho, dichos aportes deberán ser encasillados en actos necesarios o indispensables para alcanzar el resultado o

simplemente en actos secundarios o actos que no inciden en la materialidad de la infracción, de esta manera se podrá especificar si estamos ante autores o partícipes, sin olvidar que de ello dependerá, en la mayoría de los casos, la imposición de la pena.

Es decir, la teoría de la participación busca diferenciar el tipo de colaboración que otorgan los partícipes en el resultado y su relevancia, abordando el análisis de los actos ejecutados por los intervinientes, así como su clasificación entre actos indispensables realizados antes y durante la desencadenación del curso causal, así como actos ejecutados con posterioridad al hecho.

La doctrina, a través del tipo penal, ha efectuado una descripción de las acciones u omisiones que serán consideradas como delito, de esta manera el detalle o especificación de las conductas objeto de pena deberán encuadrarse con lo efectivamente realizado por el sujeto procesado para poder catalogarlo como autor o partícipe.

No obstante, es necesario tener presente que existen delitos en los que cabe la fundamentación de la responsabilidad plena por la estructuración del tipo penal; esto se da cuando nos encontramos ante los delitos de infracción de deber en donde la lesión se produce por la inobservancia o incumplimiento de un deber asegurado institucionalmente y que pesa sobre determinadas personas. Esta clase de delitos se encuentran catalogados en el COIP, por lo tanto, al no ser muchos son determinadas personas las que revisten ese estatus de obligatorio cumplimiento y que son llamadas a velar por el deber impuesto, de esa forma las personas que no ostentan la calidad de observador de un deber en específico, en principio, son considerados partícipes.

Sin embargo, la realidad ha evidenciado que la mayoría de delitos se encuentran dentro de lo que se conoce como delitos de dominio en donde la responsabilidad no se encuentra vinculada a un deber singularizado y diferenciado, sino que se trata de delitos donde el sujeto activo es quien realiza por sí mismo los actos que darán marcha al curso delictivo causal.

En los delitos de dominio puede existir una sola persona que se encargue de organizar los actos indispensables para la materialidad del hecho, autores por propia mano, o pueden existir varios intervinientes que coordinan sus actos para la conseguir plasmar el delito de forma conjunta. Es en este segundo escenario donde la teoría de la participación y la autoría comienza a tener sentido, como fue mencionado en párrafos anteriores es aquí donde se analizará si los actos organizativos efectuados por los distintos intervinientes son de igual importancia (coautores) o tienen una aportación secundaria (inductores o cómplices).

Para poder explicar la autoría de la participación se aludió a la figura de la accesoriidad utilizada en el ámbito civil; esta figura consistía en analizar determinados actos que sin la existencia de un objeto principal o acto inicial no podrían subsistir o tener consecuencias jurídicas, es decir, su existencia dependía de la existencia de un hecho superior, dicho concepto fue trasladado al ámbito penal para diferenciar y conceptualizar la autoría de la participación.

Autor vendría a ser aquel que por sí mismo efectúa actos relevantes, sin existir dependencia hacia terceros, para materializar el delito; esto es, que solo de él depende la concretización del resultado. En el caso de los coautores todos ellos ejecutan actos de igual importancia y dependientes entre sí para alcanzar el fin delictual de forma conjunta.

En los cómplices su actuación dependía de la decisión de un tercero, esto quiere decir que su actuación estaba ligada a un fin superior del cual no podían disponer libremente, su aportación era accesoria a un hecho principal. Los inductores o cómplices contribuían a un objetivo ajeno, de modo que su participación podía darse como no, según la voluntad y fines de quien ostenta la calidad de señor o dueño del hecho.

La determinación de responsabilidad se vincula con los actos ejecutados dentro de un ámbito de organización, de esa manera la diferenciación entre autoría y participación radicaría en los siguientes supuestos:

- a) Existencia de una sola persona que organiza el delito, consecuentemente la única de la que depende desencadenar el curso causal.
- b) Existencia de varias personas que coordinan conjuntamente el delito y organizan su consecución mediante actos organizativos de igual jerarquía (coautores).
- c) Existencia de una o varias personas que colaboran a plasmar el delito, pero su participación en el ámbito de organización es dependiente de un sujeto que decide si contar o no con su intervención, es decir, fácilmente removibles. Sin ellos puede perseguirse el fin.

#### **1.4.1 Concepto Unitario de Autor**

Este concepto considera irrelevante el principio de la accesoriedad; se reputa autor todo aquel que ha formado parte de un hecho delictivo, sin atención a la aportación o rol desempeñado en la consecución del resultado.

Se trata de un concepto que tiende a penalizar, incluso, los actos preparatorios aislados que no revisten la calidad de necesarios para lograr el delito. Figura que, a decir de Jakobs (1997), transforma los actos preparatorios en tentativas llegando cuantitativamente demasiado lejos (p. 720).

#### **1.4.2 Concepto Extensivo de Autor**

Esta conceptualización parte de la misma premisa del concepto unitario de autor, indicando que todo aquel que aporte en la causación del resultado se constituye potencialmente en autor, pero atendiendo aquellos preceptos específicos de ciertos delitos que revisten cualidades particulares para hablar de autoría.

La peculiaridad de este concepto reside en la valoración jurídica que se da a las conductas a través del tipo penal puesto que el mismo esboza las características del delito y su autor, por lo tanto, la distinción entre autores, inductores y cómplices sería por lo

más innecesaria pues aquel que aporte al hecho, en principio, se reputa autor.

La razón de ser del tipo penal es abarcar y limitar las distintas formas de cooperación en el hecho buscando marcar cualitativamente los actos que han considerarse primarios o necesarios para la exteriorización del delito, de los actos secundarios (previos, posteriores o en el momento del desarrollo causal) que no se categorizan como indispensables.

En la práctica esta definición presentaría inconvenientes, incluso, con los conceptos utilizados en el tratamiento del intraneus y extraneus, Roxin (2000) lo explica a través de un ejemplo en donde nos dice que el extraneus que determina con engaño a un funcionario a comer no dolosamente un delito especial es autor del delito de funcionario a la luz del concepto (pág. 343).

### **1.4.3 Concepto Restrictivo de Autor**

Limita la autoría a la realización de la acción típica, se reputa autor quien ejecuta el tipo penal. Teoría que se apoya en la descripción del tipo penal sosteniendo que el legislador por medio del mismo describe al autor a través de los verbos rectores y con fundamento en ellos se limitaría la participación.

Autor es quien se vincula directamente con el verbo ejecutar, el inductor quedaría reducido al verbo inducir y la complicidad al verbo auxiliar (Roxin, 2000, pág. 173). Estas formas de conducta facilitan analizar las acciones, Perten, por su parte, aporta una variante propia de la distinción originaria entre causalidad directa e indirecta. Para él, a la autoría pertenecen en principio todas aquellas “acciones que en general son adecuadas para producir el resultado sin que tenga que añadirse una posterior acción dolosa ajena” (1918; citado en Roxin, 2000).

## CAPÍTULO 2

### **2. La Autoría Mediata**

#### **2.1 Conceptualización**

Se considera como principal exponente de la Teoría del Dominio del Hecho a Claus Roxin, teoría que parte del concepto “dominio del hecho” y que consiste en el análisis del rol y el dominio que ejerce el sujeto que no realiza de propia mano la acción, pero se vale de terceros para la consecución de un resultado.

Roxin menciona en sus obras que el primer autor en acuñar la expresión “dominio del hecho” es Hegler, partiendo de allí, lo que se efectúa posteriormente es una depuración del concepto para su ajuste a la sistemática del Derecho Penal con los problemas prácticos que presentaba al momento de aplicarlo en casos concretos donde se tendía a la confusión con la figura de la inducción.

El dominio del hecho busca explicar y diferenciar las formas de intervención delictual, concretamente busca establecer parámetros básicos que permitan delimitar de forma objetiva cuando se está frente a un autor, un coautor, un partícipe o un inductor; para ello se utilizan diferentes conceptos normativos que sustenten teórica y metodológicamente las formas de participación que se encuentran establecidas en la ley.

Así, Claus Roxin (2000), en búsqueda de eliminar la indefinición teórica de las formas de intervención delictiva menciona la importancia y la función de los métodos captadores de sentido, y manifiesta:

La función autónoma del método captador de sentido es proporcionar a las figuras jurídicas un centro inamovible, ofrecer a la conformación conceptual claros puntos de apoyo e impedir un entrecruzamiento indiscernible de los contenidos conceptuales, algo que acaba por aparecer forzosamente en una valoración que no se puede llevar a cabo nunca unitariamente, no vinculada a estructuras previas y por eso más o menos arbitraria. (pág. 44)

Lo expuesto implica que los conceptos jurídicos de autoría, complicidad, inducción, entre otros, no deben tomarse como centros teóricos inalterables, puesto que la realidad social es cambiante y el Derecho Penal debe adecuarse o acaparar nuevas formas delictuales, ello no implica un cambio total en su esencia, implica una adecuación a la realidad imperante, pero manteniendo su base ontológica.

Si bien, sobre el legislador se encuentra la potestad de determinar ese baremo de calificación para diferenciar las formas de participación delictiva, el mismo no puede basarse en criterios valorativos de índole netamente social, ello desembocaría en una teoría carente de contenido científico elevándolo a un Derecho Penal ausente de objetividad y practicismo.

Siendo la autoría y la participación las formas de participación genérica en un delito lo que se busca, como expresó en su momento Roxin, es disponer de conceptos jurídicos que sean útiles para su aplicación conforme a la realidad social en vinculación con la realidad criminológica, es decir, dichas concepciones jurídicas deben responder a un análisis legislativo, judicial y científico que formen una unidad completa de sentido y permitan diferenciar a partícipes de autores en su acepción general.

Un concepto de autoría carente de elementos estructurales y sin una base ontológica depurada no permite una delimitación clara, en otras palabras, no orientan de tal forma que se visualice su diferenciación con otras formas de participación, cayendo en la indeterminación.

En la búsqueda por encontrar un método que permita esclarecer cuando se está frente a un caso de autoría y frente a un caso de participación, varias son las teorías que se han presentado para su diferenciación, entre ellas la Teoría del Dominio del Hecho, la cual no solo identifica al autor directo de una acción, sino que busca justificar la responsabilidad de un *autor no ejecutor*. En dicha teoría lo que se busca es definir el ámbito de responsabilidad de quien no ejecuta un hecho de propia mano, pero si despliega su voluntad a través de otro sujeto que materializará el resultado deseado por el no

ejecutor.

En estos casos quien ejecuta el acto no se encuentra en la posibilidad de dirigir el curso causal de manera libre, puesto que se encuentra en una situación donde la manifestación de su voluntad está mermada, limitada o bloqueada (casos de autoría mediata); es el tercero no ejecutor quien se encuentra en la facultad de dirigir el curso de la acción, es decir, el ejecutor se convierte en un medio (instrumento) para la consecución de un fin ajeno. Consecuentemente la teoría del dominio del hecho utilizado por Roxin, se constituye en una teoría objetivo-material.

Muñoz Conde al ser partidario del criterio del dominio del hecho indica que solo aquel criterio permite la estructuración de un concepto normativo técnico diferenciador de las formas de participación, pero también aclara que el dominio del hecho muchas veces debe ser completado por otros criterios para establecer cuando estamos ante un autor y sus diversas formas de manifestación; así nos llama a tener presente lo siguiente:

En algunas formas de delito (imprudente, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene, sin embargo, que ser completado por otros criterios específicos, como la infracción del deber extrapenal, la posición de garante, etc. En estos supuestos, autor (en sentido estricto) es quien, además de dominar el hecho materialmente, tiene un deber específico de impedir el resultado típico. Por tanto, la infracción del deber (de diligencia, de la posición de garante) no es por sí suficiente para fundamentar la autoría: así, en los delitos imprudentes se requiere el dominio del hecho como dominio objetivo de la acción imprudente que, de acuerdo con los criterios de la causalidad y la imputación objetiva, determina la producción del resultado; no basta, pues, el simple favorecimiento o inducción a esa acción imprudente para fundamentar la autoría por el resultado. (pág. 434)

En vinculación con lo expuesto, se considerará autor a quien es señor del hecho, conforme manifiesta Roxin (2000), en su concreta manifestación exterior y de voluntad, a quien realmente se encuentra en la facultad de decidir continuar o detener el curso causal

desplegado (pág. 81), lo que posteriormente se conoció como la supremacía del hombre de detrás.

El dominio del hecho busca establecer la diferencia y las características de un autor que no ejecuta por sí mismo el acto, sino que se vale de un tercero para la concreción del mismo; un tercero es quien desencadena el curso causal, ejecuta el hecho, pero quien se encuentra detrás de éste es el que, pese a no ejecutar el tipo penal de propia mano, controla el curso causal per sé.

Autor así, es aquel que tiene la voluntad de materializar un resultado lesivo y la capacidad de dominar o controlar las etapas de ese hecho en complementación con otros criterios normativos que permiten determinar ante que delito se está y si el mismo exige o no características especiales en el autor, por lo tanto, en la autoría mediata la voluntad se extiende hasta la ejecución pese a que sea otro individuo el ejecutor. El autor mediato, también conocido como el hombre de detrás, materializa el hecho a través de la utilización de individuos catalogados como instrumentos.

La autoría mediata se presenta, comúnmente, a través de:

- 1) Menores de edad (niños o adolescentes)
- 2) Coacción
- 3) Error
- 4) Estructuras Organizadas de Poder

La autoría mediata tiene su origen dogmático en la Teoría del Dominio del Hecho, base de la autoría mediata formulada por Roxin. Teoría que fue analizada por varios juristas hasta su depuración teórica actual; autores entre los cuales tenemos a Welzel, Lobe, Horn, Bruns.

Sin embargo, es Welzel a quien en determinado momento se le atribuyó el otorgamiento de eficacia a la Teoría del Dominio del Hecho, puesto que partió del mismo para enlazarlo con su teoría de la acción final, convirtiéndose en el punto de partida

metodológico. Así tenemos que es autor, en palabras de Welzel, quien consciente del fin y sus resultados desencadena el curso causal dominándolo, pero para alcanzar el resultado utiliza a otro sujeto.

La Teoría del Dominio del hecho resultó confusa en principio al no poderse concebir conforme la teoría objetivo formal a un autor no ejecutor, por ello se buscó la manera de encuadrar esta forma de intervención a través de otros conceptos, como el concepto extensivo de autor, el concepto de la accesoriedad, entre otros.

La Teoría del Dominio del Hecho genera un cambio de visión y una nueva acuñación en las formas de autoría, permitiendo considerar como autor o autores a quienes utilizan como instrumentos a sujetos que se encuentran revestidos de ciertas calidades que les impide responder jurídicamente por un delito, es decir, que no poseen capacidad de culpabilidad, también se considera autor a quien a vale de otro ser que se encuentra en un estado de error, etc.

El abanico de la autoría se expande con la implementación de la autoría mediata, en donde existe un cambio estructural relacionado con la acción y su dominio típico, en la teoría en mención surge un cambio y *se sustenta en la responsabilidad de quien no realiza la acción ejecutiva por sí mismo, pero es su voluntad rectora la le permite tener el dominio del curso causal*, por ende, al ejecutor.

El Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, por su parte, también ha adoptado la inserción en el Código Orgánico Integral Penal esta clase de autoría, así el artículo 42 nos dice que es autor mediato “(...) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión” (pág. 23).

Si bien en una primera aproximación existe una confusión conceptual entre autor mediato e inductor, se debe hacer hincapié en que este tipo de autoría es la respuesta del Derecho Penal a la realidad criminal, por lo tanto, conforme lo expuesto en párrafos

anteriores la autoría mediata permite catalogar como autor a quien no necesariamente ejecuta los elementos objetivos del tipo, siendo suficiente la demostración de que el ejecutor es utilizado como instrumento para la consecución material de los fines de un tercero que domina las fases de ejecución.

Si el sujeto que se encuentra detrás del ejecutor posee la capacidad de controlar su voluntad o tener dominio del curso de la acción en sus distintas etapas será responsabilizado en calidad de autor, siendo éste quien realmente lleva a cabo el delito por medio de otro.

Se debe tener presente que no se trata de una mera adecuación de los hechos a la conceptualización de la autoría mediata, para poder tener acogida dogmática debe cumplir con las características que requiere todo tipo penal en relación a su autor, es decir, conforme el principio de legalidad el no ejecutor debe cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos contenidos en la norma, con la diferenciación de que el elemento objetivo será cumplido por intermediación de otro.

Debido a la necesidad de comprobar la calidad de instrumento del otro sujeto interviniente, organizaciones como la Corte Penal Internacional se han pronunciado estableciendo que esta clase de autoría suele estar presente en mayor proporción en delitos donde están inmersos funcionarios públicos, personal militar, entre otras categorías relacionadas a una jerarquía de autoridad, pero ello resultaría en una restricción innecesaria, puesto que si se cumple con los presupuestos conceptuales daría lugar a la autoría mediata.

Siendo el dominio de la voluntad, que se manifiesta mediante la posibilidad de dirigir el curso causal de la acción, lo preponderante dentro de la teoría; ésta a su vez tiene una clasificación, clasificación esbozada por Roxin (2000) de la siguiente manera:

## 2.2 Clases de autoría mediata

### 2.2.1 El dominio de la voluntad en virtud de la coacción

#### 2.2.1.1 Estado de necesidad coactivo

La coacción en este supuesto consiste en el poder que detenta una persona sobre otra por medio de la utilización de la fuerza, violencia o amenaza, de esa manera logra que sea otro quien ejecute la acción en sí misma, mientras que el resultado es en beneficio de quien coacciona. Roxin (2000) lo detalla así:

Y es que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho. (pág.167)

Los retractores de la explicación otorgada por Roxin sostienen que se trata de una coautoría, sin embargo, no cumple con los elementos configuradores de la coautoría; la voluntad en este caso se encuentra superpuesta sobre la voluntad del ejecutor precisamente por la coacción ejercida del sujeto de detrás.

Al hablar de la existencia del dominio de la voluntad del coaccionado debemos partir de que se trata de un dominio de la voluntad completo por parte del coaccionante, no debe confundirse con un influjo superfluo o una mera incitación a la resolución del hecho, ello resquebrajaría el rol del hombre de detrás y llevaría a la confusión con otras formas de intervención delictiva, verbigracia, la inducción o la complicidad.

Sin embargo, en la inducción el dominio de la voluntad no se presenta, se trata sencillamente de la influencia que ejerce una persona sobre otra *para la resolución de efectuar el delito*, pero quien *influencia no puede garantizar la realización del hecho porque su rol consiste en coadyuvar a la determinación de la decisión previamente tomada por el ejecutor*.

En otras palabras, nos encontramos ante una voluntad preconfigurada por el ejecutor, y el inductor se encuentra fuera de la posibilidad de dominar o controlar el desencadenamiento causal y al ejecutor en su integridad. Roxin (2000) al respecto, nos dice:

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. (pág. 168)

De lo citado por el autor en mención se desprende que no debe confundirse la influencia que puede ejercer un sujeto en la determinación de una decisión con la facultad de controlar la voluntad, por ende, dominar la materialización del resultado y sus fases.

La pregunta que se responderá en lo posterior y la que motivó la redacción de esta tesis es ¿Cuáles son los elementos que permiten diferenciar el dominio de la voluntad del influjo o inducción a la determinación de una decisión?

### **2.2.1.2 Estado de necesidad simple**

A diferencia del Estado de Necesidad Coactivo donde a través de la intimidación, amenaza o fuerza se utiliza a otro sujeto para lograr un resultado; en el Estado de necesidad Simple el autor mediato *crea un escenario* donde las circunstancias empujarán al ejecutor al desencadenamiento de varios actos dirigidos a la producción de un hecho.

En este caso el autor mediato *dirige dolosamente al ejecutor* a una situación donde los *hechos* se encuentran *previamente manipulados*, bastando solamente la intervención del instrumento para el desencadenamiento del curso causal. En este caso también debe subsumirse el aprovechamiento del autor mediato de situaciones pre-existentes que favorecen la consecución de sus intereses, es decir, el autor mediato conociendo el

resultado lesivo que puede originarse si utiliza dolosamente las condiciones previas, decide utilizar a un tercero y ubicarlo en dicha situación, sabiendo que éste no tendrá más opción que ejecutar el acto o lo ejecutará sin conocimiento de que su actuar generará un resultado típico.

### **2.2.1.3 Estado de necesidad supralegal exculpante**

Situación dolosa creada previamente con el objetivo de que otro intervenga concretando un resultado antijurídico, en este caso el ejecutor se encuentra dentro de alguna de las causas de justificación, por lo tanto, lo que pretende el autor mediato es aprovechar la situación para la impunidad. Ejemplo: Legítima defensa, Estado de Necesidad, Cumplimiento de un Deber, Ejercicio de un Derecho.

### **2.2.2 El dominio de la voluntad en virtud del error**

En esta clase de autoría mediata “el sujeto de detrás” hace uso del conocimiento que posee sobre una situación concreta que él mismo generó, pero que el instrumento ignora, sin embargo, permite la consecución de los fines que persigue. En dicha situación al instrumento no se le puede imputar un resultado puesto que su accionar no fue dirigido desde un fin y no es consciente del curso causal al que se dio lugar en virtud del error, por el contrario, el instrumento actúa, pero sin conocimiento de las circunstancias que desembocaron en la materialidad del delito, es decir, actúa sin dolo y su accionar se sustenta en el error respecto de una situación premeditada, elaborada por un tercero.

Ejemplo: A posee la determinación de asesinar a B, en virtud de aquello modifica las tuberías de gas y las conecta a la cocina para que al momento de girar la perilla de encendido este provoque un cortocircuito y explote la habitación paralela donde se encuentra B. Como A no quiere ser quien gire la perilla de encendido le pide a su amigo C que gire la misma, C no tenía conocimiento de las modificaciones que efectuó A, pero fue quien desencadenó el curso causal.

De lo analizado se puede inferir claves que permiten ahondar la autoría mediata en virtud del error, el primer aspecto a tener presente es que, ***quien actúa en virtud del error no puede dominar el hecho.***

Resulta lógico deducir que quien no tiene conocimiento de las circunstancias generadas por un tercero de forma dolosa, no puede dominar el curso del hecho en comparación al ejecutor de propia mano; quien es utilizado como instrumento se convierte en ***un nudo más dentro de la cadena causal***, formando parte de ella en razón del desconocimiento.

La discusión en esta clasificación reside en que parte de la doctrina analiza el tipo de figura jurídica que se da en los casos donde el instrumento, en un momento dado, decide no obrar conforme lo planeado por el autor mediato, cambiando así el orden de los sucesos y viéndose alterando el objetivo. Sin embargo, alegar el desconocimiento y el actuar en razón del error no implica per se autoría mediata; Roxin decía que “el conocimiento superior que caracteriza al sujeto de detrás no puede por sí solo fundamental dominio del hecho. Pero si posibilita una dirección del hecho cuya esencia se encuentra en la “finalidad” del actuar humano” (Roxin, 2000, pág. 196).

Es decir, para poder alegar autoría mediata en virtud del error ***no resulta suficiente*** que el autor se haya aprovechado de una situación que facilite sus fines o que haya generado dicha situación; la conducción al instrumento a ser parte del desencadenamiento causal es una conducta netamente dolosa y, por lo tanto, el elemento subjetivo cobra relevancia en el estudio de la figura.

Demostrar que ***la incorporación de un tercero es parte de un plan con antelación generado***, es esencial. De esta manera el control del acontecer resulta sencillo o se facilita para el autor mediato por el conocimiento superior, mismo que le posibilita la dirección y organización de cada uno de los pasos a dar para alcanzar el fin, siendo el instrumento una pieza más dentro de su plan de acción, esto es que el tercero que yerra es incorporado por la decisión del sujeto de detrás.

En cambio, en la inducción, el inductor coadyuva a la reafirmación de una decisión ya tomada y desconoce cuáles serán los actos que desencadenará el inducido, en otras palabras, el inducido posee un plan de acción que pretende ejecutar, pero el desarrollo, consecución o detención de la acción depende netamente de él, más no del inductor.

En la autoría mediata el plan de acción recae sobre el sujeto de detrás y sabe cómo ponerlo en marcha, no tiene un rol de reafirmación en el plan de un tercero, sino que busca conscientemente la integración de un tercero (instrumento) en una situación que conoce y sabe cómo manejarla conforme su voluntad, valiéndose del error.

*No se trata de dominar al ejecutor* (instrumento) para dominar el hecho o dirigir el curso causal; *se trata de dominar el hecho*, de la posibilidad de dirigir el curso causal conforme un fin para tener dominio sobre la voluntad del sujeto que actúa sin conocer que su proceder generará el resultado deseado por quien lo incorporó dentro de la cadena causal.

Otro aspecto a tener presente en la autoría mediata en virtud del error es la diferencia existente entre la intervención esencial o no del sujeto que es utilizado como instrumento; no se trata de una mera intervención casual o una intervención realizada por el instrumento con el objeto de auxilio, su actuación resulta relevante porque el autor mediato es quien conduce (dolosamente y por libre decisión ) al instrumento a ser parte de su objetivo, más no es el instrumento quien se integra al ámbito de la acción por situaciones externas o donde su aporte implica simplemente una afectación insustancial a las modalidades de comisión del hecho.

### **2.2.3 El dominio de la voluntad utilizando inimputables y menores**

Roxin (2000), en su libro *Autoría y Dominio del Hecho*, explica que el abordaje inicial en esta clasificación de autoría mediata debe partir de la diferenciación entre:

- Plena inimputabilidad y la inimputabilidad disminuida
- La ejecución por parte de niños y adolescentes

- El autodaño y daño

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 34, determina que para proceder al juicio de reproche de culpabilidad y a la imposición de una pena se debe tener presente que “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (pág. 21).

De ello se infiere que la imputabilidad es una figura jurídica que define la capacidad de una persona para comprender las consecuencias de sus actos al ser realizadas de forma voluntaria y circunscribirse a un hecho ilícito.

La norma penal está dirigida a personas con capacidad de culpabilidad, con la capacidad de motivarse conforme la norma y adecuar su conducta a los mandatos legales y éticos, todo ello como resultado de vivir en una sociedad regida por el Derecho y que encuentra en el Derecho Penal su aliado para conseguir el fin máximo de toda sociedad que es la seguridad y paz social.

Aquello se consigue a través de normas prohibitivas o mandatorias que aseguran la consecución de ese fin, siempre que su intervención sea necesaria, puesto que estamos ante un Derecho Penal de última ratio por ostentar el poder punitivo capaz de coartar el Derecho de todo ciudadano ante el cometimiento de una acción delictual.

Las personas a quienes se dirige la función preventiva de los tipos penales son personas que tienen la capacidad de comprender las consecuencias de sus acciones u omisiones, es decir, a aquellos que mantienen el dominio pleno de sus facultades psíquicas. Al verse perturbado o alterado el aspecto psíquico (las personas que se encuentren en dicho estado) rompen con la cadena secuencial de los elementos del delito y consecuentemente deviene en la ruptura de su estructura lógica dando lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad o la aplicación de medidas de seguridad.

De acuerdo a Patitó (2000), citado por Florybeth Hernández Arguedas (2015):

Todo trastorno o alteración psíquica que perturben profundamente la inteligencia y/o la voluntad puede ser causa de inimputabilidad, por lo que, es inimputable aquel sujeto que no es responsable penalmente de un delito cometido, ya que no comprende las consecuencias que esto puede ocasionar. (pág. 4)

Sin embargo, no se puede sostener como causa de inculpabilidad a toda alteración psíquica ya que la realidad médica ha demostrado que dependiendo del grado de alteración se puede dar una mayor, disminuida o nula comprensión del entorno.

En otras palabras, se puede hablar de una perturbación psíquica leve, media o grave, también conocido como trastornos psíquicos, desarrollo mental insuficiente, o grave perturbación de la conciencia; los jueces, con ayuda de los peritos, deberán efectuar un correcto reproche de culpabilidad para determinar la aplicación de una pena o medida de seguridad en base al nivel de perturbación o comprensión, pues no todo desarrollo mental insuficiente excluye la pena privativa de libertad.

En razón de lo expuesto, en la autoría mediata el sujeto de detrás hace uso del *conocimiento sobre las condiciones psíquicas del instrumento* para la comisión del ilícito, esto le faculta tener mayor dominio sobre la dirección del curso causal y sobre el ejecutor, situación que se diferencia con la autoría mediata en virtud del error donde el autor mediato posee un control mayor de la dirección del curso causal, más no control sobre el instrumento.

El instrumento que se encuentra, psíquicamente, en un estado donde no pueda percibir de forma consciente las consecuencias de su conducta o no pueda tomar una decisión realizando una valoración de lo bueno o malo de su proceder resulta de fácil manipulación o control por parte del sujeto de detrás por su incapacidad de oponerse a la imposición de una voluntad contraria a la suya, por lo tanto, se encuentra bajo el dominio de una voluntad ajena, minimizando su intervención a la de mero ejecutor.

Roxin (2000) nos dice que al hablar sobre la incidencia del defecto en el ámbito intelectual “ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre (...) a la desvaloración social de su conducta”. (pag.261)

### **2.2.3.1 Plena inimputabilidad o inimputabilidad disminuida**

Un punto a tener en cuenta es el hecho donde la inimputable obra, pero con una inimputabilidad mermada, es decir, tiene la posibilidad de comprender (en cierta medida, y no en su totalidad) las consecuencias de su proceder, como manifiesta Roxin (2000):

Cuando ocurre que el ejecutor no es plenamente imputable porque su capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho ha sufrido una merma, el sujeto de detrás posee el dominio del hecho *siempre que conozca con claridad el injusto material del hecho*, puesto que sólo ha de atenderse a la capacidad del autor directo de comprender lo no permitido de su acción cuando éste no lo ha comprendido in concreto. (pág. 264)

En la *plena inimputabilidad* el sujeto de detrás es autor mediato por la *mayor posibilidad de control del curso causal y del ejecutor*, aquí el instrumento no posee la capacidad de comprender el alcance de su conducta, ni posee la capacidad de dirigir su conducta con respecto a su comprensión, su comprensión y voluntad es de fácil manejo para los intereses ilícitos ajeno.

Por el contrario, en *la inimputabilidad disminuida* se podría estar ante la figura de la participación o la inducción dependiendo de la determinación del nivel de comprensión y posibilidad de dirigir libremente su voluntad. Si existe un grado en el cual pueda dirigirse libremente y la misma sea comprobada de manera objetiva, la autoría mediata perdería su característica principal.

### 2.2.3.2 La ejecución por parte de niños o adolescentes

Tanto la doctrina como la ley penal de cada país toma en consideración los delitos donde intervienen menores de edad, esto se debe a la distinción que hace la ley respecto a su capacidad de culpabilidad en la comprensión de las consecuencias de su conducta y su capacidad de dirigir su voluntad hacia un fin ilícito. Sin embargo, la distinción que se hace entre un hecho donde interviene un niño o un adolescente se atiende según la capacidad de desarrollo moral e intelectual.

En primer lugar, los niños al encontrarse en una etapa de desarrollo físico y psíquico se encuentran en una etapa de aprendizaje sobre la forma de desenvolverse en sociedad y conforme el esquema de organización, costumbres o valores de esa sociedad distinguirá entre un proceder lícito o no, adecuando su conducta a la norma. Encontrándose en dicha etapa no cuentan con un nivel de madurez psicológica y social que les permita una comprensión total de su conducta, convirtiéndose así en sujetos con trato diferenciado.

De esa condición se aprovecha el autor mediato dirigiendo al inimputable a la ejecución puesto que tiene conocimiento de que su actuación no será imputable penalmente.

En Ecuador dos cuerpos normativos en concreto hacen alusión a la capacidad de culpabilidad de los niños y adolescentes, por una parte, el Código Orgánico Integral Penal (2014) nos dice:

Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años. - Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (pág. 22)

Es decir, se posee una norma en concreto para tratar el proceso, medidas sancionatorias o de pena de prisión correccional (si son aplicables) cuando se está tratando con menores, esto por el hecho de encontrarse, conforme mandato constitucional, con un

grupo de atención prioritaria y que requiere un tratamiento especial.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2021), en el Art. 307 hace referencia a la inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas., estableciendo que:

**Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. (pág. 76)**

De la cita se infiere que todo niño inmerso en un delito no podrá ser sentenciado a consecuencia de la inimputabilidad. Es de esta calidad de la cual se vale el autor mediato para utilizarlo como ejecutor de un delito; el autor mediato comprende que el menor al carecer de capacidad de culpabilidad su impunidad se encontraría, por el momento, asegurada.

Los niños no pueden comprender la ilicitud de su actuar, ni adecuar su conducta con arreglo a dicha comprensión; el dominio de la voluntad aquí se da por la supradeterminación de sentido del sujeto de detrás, es este quien puede dirigir el curso causal de tal manera que su materialización se asegure; la intervención del menor se encuentra dentro de su esfera de dominio, de tal manera que su facultad de dirección del hecho es mayor o completa. Estos casos se presentan por la incomprensión del desvalor de acción contenido en el tipo por parte de los niños.

Otra es la situación cuando en la ejecución intervienen los adolescentes, puesto que para la determinación de una pena o medida correctiva se atenderá según la particularidad de cada caso el desarrollo intelectual y moral del adolescente, según ello se podrá establecer si existe comprensión del desvalor de su conducta y por consiguiente se encuentra en la posibilidad de adecuar su conducta conforme a esa comprensión.

Cuando los adolescentes enmarcan su conducta en un tipo penal se aplican medidas socio-educativas, en el caso ecuatoriano se está a lo dispuesto por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2021) que en su artículo 309 se establece las peculiaridades de las cuales se encuentra revestido el proceso penal con adolescentes infractores. Dentro de este proceso especial se busca establecer:

- 1) Grado de participación del adolescente.
- 2) Circunstancias del hecho
- 3) Personalidad del Adolescente
- 4) Entorno familiar y social
- 5) Grado de desarrollo intelectual

Esos parámetros valorativos son los que permitirán al Juez precisar el grado de desarrollo intelectual y social del adolescente, y así se podrá continuar con un proceso sancionatorio penal apegado a los derechos y garantías de este grupo de atención prioritaria. Lo que busca la norma penal, con apego a la normativa constitucional, es rehabilitar al adolescente que aún no ha culminado su proceso de desarrollo o madurez.

El autor mediato no domina al ejecutor en sí mismo (adolescente), lo que existe es un dominio superior del hecho por parte del sujeto de detrás, y este dominio se da en virtud de la falta de maduración moral y psicológica del instrumento. El adolescente en razón de las condiciones en las que se encuentra, no está en la posibilidad de oponer su voluntad, el autor mediato es quien con conocimiento del desvalor de su accionar y la posibilidad de dirigir el suceso, busca implicar a un tercero en el curso causal para evadir la responsabilidad penal.

Dependiendo el caso, los adolescentes pueden no tener consciencia de la antijuridicidad del hecho facilitando el dominio del suceso al autor mediato, o a su vez poseer la comprensión del injusto, pero no poder acoplar su conducta conforme esa comprensión; Roxin (2000), al referirse a los casos donde el ejecutor es un adolescente,

nos dice:

Bien es cierto que éste no posee un mayor entendimiento del sentido; pero dado que el agente no puede resistir el impulso proveniente del sujeto de detrás, tiene que ser necesariamente no libre en la formación de su voluntad; entonces sólo existe realmente un supuesto (comparable a los de estado de necesidad) de dominio rector de la voluntad. (pág. 266)

De lo enunciado, la *falta de formación* en la voluntad del adolescente deviene en una voluntad no libre y manejable por parte de un tercero, concretamente, el sujeto de detrás. Sin embargo, no todo adolescente puede ser considerado instrumento, de ahí la constante referencia al grado de desarrollo psicosocial del adolescente. En dichas situaciones se deberá analizar el grado o posibilidad de dirigir el curso causal por parte del autor mediato y la participación del adolescente, pudiendo manifestarse su responsabilidad conforme es consciente de la ilicitud de su conducta.

#### **2.2.4 El dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder**

Se trata de una forma de manifestación de la autoría mediata que permitió el enjuiciamiento de quienes cometieron crímenes a través del poder que ejercían sobre una organización o institución estatal; ese poder consistía en delegar acciones u otorgar tareas a miembros jerárquicamente inferiores para el cometimiento del ilícito. Ejemplo de ello, la Segunda Guerra Mundial y el genocidio de los judíos en manos de la Alemania Nazi.

El Sujeto que dirige la estructura organizada ocupa un lugar jerárquico relevante a tal punto que puede disponer de la organización para alcanzar sus objetivos delictivos, pero la estructura en sí goza de autonomía y organización propia independiente de los miembros que la conforman. Se trata de una estructura consolidada, cuyo funcionamiento se sirve de sujetos que deben desempeñar una función en concreto según la división organizacional y la necesidad de la estructura. Los sujetos miembros son conscientes que al pertenecer a la estructura los planes u objetivos que se ejecuten por medio de la

organización deben ser cumplidos para preservar su subsistencia, es decir, el cumplimiento de los fines perseguidos a través de la organización evidenciaría la razón misma de su creación o existencia.

Los protagonistas en esta especie de autoría son los dirigentes de la organización, al ser ellos quienes, pese a encontrarse ausentes en el hecho planean la comisión, instruyen, subrogan o dividen tareas para el cometimiento del delito, reservándose el rol de supervisar el cumplimiento del ilícito. Los autores materiales o subordinados son plenamente responsables por la voluntad no coaccionada o viciada, y por ser partícipe de una estructura y hecho doloso.

Contando la estructura con autonomía y cierta personería sus miembros deberán acatar lo dispuesto por quien jerárquicamente la dirige, puesto que por conocimiento previo y libre albedrío eran conscientes a lo que debían atenerse al formar parte de ella. Siendo así, su dirigente no necesita recurrir a la coacción o al error para alcanzar objetivos, puesto que son los propios integrantes quienes entienden su rol dentro de la estructura y cualquiera sea la orden en beneficio de la organización debe ser cumplida.

No se trata de una organización que depende del arbitrio en las decisiones por parte de quien la dirige o que sus miembros cumplen dichas decisiones con el objeto de dar cumplimiento al beneficio particular de su dirigente; se trata del cumplimiento de una orden conforme el mecanismo de funcionamiento de la organización, por lo tanto, en beneficio directo de la estructura e indirectamente en beneficio de cada uno de sus integrantes.

Las estructuras organizadas de poder tienen su fundamento en la jerarquía estricta de su organización interna, cuestión que le da certeza a quien la dirige de que sus órdenes serán acatadas, por ello, no se puede catalogar como estructura de poder a cualquier agrupación que únicamente se vincula con el fin de obtener mayores beneficios personales a través de un trabajo mancomunado.

La estructura debe gozar de un automatismo que le permita desenvolverse por sí misma a través de sus integrantes de esa manera el dirigente, pese a no tener una relación directa con el ejecutor, tiene la seguridad de que sus órdenes tendrán cumplimiento.

Por ello, Roxin trata de explicar que el dominio de la voluntad dentro de organizaciones delictivas “(...) no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa” (pág. 272).

Respecto al sujeto que dirige la organización se sostiene que su intervención es relevante en el desarrollo del curso causal, puesto que la estructura organizada se encuentra a disposición del mismo y las decisiones que se tomen para preservar la organización debe ser acatada por quienes la conforman, esto en razón de la comprensión que tienen de ser parte de dicha estructura; es quien lidera la misma quien determinará las acciones a realizarse y otorgará la razón de ser de la organización, es decir, quienes la conforman comprenden el rol que desempeñan en la institución y acatar órdenes es parte del mecanismo de funcionamiento de la organización.

Al formar parte de una estructura como la descrita, es aceptar que se forma parte de una especie de empresa en donde existe una división del trabajo y que ante una orden superior se debe acatar la misma para cumplir con los fines propuestos que permitirán la subsistencia de la organización. En caso de abstención en el cumplimiento de la orden, cualquier miembro es llamado a suplir y cumplir con la ejecución; los planes de la unidad delictiva no se ven obstaculizados por la negativa de uno de sus miembros puesto que ante esa situación el ejecutor es fácilmente sustituido por otro, no siendo relevante su intervención. De esa manera, el dominio de la voluntad en la organización se observa en la fungibilidad del ejecutor. El ejecutor puede ser sustituido fácilmente.

De forma resumida se puede sostener que la autoría mediata en virtud de una organización se sustenta en lo siguiente:

- a) Existencia de un organismo o estructura de poder organizada y autónoma
- b) Puesto de autoridad o dirección dentro de la organización por parte del autor mediato
- c) Fungibilidad del sujeto ejecutor

#### **2.2.4.1 Puesto de autoridad o dirección dentro de la organización y fungibilidad del sujeto ejecutor**

El dominio de la voluntad se encuentra sustentada en el funcionamiento del ente colectivo, es la estructura la que goza de autonomía y tiene a su disposición varios elementos para la persecución de objetivos. Si el miembro designado para el cumplimiento de la orden se retracta o se niega a cumplir, es rápidamente sustituido por otro porque la estructura funciona con independencia de éste.

De igual forma la dirección de la organización se puede encontrar, y por regla general se encuentra, distribuida conforme diferentes niveles jerárquicos con el objeto de asegurar su funcionamiento en caso de ausencia del sujeto principal o sujetos principales.

La división del trabajo, jerarquías institucionales, y designación de roles dentro de la estructura garantiza la marcha o actividad de la misma, pero a su vez proporciona al Juez claridad para precisar la forma de intervención y la pena que deberá aplicarse a los involucrados. Responderán como autores si pese a su ausencia en la materialización del hecho su intervención es sustancial conforme su grado jerárquico; la responsabilidad no se ve disminuida conforme la ausencia o lejanía en el hecho, puesto que “ (...) ***La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto*** más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina ***y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando*** (...)” (Roxin, 2000, pág. 274).

La lógica en la autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder se sustenta en el dominio organizativo que ejerce quien emite una orden, será entonces considerado autor mediato por el nivel de dirección que detenta en la organización, dicho de otro modo, si utiliza el poder que ejerce dentro de la organización para el cometimiento

de acciones punibles pese a encontrarse ajeno a la ejecución, es plenamente responsable por el grado de control de la institución, y consecuentemente de sus miembros. El resto serán considerados autores, cómplices o partícipes secundarios según sea el caso.

Si bien los integrantes de la estructura delictiva tienen consciencia plena que al formar parte de ella su actuar en sí será doloso, ello no es suficiente para determinar el grado de intervención en calidad de autor, puesto que resultaría irracional catalogar de autor a quien dentro de la estructura su aporte es insustancial o secundario, resultando necesario el análisis del grado de intervención de los integrantes.

El dominio de la voluntad en esta clasificación de la autoría se da a través de una estructura delictiva en esencia, es decir, surge una organización concretamente creada para el cometimiento de delitos o a través de estructuras de poder creadas conforme el ordenamiento jurídico, pero que sus dirigentes la utilizan para el cometimiento de fines diversos conforme su nivel de mando dentro de la institución.

Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos, dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común.

Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, "posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad común" (Roxin, pág. 272).

## **2.3 Posturas contrarias a la teoría planteada por Roxin: la autoría mediata según Welzel, Jescheck y Jackobs.**

### **2.3.1 Welzel**

Efectuada la justificación en párrafos anteriores, en donde se explica el por qué el concepto de autor no es un concepto restringido a la ejecución del tipo penal de forma personal e inequívoca sin posibilidad de desplazar el rol de la ejecución a un tercero, lleva a aceptar la posibilidad del cometimiento de un hecho sin estar presente existiendo una extensión de la responsabilidad.

Aceptando dicha posición, el autor incluso no necesita encontrarse en el lugar donde se materializa el delito, ni cometer el hecho con sus propias manos o encontrarse presente en cada una de las fases de ejecución, requiriéndose la demostración de que pese a su ausencia física fue capaz de controlar y dirigir cada una de las fases previas, ejecutivas, y posteriores a través de la utilización de terceros que toman un papel de instrumentos para la consecución de un objetivo ajeno.

Welzel relata que la autoría mediata surge en medio de la necesidad de crear un concepto que permita llenar vacíos de la punibilidad, situación que fue evidente en los sucesos de la Segunda Guerra Mundial donde se buscaba aplicar una teoría que permita extender la responsabilidad hacia los autores no ejecutores, y que no era posible imputar si se continuaba con la utilización del concepto de la accesoriedad extrema, la misma que consistía en reprochar a los procesados bajo la figura de la participación (instigación o complicidad), con la cual no se lograba una aprensión total y apta conforme la realidad de la época.

Para Welzel (1987) el autor mediato a través de otro interviniente busca llevar a cabo su propia voluntad, pero reservándose el control de dirección del curso de la acción. En otras palabras:

Dominio final del hecho es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la propia

voluntad de realización (el dolo de tipo). Por eso falta en el actor inmediato, que obra sin dolo de tipo; y es propio del que está detrás, que con dolo de tipo manda realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a ese resultado, y es indiferente si el tercero actúa con o sin lesión del cuidado objetivo exigido. (Derecho Penal Alemán Parte General 12° Edición, pág. 147)

De lo expuesto, Welzel indica que en la mayoría de supuestos de autoría mediata el instrumento no tiene consciencia de que su actuar desencadenará un resultado típico y antijurídico, puesto que sobre quien recae el conocimiento doloso y antijurídico de la conducta es de quien ha recurrido al instrumento para materializar sus fines.

De igual forma admite la clasificación de la autoría mediata en grupos, siendo el primer grupo aquellos en quienes falta voluntad del instrumento, y dentro de este se encuentran los niños (impúberes), enfermos mentales, y demás explayados anteriormente.

Welzel nos dice que este grupo obra finalmente, pero llevando a cabo sin voluntad una voluntad ajena, por consiguiente, el reproche de culpabilidad y la aplicación de una pena resulta equívoca, recordando que es autor de un delito doloso solamente quien consciente del fin (presupuesto que no se da en este grupo), dirige el acontecer causal (hecho que desconoce el instrumento).

El autor también nos habla de la autoría mediata del superior militar en virtud de comunicación de una orden antijurídica obligatoria, en este caso el que ejecuta la orden obra antijurídicamente, pero al no exigírsele rehusar la orden por ser un subordinado dentro de la jerarquía militar quedaría exculpado (tema que genera discusión en la actualidad por tratarse de un obrar con conocimiento de la ilicitud de la conducta), siendo responsable el sujeto emisor de la orden.

Actualmente se sostiene que pese a tratarse de órdenes superiores dentro de una organización estatal u otro tipo de organización reconocida legalmente, las mismas no pueden obrar por fuera del marco legal, dichas órdenes deben responder a una necesidad

o la misión que se persigue a través de la organización. Si la orden se aleja del Derecho y se pretende utilizar la institucionalidad estatal para la perpetración de ilícitos, la responsabilidad penal surge sin dilación.

En dicha situación, la persona a quien se dirige la orden puede negarse a ejecutar la misma pues se trata de una orden contraria al Derecho y arbitraria. Sin embargo, en los supuestos donde se ejecuta la orden, de acuerdo al criterio y análisis del juez, se puede llegar a una culpabilidad atenuada o excluida, pero el superior le corresponderá una pena agravada.

Otro grupo es la autoría mediata a través de la utilización de un instrumento no cualificado ante un delito cualificado; esta forma de autoría surge cuando se trata de tipos penales que exigen ciertas características personales del autor, pero teniendo presente que esa cualificación del autor solamente se dirige a la modificación de la pena mientras que el instrumento responderá, según las circunstancias, del delito base. Welzel (1987) en su Tratado de Derecho Penal Alemán 12<sup>o</sup> Edición, nos pone el siguiente ejemplo:

El no funcionario que lleva a cabo una anotación incorrecta en un libro público podría – tomada en sí- perpetrar solamente una falsificación documentaria. Sólo cuando él, por inducción del funcionario que lleva los libros, suscribe la anotación como declaración de éste, produce una atestación falsa: el funcionario que induce es autor, ya que es su declaración la que copia el no funcionario; el no funcionario es cómplice en esta atestación falsa. (pág.150)

Respecto al instrumento revestido de una causa de justificación, se sostiene igual a lo propuesto por Roxin y previamente analizado. Ejemplo: Colocar al instrumento en una situación de Legítima Defensa. Y de igual forma con el resto de clasificaciones esbozadas anteriormente. El autor no hace alusión a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, puesto que la misma fue una Teoría Planteada por Roxin.

En conclusión, para Welzel se estará frente autoría cuando solamente aquella

persona que mediante una dirección consciente del fin y del acontecer causal para la realización del delito, es señor del tipo por el dominio que posee sobre el acontecer, de esta premisa también parte para la distinción con el mero partícipe, pues para el autor éste solo auxilia en el acto dominado previamente o bien solo existe una incitación a la decisión. Dicho de otro modo, Welzel estableció que el punto de partida para la teoría del autor es el concepto final de autor que tiene como finalidad establecer el centro personal de acción del injusto.

### **2.3.2 Jescheck**

El autor al igual que Roxin, Welzel, y Jakobs sostiene que la naturaleza de la autoría mediata no es más que una subclasificación o especie de autoría que se caracteriza por la posibilidad del dominio del hecho, solo que la concreción del resultado es efectuada a través de otro agente.

Su origen fue netamente limitado a cubrir lagunas de punibilidad cuando no era posible el castigo a título de inductor, pero su aplicación no es ilimitada y para Jescheck su aplicación finaliza cuando el instrumento es un autor plenamente imputable o responsable penalmente, resultado contradictorio catalogar al interviniente inmediato como un simple instrumento cuando gozaba de todas las características (objetivas y subjetivas) de autor.

La utilización del término instrumento en tales casos resulta una tergiversación a la realidad jurídica dogmática, teniendo que ser consecuente de la conducta desplegada para alcanzar el resultado lesivo. Para Jescheck cuando se presenta tal cuestión cabe verificar en donde se encuadra la acción dando paso a la coautoría, inducción o complicidad.

Notable atención merece lo señalado por el autor cuando habla de los tipos penales que exige la ejecución personal o corporal de la acción por parte del autor, o cuando al hombre de atrás le falta calidades especiales para estar frente a delitos especiales propios, allí se tiene que desplazar o excluir la autoría mediata por ser práctica y teóricamente

discrepante. Por lo demás, para afirmar el dominio del hecho en el hombre de atrás debe concurrir en el mismo todos los requisitos de la punibilidad.

Se mantiene la característica innata del autor mediato que es la situación superior en la que se encuentra frente al instrumento. En cuanto a la utilización del instrumento doloso, responderá penalmente si “se alcanza el límite de la autoría mediata cuando la ley penal valora el comportamiento del interviniente inmediato como un hecho doloso plenamente delictivo, pues entonces ya no es jurídicamente posible un dominio por parte del hombre de atrás (Jescheck, 2002, pág. 716).

Los casos que se consideran dentro de la autoría mediata son iguales a los descritos anteriormente, pero en el caso de Jescheck merece significativa importancia cuando nos habla de los delitos cometidos por medio de un instrumento incapaz de culpabilidad, ejemplo, el menor impúber.

Mientras que los grupos de casos tratados son en su esencia indiscutidos, en cambio, surgen dudas allí donde alguien ejecuta un delito por medio de un instrumento incapaz de culpabilidad (un niño, adolescente, una persona embriagada o un enfermo mental) pues, “debido a la limitación de la accesoriedad, tales supuestos pueden ser incardinados tanto en la autoría mediata como en la inducción” (Jescheck, 2002, pág. 719).

Lo determinante en aquellos supuestos para determinar el tipo de intervención es partir de la base de la autoría mediata que es el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, así si partimos del supuesto que el dominio del hecho implica el control fáctico del curso causal por la superioridad jurídica del autor mediato, existirá en todos los supuestos responsabilidad bajo este título por involucrar conscientemente a un incapaz de culpabilidad. Sin embargo, si la capacidad del ejecutor es tan solo disminuida se desvirtúa la autoría mediata.

En estos casos se discute si no solo cabe un control fáctico del curso causal de la acción desplegada por el agente inmediato, sino también la posibilidad de control del

sujeto como tal por la inferioridad en la que se encuentra. La respuesta se encuentra de igual forma en el dominio del hecho y la capacidad cognoscitiva del instrumento.

Con respecto al instrumento ante los delitos que exigen un sujeto activo cualificado la teoría del dominio del hecho no resulta suficiente para su fundamentación y consecuente aplicación, si el ejecutor no posee la calidad personal exigida por la ley penal para emerger la responsabilidad, no sería aplicable la responsabilidad por autoría por incompatibilidad, respondiendo este en grado de partícipe. De igual manera en el caso del hombre de atrás que al poseer la calidad personal que exige la norma, pero al no ejecutar el delito, no cabría responsabilizarlo a título de mero partícipe sino de autor. Ante tal problemática Jescheck explica que se debe recurrir al dominio del hecho, pero fundamentándose normativamente, esto hace alusión a:

El delito no puede ser cometido en absoluto por el ejecutor sin la cooperación del hombre de atrás, por lo que el suceso penalmente relevante sólo se origina si este último aporta la intención o cualidad demandada por el tipo. Si en estos supuestos no se quiere renunciar completamente a un castigo debe estimarse que es suficiente para apreciar el dominio del hecho la presencia del influjo jurídicamente necesario del hombre de atrás. (Jescheck, 2002, pág. 721)

Frente a lo expuesto, es más concordante justificar la autoría sobre la infracción del deber especial que cubre al hombre de atrás.

Respecto a la tentativa y omisión en la autoría mediata Jescheck afirma su posibilidad, pero se discute el momento que debe entenderse como el comienzo del desarrollo del curso causal, concretamente se trata de responder dos hipótesis:

- 1) La tentativa tiene lugar *desde* que existe la influencia por parte del hombre de atrás, aunque no se haya puesto en marcha conducta alguna.

- 2) La tentativa tiene lugar *cuando* se pone en marcha la acción ejecutiva por parte del instrumento.

Para obtener la solución se debe recordar cual es el fundamento jurídico para castigar o sancionar a grado de tentativa una acción, la misma se sustenta sobre la puesta en peligro del bien jurídico que es objeto de la acción en todas las fases sea preparatoria, ejecutiva o consumación - el dolo se mantiene por lo que elemento subjetivo no sustenta su sanción- más bien reside en la parte objetiva por el peligro cercano al que se sometió al bien jurídico y la puesta en marcha del dolo que revela el injusto de acción.

Son factores externos los que impiden la consumación del hecho y que no estaban considerados por el autor o coautores, pero la puesta en marcha de la realización del tipo con los elementos que la conforman ya existió. El enjuiciamiento se da acorde a la representación del hecho que supuso alcanzar el autor.

Considerada así la tentativa, existe responsabilidad del autor mediato cuando el instrumento haya dado inicio a la ejecución del tipo penal, pero Jescheck (2002) no elimina la posibilidad de sostener la tentativa cuando no se haya dado inicio a la acción ejecutiva; para él existirá tentativa "(...) si en el estadio previo el autor mediato instruye al ejecutor y lo libera ya de su esfera de influencia para que dé comienzo inmediato al hecho" (pág. 556). Para sostener dicha afirmación Jescheck parte del fundamento jurídico de la tentativa, y que la consumación no se encuentra limitada a que el autor haya alcanzado su propósito a través del resultado efectivo, sino que también tiene lugar con el cumplimiento de todos los elementos del tipo.

### **2.3.3 Jakobs**

El autor es firme al manifestar que, si bien la autoría mediata surge para llenar lagunas de punibilidad, de entonces a la fecha ha perdido tal función. Parte analizando la superioridad en el dominio de la decisión por parte del autor mediato y sostiene que debe producirse una separación entre el injusto del dominio del instrumento del injusto del

hecho determinado mediante el dominio. Para Jakobs la superioridad del dominio de la decisión se determina:

(...) Normativamente según efecto sobre la imputación al ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención. Salvo cuando se interrumpe la imputación al ejecutor, el influirle comporta coautoría, inducción o complicidad, es decir, comporta la vinculación de los ámbitos de organización, pero no degrada su organización hasta ser instrumento de un responsable predominante. (Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, pág. 764)

Lo que quiere decir Jakobs es que el superior dominio de la decisión no basta para configurar autoría mediata descartando otras formas de participación, pues existe en la propia autoría mediata coincidencia con la coautoría forzada porque varias personas pueden hacer uso de un instrumento, poniendo de ejemplo al padre que obliga a sus hijos a cruzar la frontera cada uno con un fajo de divisas de contrabando.

Es la normativa la que contiene los elementos que deben evidenciarse en el delito y también contener los elementos que permitirán reconocer al autor del mismo, así respecto a la autoría mediata a través del elemento no cualificado, para él no se configura por no cumplir con los elementos exigidos por la norma. No teniendo más que imputar a título de partícipe (inductor o cómplice).

## 2.4 Elementos de la Autoría Mediata

Atendiendo a la conceptualización y a la clasificación de la autoría mediata se puede enlistar elementos básicos que permitan su identificación y diferenciación:

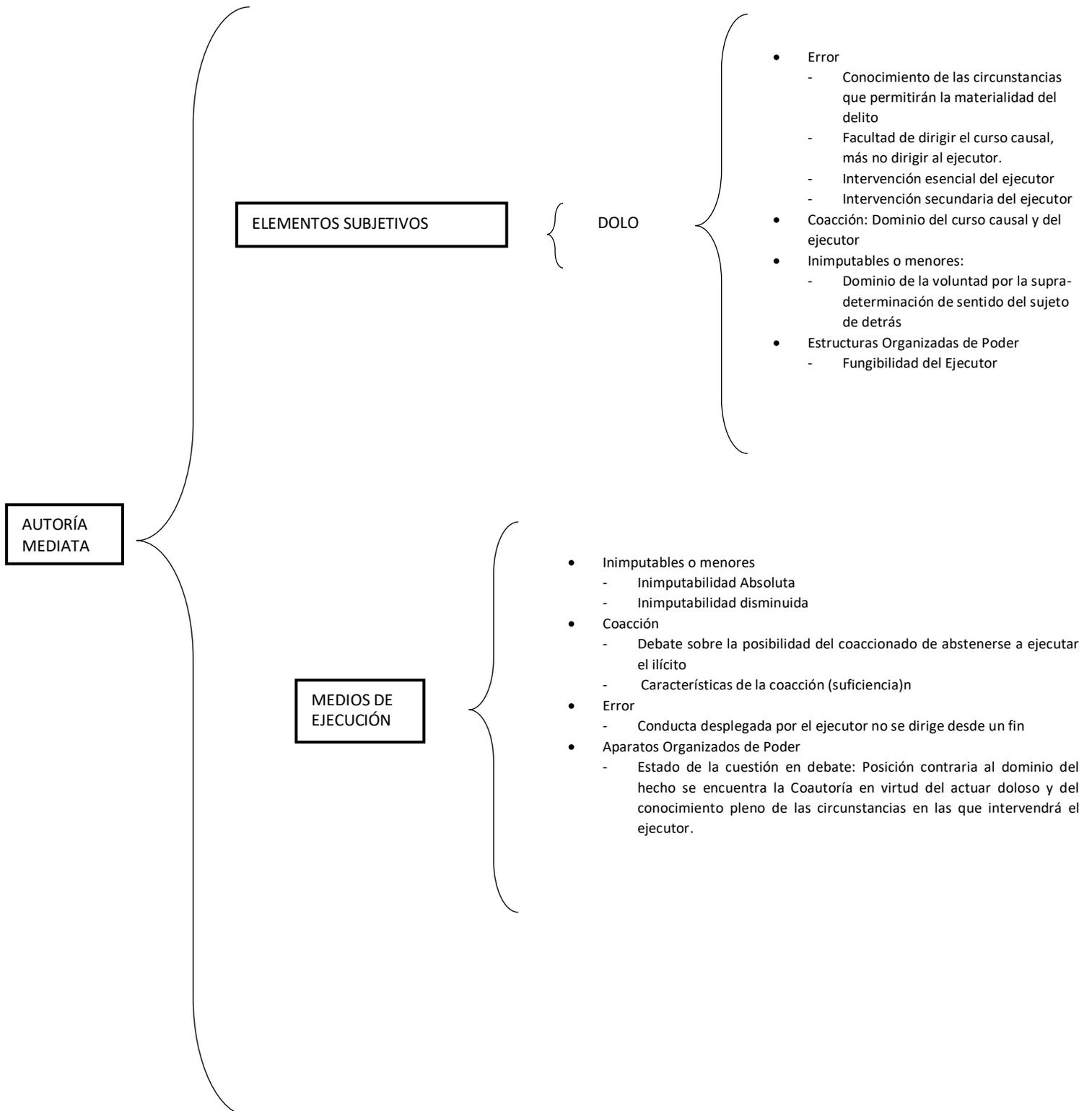


Figura 1 La Autoría Mediata

## 2.5 Regulación de la Autoría Mediata en el Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 42, textualmente manifiesta:

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

1. Autoría directa:

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

2. Autoría mediata:

- a) **Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción**, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuvan a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrar la infracción. (pág. 23)

De lo transcrito, se advierte que el artículo 42 del COIP contiene las manifestaciones de la figura básica en un delito, esto es la autoría, clasificándose en autoría directa, autoría mediata, y coautoría.

La autoría viene a ser la forma de intervención típica descrita en la norma penal; la inducción y complicidad vienen a ser formas de participación delictiva que coadyuvan de forma secundaria a la materialización de un resultado típico.

De esta manera para determinar la existencia de un delito y consecuentemente realizar la imputación de una pena, se atenderá (analizará) de forma ordenada los requisitos objetivos y subjetivos del injusto (tipicidad), antijuridicidad, y por último se determinará la clase de intervención, es decir, si estamos ante autoría y sus variantes, o ante inducción o complicidad.

El artículo 42 del COIP (2014) hace alusión a la autoría, y para ello debemos acudir a la doctrina para esclarecer lo que debe entenderse por autor. Doctrinariamente se considera autor a la figura central del acontecer causal, es decir, quien originó y tiene la posibilidad de dirigir decisivamente el suceso hacia un fin concebido como propio, es quien produce el resultado, sin embargo, en atención a la realidad social y los principios que rigen el proceso penal y el Derecho Penal, lo que busca la Teoría de la Autoría y Participación es generar una diferenciación entre sí o establecer parámetros para su diferenciación, ello en razón de la distinta pena a aplicarse según el grado de intervención.

De esta manera el legislador cumple un rol esencial al momento de dar contenido a los tipos penales puesto que en el mismo se hace una descripción de la conducta y las características o cualidades de quien despliega esa conducta para ser considerado autor; teniendo presente que la comisión de un delito puede darse por acción u omisión, aún más reviste de relevancia el hecho de que el tipo penal contenga los elementos necesarios para diferenciar al autor de un partícipe, y siendo los tipos penales esencialmente dolosos, en su contenido se encuentra por regla general al sujeto que debe ser considerado autor; Roxin (2000), en relación a lo esbozado, nos dice:

En efecto, cuando encontramos directamente especificada la figura central del suceso de la acción, el autor, en las descripciones de los tipos concretos, mientras que el inductor y el cómplice no resultan abarcados directamente por

éstas, entonces tiene que surtir efecto inmediato en el concepto de autor que el legislador caracterice al sujeto de la acción mediante elementos distintos al mero "quien", expresión que, según nuestra postura, significa el que domina el hecho. (pág. 370)

La existencia de tipos penales que contienen elementos especiales que permiten identificar con mayor precisión al autor, facilitan en cierta medida, la labor del juez al momento de realizar el juicio de reproche de culpabilidad; esta clase de tipos penales contienen las cualidades que tendrá el autor para la configuración del injusto, ejemplo, el delito de Peculado. En lo demás se deberá diferenciar al autor según el tipo de delito, ya sea de infracción del deber o de propia mano, etc.

Partiendo del hecho, de que se castiga como autor a quien comete el hecho personalmente o por intermediación de otros, se advierte que en el numeral 2, literal a), del artículo 42 del COIP (2014), considera autor mediato a la o las personas que instiguen o aconsejen a otro a la comisión de un delito, no atendiendo a la conceptualización de la autoría mediata donde el que dirige el curso causal no ejecuta por sí mismo el hecho, pero materializa un resultado a través de terceros ya sea aprovechándose del error, de la inimputabilidad, de la coacción o de aparatos organizados de poder (clasificaciones que se analizaron en líneas precedentes). Su diferenciación radica en la imposibilidad del instigador de controlar el curso causal o dependiendo del instrumento, al instrumento mismo, es decir, el instigador solamente ayuda al ejecutor a decidirse en producir el resultado.

## **2.6 Incidencia en la aplicación de la pena según la determinación del tipo de intervención delictual**

Se mencionó en párrafos anteriores que, en búsqueda de proteger aquellos valores elementales para la convivencia de las personas en sociedad, el Derecho Penal interviene como medio o herramienta para el mantenimiento del ordenamiento legal, y que su aplicación se encuentra justificada al aceptarse de manera general su necesidad en virtud de que el orden social no puede asegurarse de forma mecánica, debe ser reforzado por el

Ordenamiento Jurídico a través del poder punitivo del que goza el Estado. En relación a su necesidad los autores son coincidentes, entre ellos Jescheck (2002) quien, en su Tratado de Derecho Penal Parte General, nos dice:

El Derecho Penal asegura, en última instancia, la inviolabilidad del Ordenamiento Jurídico a través de la coacción estatal. En realidad, también el Derecho civil y el Derecho público prevén la aplicación de la coacción, pero para el Derecho penal la amenaza y aplicación de aquella están en el núcleo central. Además, el Derecho Penal se sirve del instrumento de poder más riguroso del que dispone la coacción estatal: la pena pública. (pág. 2)

El Derecho Penal asegura, en última instancia, la punición en caso de afectación a bienes jurídicos o el cumplimiento forzoso de aquellas normas catalogadas como limitadoras del hacer humano injusto (negativo). El Derecho Penal tiene una función represiva y preventiva que la materializa a través de la imposición de sanciones, entre ellas, la pena privativa de libertad que al ser una medida limitadora de derechos no es posible su aplicación sin limitación alguna, y por eso se la considera de última ratio.

El cumplimiento de esa función represiva y preventiva la logra a través de la imposición de penas claras y justas, las mismas que se deben encontrar descritas en la norma de forma inequívoca que permita la detección del desvalor de la acción, atenuantes o agravantes y no se preste a una aplicación contraria a la realidad dogmática y práctica.

La pena se constituye en una respuesta extrema ante la consideración de un hecho como atentatorio al orden social instaurado. Entonces, la pena debe ser adecuada o impuesta acorde a la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. Estos criterios son los que limitan la imposición de una pena y arguyen el fundamento de la distinción de las formas de intervención y consecuentemente la necesidad de una gradualidad en las penas conforme el nivel de responsabilidad en el hecho.

Entendida así la Pena, ésta se levanta sobre el principio de culpabilidad que significa “(...) que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que el autor le puede ser reprochado personalmente su hecho” (Jescheck, 2002, pág. 24). La pena en principio supone la culpabilidad, pero ella se encuentra limitada por el grado de responsabilidad desplegado por los intervinientes en un hecho, siendo así se sostiene que la base para la determinación de la pena es la culpabilidad, se constituye en su límite superior. Jescheck (2002) nos dice que son 3 las variables que determinan el merecimiento de pena, éstas son:

- 1) Valor del bien jurídico,
- 2) Peligrosidad del ataque; y,
- 3) Reprochabilidad de la actitud interna del autor

Estudiando los supuestos mencionados se entiende el porqué de la distinción de penas ante un caso de autoría y uno de participación; las variables mencionadas, conforme quien las cumple, demuestran el mayor o menor contenido de reprochabilidad, y con sustento en aquello se determina la pena a aplicarse.

La pena así entendida será diferente conforme la intervención efectuada dentro de un hecho típico-antijurídico, y la mayor responsabilidad recae conforme las teorías estudiadas sobre quien dirige el curso causal o efectúa de forma personal el delito porque reside en él la posibilidad exclusiva de materializar o detener el delito, es quien conforme a su saber causal orientará las acciones necesarias para la consecución del resultado lesivo.

Autor es quien conjuga en su persona la totalidad de los elementos del tipo. Esto se debe a la realidad y relaciones sociales existentes en una comunidad y que el Derecho Penal debe observar para sostener las figuras jurídicas sobre las cuales se levanta.

Ante la posibilidad de intervención de varios sujetos en un delito, y conforme el principio de culpabilidad, legalidad, seguridad jurídica, entre otros; el Derecho Penal debe

atender de *forma individualiza* las acciones desplegadas cuando son varios los involucrados para respetar aquellos principios y fundamentos que limitan la aplicación de una pena injusta.

La pena, conforme su sustento teórico y práctico, en principio mira al pasado por no haber evitado la lesión a un bien jurídico, y para lograr el resarcimiento o responder ante quienes se vieron afectados debe imponerse una sanción que mire tanto a la prevención general como particular y enviar así el mensaje a la sociedad de la respuesta que da el Derecho ante la transgresión a bienes jurídicamente protegidos. El no imponer una sanción sería desquebrajar la misión del derecho penal y convertiría a esta rama en una herramienta carente de efectividad.

Quien comete el delito de forma personal, a través de otros o conjuntamente con otras personas evidencia el cumplimiento total del tipo penal, por lo tanto, la sanción a recibir será la especificada en el Código Penal (en Ecuador COIP) por el mayor contenido de injusto que recae sobre su persona y sobre la calidad de su participación.

La Ley Penal se dirige a los autores para la imposición de la pena máxima por ser los responsables plenos de la infracción del deber o prohibición de la acción contenida en la norma, al menos que surjan condiciones que limiten o atenúen la responsabilidad; en caso de existir la participación de otros sujetos, pero cuya intervención se encamina a a efectuar acciones que determinen el curso de la acción, la responsabilidad surgirá a título de partícipe secundario, en tales casos se está a lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal (2014) que en su artículo 41 describe que:

Art. 41.- Participación. – Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

*Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal* de una autora, de un autor o cómplice *no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes* en la infracción penal. (pág. 23)

Ello es concordante con lo dispuesto por la doctrina y especifica que las circunstancias atenuantes o agravantes de una infracción se considerarán de forma singularizada en cada interviniente, y sobre todo en razón del rol que ejerció al momento de la ejecución, antes o después; ello se complementa con los supuestos que permiten a un juez establecer la pena a aplicarse según el caso concreto, y son:

- a) La modalidad de la intervención,
- b) El grado de responsabilidad,
- c) La facultad de dirigir o controlar el curso causal,
- d) Los aportes y su calificación (sustanciales o secundarios) para la distinción entre autoría o participación.

Los tipos penales no solo contienen la pena a aplicarse, sino que también contienen el marco legal limitativo que justifica sancionar a un sujeto con menos o más años de privación de libertad conforme se determine su rol en la ejecución del tipo. Tal es la relevancia de una diferencia en las penas que ningún cuerpo normativo a nivel global contiene una misma pena para todos los delitos, ellos atienden a una política criminal y valoración social del bien jurídicamente protegido, y sobre todo a la realidad de las formas de intervención delictiva, valoración que debe ser objetiva para evitar la imposición de penas injustas.

La pena es y será siempre diferente conforme el grado de participación delictiva, consecuentemente la pena a un autor será mayor que la pena a aplicarse a un cómplice por lo expuesto previamente. Ello plasma la misión, función y necesidad de la pena y su diferenciación. No es lo mismo castigar a quien aprieta el gatillo del arma para matar a su enemigo, que el castigo que recibirá quien toma un papel de avisar si se acerca o no la policía al lugar de los hechos (el vigía). No es lo mismo aplicar una pena a quien vierte el veneno en la taza de la víctima, de quien conscientemente vende el veneno.

## 2.7 ¿Necesidad de enmienda?

La Constitución Política del Estado ecuatoriano en su artículo 132 enumera los casos en los que se requerirá obligatoriamente de ley para regular aspectos procesales o sustanciales, entre ellos, en su numeral segundo, establece “2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes” (pág. 59). De ello se infiere que en la Asamblea Legislativa descansa una de las mayores atribuciones que fundamentará, en lo posterior, la necesidad de intervención y aplicación del Derecho Penal, es decir, la tipificación de infracciones.

El proceso de tipificación de infracciones, como se ha estudiado en capítulos anteriores, no constituye un proceso carente de sentido y de simple cotejamiento de un cúmulo de acciones negativas para en lo posterior establecer cual es aquella que tiene un mayor contenido de injusto o requiere mayor reproche penal. La tipificación de infracciones es un proceso de rigor científico-técnico por parte de los legisladores, su inadecuado tratamiento puede decaer en una errónea interpretación, inadecuado tratamiento de las figuras penales, o inadecuada aplicación de la pena. Ante los posibles inconvenientes que se pueden presentar al momento de crear un cuerpo normativo, la ley prevé formas de corrección dependiendo del grado o nivel de error en el que se incurre, estas formas son: enmienda, reforma, o adición.

La enmienda, según la Real Academia de la Lengua Española, significa acción o efecto de corregir, es decir, la acción de corregir un documento, proyecto, término, concepto, etc. por otro que acuñe el sentido real de lo que erróneamente se ha utilizado. El objeto de enmendar es efectuar cambios simples, por ejemplo, corrección de palabras inadecuadamente utilizadas, siempre que no afecten la esencia o estructura de lo que se corrige o a su vez produzca una afectación a la ley en sí misma o afecten Derechos.

Cuando se trata de modificaciones a la esencia de una norma o afectación a garantías o derechos o creación de derechos se está ante la reforma, éstas a su vez pueden ser parciales o totales. La reforma consiste en volver a hacer, mejorar, o eliminar supuestos que se encontraban en uso, pero su análisis y aplicación devienen en una

afectación ya sea a la parte procesal del Derecho o la parte sustancial. Se mencionó que la reforma puede ser parcial o total, esto dependerá del cambio que se pretenda efectuar, si el cambio consiste en una determina sección, capítulo o artículo de la norma, y el resto es congruente con el ordenamiento jurídico y la doctrina, entonces se realizará una reforma parcial de esa sección u artículo en particular, caso contrario si se pretende reformar todo un capítulo se requerirá una reforma total.

Tratadas de esa manera la enmienda y la reforma; en el presente estudio se ha arribado, hasta el momento, que el artículo 42, numeral 2, literal a) del Código Orgánico Integral Penal ha trastocado la esencia dogmática de las figuras delictivas que son la Autoría Mediata e Instigación, catalogándolas como iguales o como integrantes del mismo género de intervención delictual, sin embargo, por lo esbozado en párrafos precedentes se puede establecer que se trata de figuras totalmente diferentes, la primera perteneciente a la clasificación de la autoría, y la segunda perteneciente a la clasificación de la participación (accesoria a la autoría o dependiente de una acción principal).

Concretamente el artículo 42, numeral 2, literal a) conceptualiza a la autoría mediata como la acción de instigar a otro a cometer una infracción siempre que se demuestre que tal acción ha determinado su comisión, concepto que es propiamente de la instigación más no de la autoría mediata, sobre todo cuando en el propio articulado se encuentra detallada de manera general las variantes o la clasificación de la autoría mediata, concepto que no es coincidente con la concepción general de la autoría mediata ni con alguna de sus formas de manifestación.

Se ha esclarecido, en la doctrina penal, la diferencia existente entre la autoría mediata e instigación, y teniendo presente las formas de modificación o corrección de las normas, se infiere que en el caso del artículo 42 (COIP) se requiere una supresión o eliminación (enmienda) del concepto que se da a la autoría mediata, concretamente la siguiente parte:

(...) 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. (pág. 23)

La conceptualización que se da a la autoría mediata, como se analizó, pertenece dogmáticamente a la definición de la instigación, por lo tanto, dicho concepto debe ser suprimido por no existir concordancia dogmática con la figura participativa a la que se pretende conceptualizar, y trasladar dicho concepto a la que efectivamente corresponde (instigación). La eliminación de dicho concepto no modifica o afecta al entendimiento de la figura de la autoría mediata, la misma se encuentra plenamente detallada en el resto de literales que definen que se considera autoría mediata en relación a la clasificación de aquella, es decir, la supresión del concepto que se ha utilizado equívocamente permitirá que el Código Orgánico Integral Penal sea concordante con la dogmática y la práctica penal.

Respecto a la instigación pública en el artículo 363 del COIP, sería el artículo adecuado para contener el concepto de instigación que actualmente se encuentra erróneamente contenido en el artículo 42, numeral 2, literal a), manteniéndose la diferenciación cuando se está ante la instigación en general y la instigación pública. Sería el artículo coherente para acudir a la definición de la instigación, caso contrario, como lo hacen en otros países como Argentina, la Asamblea Nacional deberá analizar si dentro del capítulo tercero que se refiere a la participación, se alude no solo a la complicidad sino también a la instigación, es decir, deberán verificar la posibilidad de agregar a esta figura participativa reconocida por la dogmática penal.

La enmienda es el camino adecuado para la corrección del concepto inequívocamente ubicado, no por una elección sin sustento, al contrario, al no tratarse de una modificación a la esencia del concepto de autoría mediata o de la aplicación de una nueva teoría - que devendría en la aplicación de una reforma -, se busca a través de la enmienda corregir la inadecuada ubicación de un concepto que no calza o no se encuentra relacionada con la figura delictiva, es decir, reubicar o suprimir un concepto que no se correlaciona con la figura jurídica a la que se busca dar sentido.

Por no producirse un efecto en la estructura institucional, normativa, o por no afectar derechos o garantías constitucionales la vía adecuada para la corrección del articulado es la enmienda. Ello permitirá una valoración correcta en lo posterior en cuanto a la aplicación de la pena, y sobre todo se mantendrá la congruencia teórica y práctica que al final deviene en seguridad jurídica y respeto al principio de legalidad.

## CAPÍTULO 3

### 3. La instigación

#### 3.1 Conceptualización y ubicación dentro de la normativa ecuatoriana

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 363 conceptualiza la instigación como:

Artículo 363.- Instigación. - La persona que públicamente instigue a cometer un delito contra una persona o institución y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (pág. 133)

Se observa que el articulado no contiene una definición exacta de lo que debe entenderse por instigación utilizándose el mismo término para su conceptualización. Resulta necesario recurrir a la definición dada por la RAE (Real Academia de la Lengua Española) para la comprensión de la esencia de esta palabra, de esa manera se obtiene que instigar es igual que inducir, inducir a alguien a una acción; por su parte inducir es definido como mover a alguien a algo o darle motivo para ello, puede entenderse como provocar o causar algo.

De aquello se infiere *que instigar es motivar a alguien al cometimiento de un delito*, se trata de una figura que no calza en el género de la autoría, pero al reconocerse su existencia y modalidad, calza en el género de la participación donde se encuentra la complicidad y, naturalmente, la instigación o inducción.

Las palabras instigación e inducción son utilizadas como sinónimas entre sí. En el caso ecuatoriano el Código Orgánico Integral Penal utiliza el término instigación para referirse a una forma de participación, sin embargo, los cuerpos normativos de otros países hacen alusión a la inducción como figuras similares. Ejemplo de ello es el Código Penal español que entre su articulado contine la figura de la inducción, mientras que el Código Penal Argentino se refiere a la instigación.

En la doctrina penal la instigación es una figura contenida en el género de la participación, por lo tanto, susceptible de una pena privativa de libertad. En el COIP se ha especificado cual es la pena a aplicarse en caso de ser considerado instigador o inductor de un delito, es decir, se considera como una figura participativa diferente a la autoría.

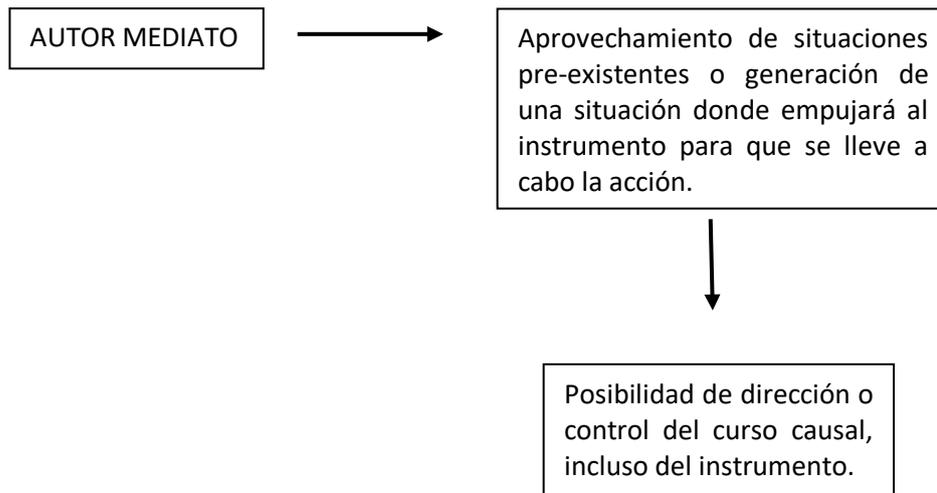
Se afianza más su reconocimiento legal como forma de intervención delictual, cuando es aludida en fallos de triple reiteración o reconocida en la doctrina penal, ejemplo, en la resolución 48-2018 de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito del Ecuador, al conocer sobre un tema de tenencia ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, donde se tiene que:

(...) La complicidad, *al igual que la instigación, constituye una forma de participación en sentido estricto* (...). en tal virtud, los cómplices, de conformidad con lo citado y con sujeción a lo que establece el artículo 43 del código penal, *son aquellos que de forma dolosa, indirecta y secundaria, ayudan al autor para que se lleve a cabo el acto punible*, a través de actos anteriores a la comisión del delito, o simultáneos a la misma, con la intencionalidad de efectuar el ilícito, por lo cual su accionar siempre es doloso, toda vez de que de forma libre y voluntaria aceptan cooperar para el acto criminoso (...). (pág. 6)

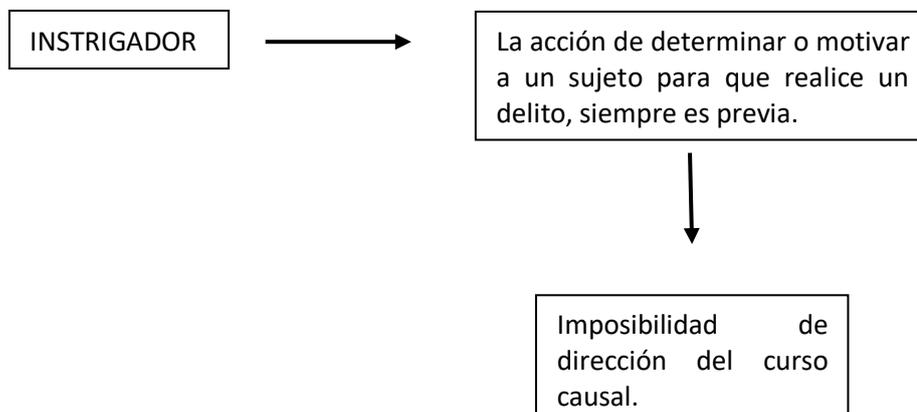
De este fallo se desprende que tanto la autoría, y sus clases, así como la complicidad y la instigación son formas diferentes de intervención delictiva cuyas diferencias básicas fueron esbozadas en párrafos anteriores. Al definirse a la instigación como “motivar a otro al cometimiento de un delito o afianzar la decisión de cometerlo” nos estamos refiriendo a que el instigador, si bien no influye en el autor material por la inexistencia de subordinación-poder, logra influenciar al sujeto por la existencia de otros factores que pueden ser vínculos familiares, afinidad ideológica, amistad, valerse de una situación donde ocupa el lugar de ejemplaridad para el ejecutor, entre otras.

La instigación consiste en determinar en otro o en otros la decisión de cometer un hecho delictivo o hacer surgir en el inducido la idea de cometerlo, no consiste en

determinar al sujeto como tal, pues estaríamos ante el caso de la autoría mediata, lo que busca el instigador es la determinación al hecho, proporcionarle al inducido un motivo para cometer el hecho delictivo. Allí surge otra característica de la instigación y es que siempre esa motivación o determinación a cometer el delito debe darse de forma previa, en el caso que se produzca durante la ejecución de la acción estaríamos ante otra clase de participación por la carencia del fortalecimiento en la decisión de cometer un hecho.



*Cuadro 1 El Autor Mediato*



*Cuadro 2 El Instigador*

Existen regulaciones específicas respecto a la instigación masiva a determinados delitos donde no se requiere mayor profundización que la instigación a un individuo en particular, ejemplo, el instigar masivamente al cometimiento de genocidio constituye por sí mismo un delito según El Derecho Penal Internacional.

La determinación de una sanción penal requiere la delimitación concreta del grado de participación cuando son varios los involucrados, esto responde a una cuestión lógica y es que un sujeto debe ser sancionado conforme los actos que ejecutó, extendiéndose su responsabilidad exclusivamente hacia los aportes realizados.

Lo descrito constituye un principio fundamental de tal forma que el COIP en el artículo 619, respecto a lo que debe contener la decisión judicial, especifica que la persona o personas procesadas podrán ser declaradas culpables cuando se encuentre individualizada su responsabilidad penal y la pena, en virtud de ello se requiere su delimitación acorde a los hechos realizados.

El fundamento para la distinción de las formas de participación delictiva radica en la realidad criminal que indica que la aportación a un hecho no siempre puede ser considerada sustancial, por tanto, al existir aportaciones secundarias resulta coherente aplicar una pena conforme el grado de intervención y ejecución. Ello es acoplar la realidad criminal a los principios de igualdad, objetividad, imparcialidad, acorde a los Derechos del Procesado y al principio de culpabilidad que da origen y sustenta el delito.

Fundamentar la responsabilidad penal fija los límites del poder punitivo del Estado. La distinción en la aplicación de una pena responde a su función retributiva y preventiva conforme la responsabilidad desplegada, por lo tanto, su diferenciación es sustancial para sostener que nos encontramos dentro de un marco jurídico objetivo y acorde a la realidad social.

El COIP establece una pena concreta para el instigador, por lo tanto, al ser una figura diferenciada de la autoría su regularización varía conforme el delito que se cometa, en todo caso para su sanción se requerirá como cualquier otro ilícito penal la materialización del resultado lesivo.

Ahora bien, no se trata solamente de que el instigador coadyuve en la decisión o determinación de cometer el ilícito por parte del instigado, sino que se requiere que se materialice efectivamente el resultado para que pueda ser reprochado penalmente, es decir, el delito debe ser causa de la determinación, si no se produce un resultado o el instigado se abstiene la influencia que ejerció el instigador no fue determinante.

Es decir, para proceder a la sanción penal del instigador se requiere probar que existía el conocimiento y la intención en que se materialice el ilícito; para mayor comprensión acudimos a lo descrito por Héctor Olásolo Alonso (2013), en su Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional, al citar la Sentencia de apelación en el caso Kordic, en donde se especifica que la responsabilidad del instigador, surgirá cuando:

(...) un individuo sólo será responsable por instigación si es, al menos, consciente de la probabilidad sustancial de que (i) los elementos objetivos del delito objeto del acto de instigación sean realizados (siendo el acto de instigación un factor que va a contribuir sustancialmente a su comisión); (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por cualquier dolo especial exigido por definición del delito. (Pág. 646)

Dependerá de fiscalía elaborar un argumento sólido, y con las pruebas de las que disponga demostrar el grado de intervención y el porqué de su categorización como instigación.

Siendo la figura jurídica de la instigación de complicada demostración, la Corte Penal Internacional en su momento estableció a través del análisis de sentencias cuales son los parámetros que permiten esclarecer si un agente ha influenciado o persuadido de tal manera en otro sujeto que lo conllevó a decidirse a la comisión de un delito.

Héctor Olásolo Alonso, en su tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal

Internacional (2013), describe los argumentos esgrimidos por la Corte Penal Internacional en el caso contra Ahmad Harum, Vice-Ministro Federal del Interior de Sudán, que pueden servir de parámetro para determinar si estamos ante un caso de instigación, y son los siguientes:

Cuadro 3 Parámetros de valoración de la instigación

PARÁMETRO	EXPLICACIÓN
<b>Relación existente entre el autor o autores y el instigador</b>	Definir la relación existente entre el instigador y el instigado, especificar cual es la relación de hecho o de derecho que los pueda o no vincular.
<b>Grado de influencia o persuasión del instigador</b>	Existencia o no de un vínculo familiar, religioso, ideológico, político, laboral, etc.
<b>Lugar y fecha en la que se produjo la instigación</b>	Si se trató o no de un discurso o en base a que se sostiene el acto de haber instigado a otro.
<b>Persona o personas específicas a quienes se dirigió el acto de instigación</b>	Análisis subjetivo (grado de madurez, rol, dolo, entre otros aspectos) y objetivo respecto a la probabilidad de cometer un delito

### 3.2 Tratamiento de la instigación por parte del Código Penal previa a la entrada en vigencia del COIP. Breve acotación.

El Código Penal del 2012, antes de su derogatoria por el actual Código Orgánico Integral Penal, no realizaba la diferenciación entre las clasificaciones de autoría como lo efectúa el actual COIP, simplemente subsumía a la instigación dentro del género de la autoría, y no en la autoría mediata propiamente dicha; así el artículo 42 del Código Penal (2012) establecía que se reputa autor o autores a los siguientes sujetos:

Art. 42.- ***Se reputan autores los que han perpetrado la infracción***, sea de una manera directa e inmediata, ***sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito***; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado

la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. (pág. 19)

Se desprende que, en el tratamiento a la figura de la instigación, previo al COIP era de equiparar a la instigación con la autoría, consecuentemente por lógica jurídica la pena a aplicarse sería la determinada para cada delito, no existiendo diferenciación dogmática ni sancionatoria a aplicarse. Es decir, el Código Penal de años anteriores al 2014 mezclaba las concepciones jurídicas de las diferentes formas de participación subsumiéndolas a todas en un solo género que es la autoría, dicho error se repite en el actual COIP.

No se atendía a la esencia dogmática de las formas de participación. Sin embargo, al igual que el COIP, se incorporó en el artículo 386 del Código Penal la instigación pública y su sanción penal concreta, pero aquel delito que no cumpla con este elemento objetivo de *ser público* deberá recurrirse a la pena establecida para cada caso, considerando al interviniente como autor pese a que su aporte pudo no haber sido relevante en la producción del resultado. Lo mismo sucede en el actual COIP, que en su artículo 363, nos habla de la instigación pública exclusivamente.

A diferencia del Código Penal, el actual COIP hace bien al recoger en el artículo 42 las diferentes clases de autoría, pero cae en un desacierto al asemejar a la autoría mediata con la instigación, cuando en líneas precedentes se describió a que categoría pertenecía la instigación, siendo ésta la participación y no la autoría. Entendiendo a la participación como otra categoría y de *sanciones diferenciadas*.

La diferenciación en la aplicación de la pena tiene su base en la comprensión de que el instigador o inductor, conforme sea el tratamiento que le dé la legislación de cada

país, *tiene dominio del hecho, pero referente a su participación más no tiene dominio sobre la ejecución concreta pues esta es efectuada por el instigado*, en palabras de Roxin (2000):

El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. Por eso, la participación de éstos es sólo participación en un hecho ajeno. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor. (pág. 35)

De esta manera no existe un análisis jurídico y diferencial entre la autoría y la participación (complicidad e instigación), respecto a su conceptualización y su incidencia en la pena, tanto por el Código Penal anterior como el actual COIP, llevándonos a una confusión dogmática y práctica.

### **3.3 Diferencia entre la instigación y otras formas de participación**

En principio se trató de diferenciar a la autoría con otras formas de participación aludiendo al dolo, sin embargo, para autores como Welzel (1987; citado en Roxin, 2000):

La finalidad es idéntica al dolo y como obviamente también inductores y cómplices han de obrar dolosamente en relación al resultado típico, precisamente de la finalidad no se desprende diferencia alguna entre los copartícipes. Ya Jescheck señaló que la finalidad no puede equipararse aquí simplemente al dolo, pues justo éste lo tiene el mero partícipe. (pág. 37)

De esta forma se tuvo que abandonar la diferenciación en base a la finalidad, pues al tratarse de delitos estos son evidentemente dolosos, por lo tanto, no es suficiente el elemento subjetivo para una diferenciación clara. Para ello se tuvo que acudir a varios métodos que permitan una delimitación real.

En principio, se buscó explicar que la diferenciación entre autoría y participación debía partir del estudio de la influencia determinante que tiene un sujeto *sobre el curso de la acción y el resultado lesivo*, es decir, se reputará autor a quien a través de su voluntad pueda dominar o dirigir cada aspecto de la ejecución del hecho, sin influencia externa, si el sujeto no posee esta facultad nos encontraríamos ante otra clase de intervención delictiva.

Así, autor es quien determina si continuar, impedir o interrumpir la realización de un tipo penal. Si otras personas intervienen en el ilícito, pero su aportación es limitada a una tarea específica o su voluntad se encuentra subordinada a la de alguien más, constituiría un indicio de encontrarnos o bien ante otras formas de autoría o frente a complicidad o instigación.

La subordinación de un hecho a manos de otro implica poca incidencia o nula capacidad de redirigir el curso de la acción, consecuentemente se desvirtúa la autoría.

Por su parte, respecto a la inducción y complicidad Jescheck (2002), en su Tratado de Derecho Penal nos dice que “La inducción y la complicidad son frente a la autoría causas de extensión de la pena. Por ello la punibilidad de ambas formas de participación requiere una fundamentación especial” (pág. 737). Es decir, el inductor o cómplice es sancionado por haber determinado o colaborado al ejecutor-autor a la comisión de un delito siendo la pena a aplicarse conforme a la medida de su culpabilidad que es independiente de la del autor.

Para mayor beneficio teórico y práctico la teoría que actualmente encuentra mayores adeptos para diferenciar a la participación es aquella que la cataloga de accesoria que más-menos nos indica que el punto neurálgico de la participación reside en la colaboración secundaria respecto al apoyo material o determinación psíquica al autor, se trata de una colaboración que no influye en el desarrollo causal de forma decisiva.

En otras palabras, el reproche de culpabilidad del partícipe recae sobre los actos ejecutados para coadyuvar a la materialización de la acción (colaboración de la cual se podría desistir) o la influencia psíquica que ejerce sobre el ejecutor para determinarlo a una decisión. En la colaboración en un hecho ajeno, Jescheck (2002) nos advierte:

Solo esta teoría es compatible con la Ley puesto que deja claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo delictivo, sino que ***su injusto consiste en que interviene en la infracción de la norma del autor***. El injusto del hecho del partícipe es dependiente del fundamento y medida del injusto del hecho principal. (pág. 738)

Tenemos así, que instigar es motivar a alguien al cometimiento de un delito o como lo diría Jescheck “Inducción es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo” (pág. 739). Siendo esa la característica principal de la inducción o también conocida por otras legislaciones como instigación, la diferencia con la autoría, autoría mediata, coautoría, y complicidad radicaría en puntos cardinales (que a rasgos generales) son:

- 1) Respecto a la Autoría: No existe la ejecución de los elementos objetivos por parte del instigador o su ejecución directa, en otras palabras, no tiene control relacionado al curso causal que conlleva a un resultado.
- 2) Respecto a la Autoría mediata: Inexistencia de subordinación por parte del ejecutor o autor material, así como inexistencia de superioridad cognoscitiva o de poder en el instigador.
- 3) Respecto a la Coautoría: Inexistencia de un ***acuerdo común*** o división de tareas para la consecución de un resultado de beneficio conjunto.

- 4) Respecto a la Complicidad: El instigador no interviene materialmente en la ejecución del delito, mientras que el cómplice interviene a través de actos secundarios o coadyuva al mismo para su impunidad.

### **3.4 Elementos de la instigación**

Para proceder a la clasificación de los elementos que conforman la instigación, se toma como punto de referencia lo establecido por Jescheck (2002) en su Tratado de Derecho Penal, en donde esboza los elementos y los clasifica en 3 de la siguiente manera:

- 1) Medios de la inducción
- 2) El actuar doloso del inductor
- 3) La acción del inductor y su determinación en la resolución del delito

Sin embargo, para obtener una mayor claridad se ha procedido a continuar con la idea central de Jescheck, pero separando o fraccionando de manera particular los elementos de los que parte con el fin de obtener mayores indicadores que faculten diferenciar a la inducción de otras formas de intervención penal. Obtenemos así:

#### **3.4.1 Medios idóneos de persuasión o influencia dirigida al inducido**

El Código Orgánico Integral Penal no hace una descripción de cuáles son los elementos que permiten catalogar una intervención como instigación o inducción, simplemente se limita a dar un concepto insuficiente que debe ser completado a través de la jurisprudencia, la ley y la doctrina, puesto que resulta escasa la información para poder efectuar un análisis jurídico de la intervención.

Siendo así la realidad jurídica ecuatoriana y habiéndose esbozado el concepto, características y diferencias con otras formas de intervención delictiva, tenemos que la inducción necesita que la disuasión a efectuarse tenga un impacto relevante en el

inducido, de tal forma que alcance su determinación en materializar un resultado lesivo, esa determinación por razones lógicas suele producirse (en la generalidad de los casos) por la existencia previa de un nexo o vínculo entre inductor e inducido, vínculo que impulsa la acción.

La existencia previa de promesas, creencia de lo dicho en razón de la afinidad ideológica, religión, política, entre otros; enfatiza la capacidad del inductor de llevar al convencimiento al autor. Nos encontramos ante un elemento que nos indica que cualquier medio psíquico que convenza al autor a ejecutar un hecho es considerado válido, pero este medio no debe confundirse con la autoría mediata, puesto que existe una línea tenue que divide a la autoría mediata en virtud del error, de la violencia (amenazas) o recompensa económica con la inducción; en esos casos se debe examinar y comparar el grado de control del sujeto que persuade en el desarrollo o ejecución del hecho, es decir hasta dónde llega su facultad de control del curso causal de la acción.

Allí radicaría la diferencia con la inducción; en la inducción su participación va hasta la posibilidad de influir en otro para realizar el hecho, pero el hecho en sí mismo es controlado y desarrollado fase por fase por el inducido o instigado, el inductor no tiene control sobre el desencadenamiento de la acción.

### **3.4.2 Actuar Doloso y representación concreta del hecho principal**

Se exige que el agente provocador tenga consciencia y voluntad de efectuar el acto de persuasión hacia otro sujeto, el conocimiento previo del inductor es acerca de que su actuar desencadenará una acción dolosa, sin embargo, asume las consecuencias porque su querer del hecho es netamente doloso. Jescheck (2002) nos dice:

El inductor debe actuar dolosamente, bastando para ello con el dolo eventual (...). El dolo del inductor debe estar dirigido, por una parte, a la provocación de la resolución delictiva y, por otra, a la ejecución del hecho principal por el autor, incluidos los elementos subjetivos y la realización del resultado típico. (pág. 740)

En relación al resultado, la doctrina mayoritaria exige que el acto de instigación debe terminar en la consumación del resultado, no bastando la tentativa para la sanción al inductor. A ello se suma que el dolo del inductor debe ser concreto:

(...) esto es, ha de estar dirigido a un hecho determinado y a un autor determinado en el que debe provocar el surgimiento de la resolución delictiva. La inducción queda excluida tan pronto como el círculo de personas al que se dirige la invitación deje de ser individualizable. (Jescheck, 2002, pág. 741)

Ello no quiere decir que deben estar especificadas situaciones concretas relacionadas al tiempo, lugar, modo de ejecución del delito puesto que se trata de acciones a desarrollarse con posterioridad y que dependerán del ejecutor más no del inductor; *el rol del inductor se limita a provocar una decisión en el ejecutor, más no la forma en como desarrollará el delito.*

### **3.4.3 Aspiración a la consumación del hecho principal**

La determinación de responsabilidad por inducción, nos dicen algunos autores, debe alcanzar (al menos) el grado de tentativa, solo así resulta necesario proceder a su análisis y consecuentemente a la imposición de una sanción. En el supuesto del cometimiento de la infracción en virtud de un sujeto no cualificado, pero que exige el tipo penal, se procede a la sanción de forma diferenciada en virtud de ser un delito especial propio manteniéndose la responsabilidad de los intervinientes.

La demostración de la aspiración a la consumación del hecho principal debe estar en consonancia con el desarrollo de la acción, ello permitiría enfatizar la existencia de la participación. No se trata de un aspecto meramente subjetivo, también implica su conexión con la exteriorización de la acción que en párrafos anteriores es de una complejidad demostrar, pero se puede partir de puntos básicos.

#### **3.4.4 Publicidad de la instigación (excepción)**

En el caso ecuatoriano el COIP (2014), establece en su artículo 363, la pena concreta en caso de una instigación pública, en dicha situación el persuadir públicamente a la comisión de un delito es ya de por sí penada; mientras que en la inducción particular se debe estar pendiente a lo descrito en líneas precedentes.

La publicidad puede evidenciarse de variadas formas entre ellas: utilización de redes sociales o medios de comunicación, utilización de estructuras organizadas como puente para la incitación al cometimiento de un delito, entre otras.

Se sostiene que, en el caso de la utilización de instituciones como puente para el cometimiento de delitos, la inducción suele presentarse de forma tácita sin una expresión exacta o directa. Ello dificulta la fase probatoria, pero se da en cuanto la inducción provenga de un mando jerárquico superior que comunica de alguna forma su deseo de materializar uno o varios actos antijurídicos que pueden ser decisivos en la decisión de cometer la infracción por parte de sus subordinados o también cuando existe un vínculo compartido en relación de ideología, religión, etc.

#### **3.4.5 La acción del inductor debe generar la resolución delictiva del autor**

El inductor debe ser quien determine o influya en el otro sujeto a cometer el delito, si por razones ajenas al inductor el agente ejecutor se encontraba decidido previamente al cometimiento del hecho, resultando insustancial la instigación efectuada, se desvirtuaría la figura de la inducción dando paso a una posible intervención a título de complicidad o impunidad conforme se analice la responsabilidad. Jescheck lo expresa de la siguiente manera:

Finalmente, la acción del inductor debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal. Si este último se encuentra ya decidido a la perpetración del hecho (*omnímmodo facturus*), se plantea solo la inducción intentada o la complicidad

psíquica. La “inclinación al hecho”, no obstante, no constituye todavía una resolución firme por lo que la inducción en tal caso es todavía posible. (Tratado de Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 741)

### 3.5 La acción del inducido y el exceso del autor principal

Al hablar del Dolo también se debe hacer alusión a su limitación respecto a la extensión de la responsabilidad, así en caso de exceso en el desarrollo del curso causal por parte del ejecutor resultaría arbitrario agravar la situación del inductor si su voluntad no es coincidente con las acciones realizadas.

Si el inductor rechaza los actos ejecutados por el autor es responsable hasta el límite de su dolo en cuanto no los consideraba dentro de su determinación. Esto en razón de una teoría netamente subjetiva. Los excesos que pueden existir en la inducción según Jescheck (2002) son de dos tipos:

1. **Exceso Cualitativo:** El Autor comete un hecho contrario al que buscaba determinar al inducido.
2. **Exceso Cuantitativo:** El autor realiza actos que van más allá de lo proyectado (agravando la situación) para la consecución del resultado.

Lo determinante dentro de este tema es esclarecer la desviación o separación del plan principal considerado por el inductor, ejemplo, que el inductor determine al autor a un delito de lesiones y éste cometa un asesinato. En este caso debe responder solo hasta donde el hecho coincida con su dolo, sin responder por los excesos.

Sin embargo, existen autores que sostienen que, al determinar al autor al cometimiento del delito, éste en virtud de su conocimiento y casi nulo control del curso causal puede prever circunstancias concomitantes al hecho, y por lo tanto se podría considerarla como una aceptación tácita de los excesos que realice el inducido.

El problema a resolver se encuentra en la relevancia de la desviación, así si nos encontramos ante una desviación irrelevante, ejemplo, error en la persona del autor; igual surge la responsabilidad de los intervinientes. Diferente es el tratamiento cuando las circunstancias de desviación son relevantes para el autor y puedan conducir a un hecho culposo, pero manteniendo la responsabilidad inicial por parte del inductor.

En dichos casos la doctrina se ha pronunciado y ha esclarecido que el tratamiento que se efectúa a la instigación es de forma individualizada o singularizada conforme al accionar del inductor y conforme el accionar del inducido. Son distintos los estadios en los que intervienen y conforme a aquello debe aplicarse la sanción (pena), pero sin alejarse del marco penal que implica el hecho principal. Jacobs (1997) al hablar del castigo que debe merecer el inductor frente al autor expresa:

Al inductor se le castiga “igual que al autor”. Esta regulación es incorrecta, incluso desde la interpretación estricta, que aquí se propugna, de la inducción. La fundamentación usual de que el inductor ha dado el impulso decisivo hacia el hecho constituye una consideración material aislada sin valor sistemático: También la cooperación necesaria es decisiva en este sentido, *pero comporta una menor responsabilidad*, y todo autor único no sólo decide, sino que además tiene dominio del hecho, sin responder en mayor grado. *Por eso es preferible prever una atenuación facultativa.* (pág. 743)

## CAPÍTULO 4

### 4. La instigación en el Código Orgánico Integral Penal

#### 4.1 Conceptualización doctrinaria del Tipo

Determinada la existencia de una actuación u omisión susceptible de reproche penal, se procede a estudiar la primera etapa establecida según la Teoría General del Delito, la tipicidad, que es establecer si se tiene o no un hecho que constituye un ilícito penal y consecuentemente merecimiento de una pena.

Para la configuración de un injusto penal se requiere que la conducta desplegada o la omisión a que se dio lugar se encuentre descrita y coincida con lo recogido por un tipo penal. El ordenamiento jurídico está compuesto por normas que buscan -en materia penal- salvaguardar aquellos valores elementales para el desarrollo de la vida en sociedad, de tal manera que a través del tipo penal se recoge lo que busca proteger la norma, y ese interés o valor sustancial es elevado a la categoría de bien jurídico. El bien jurídico protegido es aquello que fundamenta el tipo penal y será la justificación para recurrir a la vía jurisdiccional en caso de su vulneración.

El delimitar cual es el bien jurídico protegido permite conocer el alcance del tipo penal, pero sobre todo determinar cuál es la conducta atentatoria a ese bien jurídico que será imputada a título de autor. Debe existir una diferenciación previa entre la norma, el tipo penal y el bien jurídico protegido; Donna (2008) al respecto nos dice que ante la existencia de una conducta delictiva lo que ocurre es:

Lo que viola el delincuente no es el tipo penal, sino la norma. Cuando el autor del homicidio mata no hace otra cosa que cumplir con la ley penal (...), viola la norma que indicaba cuál era el camino que debía seguir, esto es, la prohibición de dar muerte a una persona. Por ello, puede decirse que la conducta típica es aquella que se corresponde con la descripción de un tipo penal determinado, pero que, al mismo tiempo, resulta contraria a la norma prohibitiva o al mandato que siempre se encuentra implícita en la ley penal. Al respecto, afirma Stratenwerh que “el tipo en

sentido estricto consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato, a la que se refiere la conminación penal”. (Derecho Penal Parte General – Tomo II, pág. 355-356)

En otras palabras, el tipo penal tiene sentido en cuanto existe una norma previa que justifica su incorporación y consecuente protección penal, estas normas pueden ser prohibitivas de efectuar cierta conducta o mandatos en cuanto a exigir acciones, todo ello en vinculación con ese interés o valor que la regulación penal pretende proteger.

En razón de ello, surge el tipo penal que contiene no solo el bien jurídico considerado sustancial para la vida en comunidad, además contiene la sanción a aplicarse ante la transgresión de la norma prohibitiva o mandataria, y sobre todo constituye una garantía ciudadana en cuanto a la limitación al poder punitivo del Estado.

El tipo penal tiene vinculación directa con el principio de legalidad, en Ecuador contenido en el Artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República, es decir, solo aquello que se encuentra descrito como delito en la ley puede ser objeto de imputación penal, así el tipo penal cobra relevancia en razón de su contenido puesto que limita y da las pautas para proceder al análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Conforme el avance y evolución de la Dogmática Penal, el primer dogmático en acuñar el concepto de tipo penal fue Beling, quien buscaba la diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad; para el autor el tipo contenía los elementos objetivos que permitían catalogar una conducta como delictual a la cual solo debía acoplarse el dolo del autor. Tipo es así una figura conceptual contenedora de los elementos configuradores o característicos de una conducta u omisión sujeta a sanción y la cual se analiza a la par del elemento subjetivo doloso o imprudente. Se trata de una figura que además cumple con funciones, que Donna (2008) en su obra de Derecho Penal Parte General (tomo II) divide en 3:

#### **4.1.1 Función Garantista**

Representa un límite al poder punitivo del Estado por su vinculación directa con el principio de legalidad, puesto que solo la conducta prevista en el tipo puede ser objeto de un juicio de reproche penal. La garantía también se refiere respecto de su forma de creación, modificación e incorporación en un cuerpo normativo, en Ecuador solo la Asamblea nacional dispone de la facultad para efectuar los cambios descritos, es decir, en materia penal la ley es fuente primordial del Derecho, el resto de fuentes como la Doctrina, Jurisprudencia complementan a la ley para otorgarle sentido y razón a su origen o aplicación. Lo que no se encuentra previsto en un tipo penal imposibilita al Derecho Penal a intervenir como materia competente.

#### **4.1.2 Función Seleccionadora**

Del cúmulo de conductas que pueden presentarse en el desarrollo de la vida en sociedad, el Derecho Penal debe establecer de forma taxativa cuales serán penalmente relevantes. No busca limitar acciones para llegar a un no hacer absoluto, busca específicamente dar a conocer a la colectividad que se encuentran en libertad de realizar cual acción requieran o ejercer cualquier derecho otorgado por el Ordenamiento Jurídico, pero teniendo presente que ante un actuar (u omisión) prohibido en razón de la importación del valor o interés que se busca proteger surgirá la sanción punitiva, esto en base a la importancia o el impacto social en el que deviene su realización.

Ejemplo, en el delito de Falsificación y uso de documento falso, no solo se trata de una afectación a la fe pública, se trata de una afectación directa al normal funcionamiento de las actividades comerciales, financieras, jurídicas, entre otras, que se encuentran solventadas a través de la documentación que contiene un valor socialmente aceptado y otorgado por la colectividad; a través de éstas se busca justificar o probar la existencia de las relaciones que se han dado entre los individuos, con miras a garantizar el cumplimiento de acuerdos u obligaciones en caso de presentarse divergencias entre las partes involucradas.

Nos encontramos ante la posibilidad de desenvolvernos libremente, pero con conocimiento de las consecuencias jurídicas a que habrá lugar ante el incumplimiento de la norma, a decir de Welzel (1987) en la ley descansa la obligación de especificación de la conducta prohibida y en nosotros los ciudadanos la obligación de adecuar la conducta a la norma.

#### **4.1.3 Función Motivadora**

La norma se dirige a los ciudadanos con capacidad de motivación, con capacidad de comprensión de las disposiciones normativas, consecuentemente capaces de entender y adecuar su conducta a lo dispuesto por la misma.

La función motivadora busca a través de los tipos penales que los ciudadanos a más de conocer cuáles son las conductas prohibidas y sujetas a sanción penal, se quiere ejercer una influencia psicológica para que los ciudadanos adecuen su conducta y se abstengan de afectar bienes jurídicos en razón de la existencia de conductas que, por concepción de la generalidad, son consideradas atentatorias y deben ser protegidas a través de la imposición de una pena, a través de la amenaza busca motivar o inculcar el respeto a la norma por las consecuencias que se derivan de su vulneración.

Es el tipo penal un concepto normativo fundamental ya que en su configuración se encuentran elementos diferenciadores, móvil de la conducta o verbos rectores, a quien se reputará autor y las calidades especiales que debe revestir de ser el caso, la descripción del delito en sí mismo, etc. Es el punto de inicio y su contenido da las pautas a la investigación en cada delito en particular, puesto que del mismo se determinará si se está o no ante un delito y el tipo de delito como tal.

De la descripción del delito se puede establecer cuál es la estructura del actuar humano reprochable, en razón de que los tipos penales pueden ser de acción u omisión, ello en vinculación con la existencia de normas prohibitivas y otras que mandan o exigen un actuar en razón de la posición en la que se encuentra una persona frente al bien jurídico tutelado. Esto es lo primero que debe delimitarse para entender cuál es la conducta que

se busca sancionar, posterior a ello el tipo penal también describe cual es el resultado de esa conducta sean delitos de resultado, de peligro, entre otros. Todo lo esbozado describe la relevancia de su adecuada configuración.

Es, en consecuencia, el tipo penal el contenedor de la teoría, la doctrina, el limitador de la conducta reprochada, contiene las características del sujeto titular de la acción delictuosa o la omisión que deriva en responsabilidad, es el tipo el que contiene o describe al delito y da las pautas para su configuración en el plano material.

## **4.2 Elementos del Tipo**

### **4.2.1 Elementos subjetivos**

Los dos elementos subjetivos base de toda imputación penal son el dolo y la culpa, en el Código Orgánico Integral Penal encontramos su conceptualización en el artículo 26 y 27.

Artículo 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena. (COIP, 2014, pág. 19)

Artículo 27.- Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código. (COIP, 2014, pág. 19)

Si bien, el Código Orgánico Integral Penal no hace una correcta conceptualización dogmática de lo que debe entenderse por dolo o culpa, la misma es complementada a través de la jurisprudencia y la doctrina.

El tipo penal se encuentra constituido por elementos objetivos y subjetivos, los mismos no pueden encontrarse aislados, debe existir una congruencia entre ambos elementos. Así, el tipo subjetivo se encontrará reflejado en los elementos objetivos, y los elementos objetivos evidenciarán el dolo o la culpa.

No se puede hablar de una totalidad objetividad en la tipicidad, siendo el propio tipo penal el que recurre al ánimo del autor para la configuración del delito, incluso la existencia de delitos en donde la conducta per sé implica un aspecto subjetivo de la acción, ejemplo de ello es el delito de injurias. Donna (2008) al respecto sostiene que “El tipo penal es preponderantemente objetivo, pero dicha regla retrocede cuando la propia descripción legal contiene elementos psíquicos de índole anímico-emocional” (Derecho Penal Parte General – Tomo II, pág. 369), que resultan incluso indispensables para su valoración jurídico-penal.

Los elementos subjetivos no son más que la demostración de que la conducta desplegada u omitida respondieron a una intención, conocimiento y voluntad de alcanzar un resultado o en otros casos a una imprudencia. Su demostración, como se dijo en líneas anteriores dependerá en gran medida de su congruencia con los elementos objetivos, puesto que el uno depende del otro y viceversa, es decir, existe en el estadio de la tipicidad un indicio de la antijuridicidad de la conducta que permitirá sostener que esa acción reviste la calidad de ser contraria al ordenamiento jurídico, por lo tanto, prohibida por el Derecho, sin embargo, el autor o autores llevaron a cabo su comisión pese al conocimiento previo de su prohibición o mandato. Esto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen la acción, también conocido como elementos negativos del tipo, motivo de análisis en subsiguientes investigaciones.

El elemento subjetivo ha permitido sostener las diversas formas de autoría mediata, esto con el objeto de diferenciar aquellos casos donde si bien existe una aparente congruencia entre la conducta desplegada y su autor, el mismo pudo haberse encontrado infringido por una voluntad ajena que lo obliga a desplegar una conducta o por las diversas circunstancias que clasifican la autoría mediata, analizado ya en capítulos anteriores.

Solo a través de la demostración de la conexidad entre la voluntad y el aspecto material se puede hablar de la configuración del delito, ante la falta de uno u otro elemento surgirán consecuencias jurídicas diferentes que incidirán de manera inminente en la determinación de responsabilidad y materialidad. Es decir, se verá afectada la posibilidad de imponer una pena o la posibilidad de responsabilizar a una persona por tal acción u omisión.

#### 4.2.2 Elementos objetivos

El legislador al elegir que conducta será punible procede a describir cuales son las condiciones que deben darse para configurar ese delito en particular. Conforme lo determina la Constitución y el principio de legalidad, para un correcto proceder jurídico el tipo penal debe encontrarse descrito de tal manera que en él se encuentren todos los elementos que permitan establecer si nos encontramos o no ante un accionar doloso o imprudente, sin embargo, la realidad jurídica es otra y el legislador ha introducido en ciertos tipos penales elementos abstractos que deben ser complementados a través de la labor jurisdiccional.

Ejemplo: el deber objetivo de cuidado contenido en el artículo 146 de homicidio culposo por mala práctica profesional. Así también, nos encontramos con tipos penales en blanco que nos remite a otros sectores del ordenamiento jurídico para su entendimiento y complementación.

En búsqueda por establecer elementos específicos o palpables en la realidad, los tipos penales se encuentran configurados de los siguientes elementos objetivos:

- a) **Sujeto activo:** puede ser autor uno o varias personas; el tipo también contiene las características especiales que debe revestir el autor en delitos particulares, ejemplo, artículo 281 del COIP que describe el delito de concusión, nos habla que se reputará autor a los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, quien no tiene esta cualidad no se considera autor.

- b) **Sujeto pasivo:** En rasgos generales es la víctima; en algunos casos el objeto material de la infracción y el bien jurídico coinciden en la misma persona en razón del delito, ejemplo, delitos contra la vida, integridad sexual o reproductiva, delitos contra la libertad personal, etc.
  
- c) **Conducta identificada a través de uno o varios verbos rectores:** Es la conducta prohibida o la conducta no desplegada en razón de un mandato (omisión). Es la que justifica la imposición de una pena.
  
- d) **Bien jurídico protegido:** Distinto es el objeto de la acción del bien jurídico. Es el valor indispensable para el desarrollo social y que el legislador ha decidido protegerlo a través de la amenaza de una pena en caso de su transgresión.
  
- e) **Pena privativa de libertad, multa, amonestación:** Sanción a aplicarse en caso de establecerse la responsabilidad por el hecho u omisión.

Dependiendo del tipo de delito otros elementos objetivos también pueden ser considerados como parte configuradora del mismo, algunos de ellos tienen que ver con los medios empleados, las circunstancias de tiempo y lugar, entre otros.

En algunos casos al resultado material también se lo ha pretendido considerar como parte de los elementos objetivos del tipo, sin embargo, autores como Donna (2008) descartan que el resultado pueda ser considerado como una condición objetiva de punibilidad.

Lingüísticamente el tipo penal hace alusión a palabras que nos permite aludir si la misma tiene o no una connotación subjetiva u objetiva, si es o no posible su aprehensión con los sentidos, si su demostración podrá o no verificarse en el plano exterior o si se podrá vincular en razón del contexto para demostrar su existencia.

Todo tipo penal contiene elementos descriptivos y normativos, estos permiten de mejor manera entender el tipo penal, así Donna (2008) los conceptualiza de la siguiente manera:

Los elementos descriptivos son aquellos que se refieren a seres, objetos o actos que pueden ser percibidos por los sentidos, sin necesidad de una valoración especial. En palabras de Polaino Navarrete, “son aquellos elementos del tipo susceptibles de ser estimados espacial y temporalmente en cuanto perceptibles por los sentidos, correspondiendo su apreciación al juez por medio de una simple actividad de conocimiento referida a la constatación de determinadas manifestaciones sensorialmente perceptibles en el mundo externo. En cambio, los normativos son aquellos que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, sino que suponen una valoración especial, que puede ser de tipo jurídico, social o cultural. El juez se debe remitir a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal, como disposiciones o regulaciones pertenecientes a otros sectores del orden jurídico, o simplemente valoraciones que tienen que ver con la ética social o los usos y costumbres, ejemplo, “cosa mueble” en el hurto, “funcionario público” en los delitos contra la administración pública, etc. (Derecho Penal Parte General – Tomo II, pág. 407- 408)

Todo aquello que logre subsumirse en los conceptos dados por Donna y que no tengan que ver con el dolo o la culpa se constituirá en un elemento objetivo del tipo y cuya identificación, como se ha descrito, puede encontrarse literalmente descrita o de su vinculación con otras ramas del Derecho.

#### **4.3 Regulación de la instigación en el Código Orgánico Integral Penal**

Descritas las características del tipo penal, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 363, capítulo sexto, relacionado a los delitos contra la estructura del Estado Constitucional, en su sección única, establece a la instigación como un tipo penal autónomo con aplicación de una pena determinada, diferente a lo descrito en el artículo

42 del mismo cuerpo normativo en donde haciendo alusión a la autoría mediata, cataloga como autor mediato al instigador.

En principio, para imponer una pena al instigador esta debe ser aplicada conforme el delito que es perpetrado por el instigado, en razón de ello se determinará la pena para el instigador (principio de accesoriedad). Sin embargo, como se aprecia en el COIP, la instigación se condensa en un tipo penal independiente, pero con una característica especial y que es *la publicidad de la acción de instigación*, que viene a ser una de las formas de manifestación de la instigación; siendo el ejecutor el que alude la responsabilidad de un tercero en el hecho, porque sin su intervención no se hubiese decidido a cometer una infracción, corresponde analizar los medios de prueba y demostrar a través de una teoría subjetiva si la acción de instigar por parte de un tercero ha sido o no relevante y justifica su reproche penal. Resulta difícil la demostración de manera objetiva y material de la intervención del instigado, su demostración implica una alusión subjetiva.

El artículo 363 al encontrarse inmerso en el capítulo de los delitos contra la estructura del Estado Constitucional, permite deducir la razón de su incorporación en un tipo penal independiente, y esta razón se encontraría sustentada en la existencia de determinadas personas o grupo de personas que ejercen cierta notoriedad en la vida pública y consecuentemente tendrían la posibilidad de influir, por la afinidad o simpatía, en otras personas de manera negativa.

La conducta penalmente relevante en el caso del artículo 363 surge cuando las personas con seguidores o personas afines a su ideología, religión, política, etc. Utilizan su posición dentro del ámbito social para motivarlas o determinarlas a cometer un delito que devendría en la desestabilización de la sociedad y del Estado Constitucional, puesto que dependiendo del tipo de delito la afectación se dirigirá a distintas áreas del Derecho y la sociedad.

Ejemplo: Un político con apoyo popular induce a través de comentarios en un

noticiero nacional a una persona o grupo de personas a que se tomen la fiscalía provincial, y destruyan los documentos que encuentren a su paso.

Sin embargo, no se descarta la posibilidad de sancionar con la pena privativa de libertad contenida en el articulado en el caso de que, pese a no ser una persona socialmente notoria o pública, influya en un tercero y lo induzca a cometer cualquier delito; en este supuesto solo bastaría con la comprobación de que la conducta fue realizada por cualquier medio o forma pública.

El análisis de la relevancia del influjo psíquico que ejerce un ciudadano sobre otro dependerá de los diversos factores que revistieron la acción y las características de quien induce, así como el impacto o determinación que tuvo en el inducido. Dependerá en cada caso en concreto de los factores que revisten el hecho.

Es en el artículo 363 del COIP donde se encuentra cuáles serán los elementos que diferenciarán la simple instigación de la instigación pública, atendiendo al hecho de que por sí la figura de la instigación ya prevé las diversas formas de instigación. Sin embargo, por la ubicación del tipo penal de instigación, y en razón del pronunciamiento que se ha hecho la Corte Penal Internacional relacionado a la instigación masiva a la comisión de delitos y que han conmovido a la realidad histórica, se entendería la razón de su incorporación en el título de los Delitos contra la estructura del Estado, es decir, se busca velar por la constitucionalidad y normal funcionamiento del ordenamiento jurídico. Así el COIP (2014), describe a la instigación como:

Art. 363.- Instigación. - La persona que **públicamente** instigue a cometer un delito contra una **persona o institución** y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (pág. 133)

Del articulado se infiere que, para poder sancionar de seis meses a dos años a un ciudadano por instigación, el tipo penal exige los siguientes elementos:

- 1) Existencia de la instigación a través de cualquier acción o medio que determine en otro sujeto la decisión de cometer un delito.
- 2) Inexistencia de encontrarse previamente decidido a cometer un delito, en estos supuestos la intervención de otro es irrelevante a efectos de responder penalmente.
- 3) Publicidad de la instigación, la efectuada de forma privada en principio no constituiría delito, sin embargo, genera controversia pues en las formas de intervención delictiva adoptadas por la dogmática penal, la participación engloba a la complicidad y a la instigación, consecuentemente procedería su sanción una vez comprobada el rol del sujeto en un hecho delictivo.
- 4) El objeto del delito de instigación no se limita a una persona, puede recaer sobre una institución de allí la razón de encontrarse entre los delitos contra la estructura del Estado.
- 5) El inductor no debe encuadrar su conducta en otras formas de intervención delictiva como: autoría, complicidad, coautoría, y demás.
- 6) La sanción, conforme se desprende del tipo penal, dependerá del delito al cual se impulse su comisión, entendiéndose que la punibilidad del inductor depende del delito a cometerse por el inducido.
- 7) Materialidad del delito. Si no existe la consumación del resultado, la reprochabilidad del inductor decaería, puesto que se entendería que el influjo psíquico del inductor no fue suficiente.

Autores como Creus (1992), sostiene que la naturaleza del delito de instigación requiere su materialidad para la punibilidad del sujeto inductor, sin ésta su participación decae, por ende, no cabe la tentativa.

- 8) Elemento subjetivo: Dolo del inductor y del inducido.

Como elementos adicionales que permitan diferenciar e identificar a la instigación se agregaría la inexistencia de dádiva o compensación económica al inducido, en caso de existir aquello la figura delictiva cambiaría.

#### **4.4 Consecuencias Jurídicas por el abordaje de la Instigación como tipo penal**

Al tratarse a la instigación como un tipo penal independiente, se entendería que al cumplirse jurídicamente todos aquellos elementos que prevé el tipo penal del artículo 363, daría lugar a la aplicación de la pena, puesto que se lo toma como un tipo penal ajeno a otras formas de participación contenidas en el capítulo tercero del COIP (2014), es decir, al encontrarnos en el Derecho Penal y estar prohibida una interpretación extensiva de la norma no habría más que proceder a la aplicación de la pena, de 6 meses a dos años, en caso de configurarse la instigación pública y otros factores contenidos en el tipo.

Distinto es el caso de la complicidad y la instigación que son figuras que coadyuvan o dependen de la acción de un tercero, hablando concretamente de la complicidad, el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal (2014), nos dice que “(...) El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor” (pág. 24). En dicho caso la incidencia en la aplicación de la pena es relevante porque quien interviene en un hecho delictivo en calidad de cómplice responderá con una pena menor, pero que dependerá de la pena que se aplique al autor, y para ello se atenderá también al delito cometido. En otras palabras, las consecuencias jurídicas en la complicidad, concretamente la pena, son diferentes y dependientes de la acción principal de un tercero.

El artículo 363 del COIP contiene una pena propia, por lo tanto, es ajeno a la acción de un tercero, y aunque dogmáticamente la instigación está considerada dentro de la clasificación de la participación, que en principio se trataría de una figura que depende del accionar de un tercero, en el caso ecuatoriano se lo ha subsumido como un tipo penal independiente con consecuencias jurídicas propias.

#### **4.5 Incidencia en la aplicación de la pena al reconocer a la instigación como una forma de participación**

En párrafos anteriores se había esclarecido, de manera general, que la Dogmática Penal hace una diferenciación entre dos formas de intervención delictiva básica, la autoría y participación. La autoría en la que se encuentra englobada sus variantes que pueden ser: autor directo, autor mediato, coautoría; en cambio en la participación se encuentra englobada la complicidad y la instigación, que como ya se había estudiado son figuras jurídicas dependientes de la intervención de un tercero en un hecho delictivo. Sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 41 solo se refiere a la autoría y complicidad, dejando de lado a la instigación que pertenece al mismo género participativo que la complicidad.

Al tratarse de figuras delictivas (instigación-complicidad) en donde la responsabilidad penal se determina en correlación con la responsabilidad que ha surgido de quien efectivamente realizó el hecho principal, entonces la incidencia en la aplicación de la pena resulta relevante, recordando que en la instigación si bien es motivar o convencer a otro de cometer un delito, su participación se agota ahí, en el momento que efectuó la acción de instigar. De quien depende ejecutar o no el hecho es de un tercero con voluntad propia, de allí que la doctrina establezca que para determinar la responsabilidad del inductor el mismo debe haber influido en la psique del autor de forma determinante, caso contrario al ser un influjo insuficiente su responsabilidad penal no surgiría.

El instigador únicamente podrá ser sancionado en cuanto su actuar haya determinado el actuar de otro sujeto que efectivamente ejecuta el hecho delictivo, y siempre y cuando no existan otras circunstancias que modifiquen o no abarque el dolo del instigador, ejemplo, el inducido que lleva el resultado más allá de lo querido por el inductor. Se trata de factores que deben ser estudiados a la luz de la dogmática penal.

Volviendo al análisis del Código Orgánico Integral Penal, el mismo al describir a la complicidad determina una pena diferenciada ante el autor de un delito, ello precisamente por la comprensión teórica de que se trata de figuras accesorias o dependientes, es decir, se trata de formas participativas que requieren obligatoriamente de la intervención de otro sujeto para poder surgir a la realidad penal. Si el artículo 43 del COIP, contiene una pena diferenciada de un tercio a la mitad de la pena que se le establece al autor, y al ser la complicidad una de las formas de participación accesoria, en donde en inicio se dijo que también forma parte la instigación, resulta evidente que al reconocer de forma taxativa a la instigación como forma de participación la pena a aplicar será diferente (menor) a la pena impuesta al autor o autores de un delito.

La instigación debe ser tratada como una forma de participación delictiva, aún más cuando nuestro COIP lo toma como un tipo penal autónomo incorporándolo en el artículo 363; el establecer el concepto adecuado sea dentro del artículo 363 o reconocer de forma expresa a la instigación dentro del capítulo tercero del COIP, permitirá un adecuado tratamiento dogmático por parte de jueces, abogados, y fiscales.

Actualmente el COIP recoge a la instigación, pero considerándola sinónimo de la autoría mediata, si se continúa tratando a la figura de la autoría mediata como si fuese la figura de la instigación, su aplicación a la postre resultaría imposible, pues atendiendo a los principios teórico-dogmáticos que sustentan dicha forma de participación, y aún más después de haber esbozado en capítulos anteriores que la característica principal de la instigación es la imposibilidad de dirigir el curso causal de la acción.

El seguir estudiando a la instigación como autoría mediata derivaría en la aplicación de una pena injusta o desproporcional frente a un sujeto cuya conducta puede o no haber sido determinante en otro sujeto con voluntad propia. Si un sujeto con consciencia y voluntad propia despliega o pone en marcha una acción su conducta

en principio encuadraría en una autoría directa, y el solo hecho de que alegue que fue influido por un tercero recaería en una tarea compleja de comprobación o de prueba.

El demostrar que ha sido inducido por otro, requerirá analizar diversas circunstancias como la edad del sujeto inducido, madurez psicológica, relación con el inductor, entre otras, son parámetros que de alguna forma impiden catalogar cualquier acción irrelevante como instigación. Mientras tanto, resulta difícil catalogar a un individuo como autor mediato cuando la conceptualización acuñada por el artículo 42 es la incorrecta, ello solo deviene en confusión, pero sobre todo en la restricción de la aplicación de una pena, pues la instigación es dependiente de la acción de un tercero y autor mediato es quien, por medio de otro, consigue la consumación de un resultado que lo considera propio.

La autoría mediata surge como un medio de contención para la impunidad cuando se utiliza a otros sujetos para cometer un delito, pero es la propia teoría la que establece cuales son esos casos donde el sujeto utilizado como instrumento estaría exento de responsabilidad penal, caso contrario se estaría frente a la coautoría o autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

Para eximir de responsabilidad al instrumento del autor mediato se requiere que el mismo encuadre su conducta en alguno de los supuestos de la autoría mediata, esto es: visualizar a inimputables o menores como instrumento, aprovechamiento del error en el que se encuentra el instrumento, etc. Si el instrumento no se encuentra dentro de aquellos supuestos su sanción resultaría ilegítima o incorrecta pues se trataría de otra forma de intervención delictiva, y al tratarse de otra forma de intervención delictiva se debe atender si es autoría o participación (complicidad o instigación) porque la pena a aplicar será diferente.

#### **4.6 ¿Necesidad de una enmienda?**

Al igual que lo descrito en el punto 2.7 del capítulo 2 de este trabajo investigativo, se requiere la supresión del concepto que se utiliza para catalogar a la autoría mediata porque la misma devendría en la imposibilidad de su aplicación por tratarse de una figura participativa diferente con consecuencias jurídicas relevantes y distintas en cuanto a la aplicación de la pena, y atendiendo que uno de los principios neurales que caracteriza al Derecho Penal es el principio de legalidad, su necesidad crece para la existencia de una coherencia teórica y acorde a la realidad social imperante.

La enmienda es el camino correcto para volver a darle un sentido científico-técnico al Derecho Penal, que por la falibilidad humana puede llegar a trastocar las bases sobre las cuales diversas sociedades han sustentado el poder punitivo del Estado, y al trastocar su esencia ello devendría en un atentado contra el Derecho y los derechos de los ciudadanos.

## 5. Conclusión y toma de postura

De lo expuesto, se concluye que el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal numeral 2, literal a), ha confundido conceptualmente a la Autoría Mediata con la Instigación, tomándolas como figuras delictivas análogas, sin embargo, del estudio realizado se ha esclarecido que se trata de formas de intervención delictiva diferentes con consecuencias jurídicas significativas en cuanto a la aplicación de la pena. El tratamiento que actualmente efectúa nuestro COIP deviene en una falta de congruencia dogmática e imposibilidad de aplicación práctica pues como se expuso, tanto la autoría como la participación tienen una diferencia sustancial y ello reside en que la participación (inducción y complicidad) requiere necesariamente la existencia de un autor o autores principales. La participación obligatoriamente va ligada a la acción de un principal.

La teoría que se utilice para catalogar la conducta desplegada por un sujeto como autoría o participación debe ser un criterio objetivo-técnico, que aborde no solo el aspecto conceptual o teórico para establecer las diferencias existentes en los diversos grados de intervención, sino que sea capaz de acaparar todos aquellos conceptos normativos que permitan determinar cuando se está ante autoría, autoría mediata, coautoría, inducción o complicidad. Por ello, la teoría que mejor abarca la infinidad de posibilidades para distinguir al autor del partícipe es la teoría objetivo-material, es esta teoría la que mejor delimita las características, consecuencias y beneficios prácticos en el momento de estudiar la acción y sus resultados.

El proceder a la supresión de un concepto inequívocamente ubicado en una figura dogmáticamente distinta, es una necesidad no solo legal sino una necesidad jurídico-social; el Derecho Penal debe estar en armonía con las normas que legitiman su intervención, el abordar de forma errónea los tipos penales, formas de participación, penas o medidas de seguridad solo le restaría legitimidad y principios como de legalidad, seguridad jurídica, mínima intervención estarían vulnerándose.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano debe sostenerse sobre bases sólidas, y al tratarse de un cuerpo normativo que rige la conducta de los ciudadanos que en caso de incumplimiento los sanciona con la privación de uno de los derechos consustanciales al ser humano, la libertad, el mismo debe contener una motivación, razón, origen con sustento científico-técnico, de ahí que se denomine al Derecho en general como una ciencia jurídica.

La falibilidad del hombre nos demuestra que podemos encontrarnos ante diferentes situaciones que pueden poner en peligro el entendimiento de la norma, por ello la enmienda surge como un mecanismo de corrección y sobre todo como un mecanismo que le permite a la norma volver a obtener legitimidad.

## 6. Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2021). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2012). *Código Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi SRL.
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires : Astrea.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría General del Delito I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni S.A.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo III Teoría general del delito - II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores S.A. .
- Frister, H. (2011). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.I.
- Hernández Arguedas, F. (Diciembre de 2015). *Scielo.org*. Obtenido de [https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152015000200010](https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010)
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- Jescheck , H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada: Editorial Comares, S.L.
- Jiménez de Asúa , L. (1976). *Tratado de Derecho Penal Tomo V - La culpabilidad*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal Parte General - Octava edición* . Valencia: TIRANT LO BLANCH .
- Olásolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Orestes Arenas Nero. (2020). *www.redalyc.org*.  
doi:<https://doi.org/10.24142/raju.v15n30a8>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Sánchez Málaga, A. (Junio de 2017). *lenguacastellanos.blogspot.com*. Obtenido de [lenguacastellanos.blogspot.com](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC_TESIS.pdf?sequence=1):  
[https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC\\_TESIS.pdf?sequence=1](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC_TESIS.pdf?sequence=1)

Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Parte General 12º Edición*. Buenos Aires: ROQUE de Palma.