

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

La coautoría en el delito de delincuencia organizada

Juan Josué Bautista Caza

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del
título de Abogado

Quito, 19 de abril 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Josue Bautista Caza

Código: 00213170

Cédula de identidad: 0503830416

Lugar y Fecha: Quito, 19 de abril 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

Juan Josué Bautista Caza²
juan_josuebc@outlook.com

Resumen

El análisis de la delincuencia organizada, desde la autoría brinda una respuesta para determinar la imputación de sus integrantes. No se trata únicamente de un grupo que busca cometer delitos, sino que esta asociación debe cumplir con puntos como organización, permanencia, calificación de los delitos y la finalidad económica o material. La ausencia de uno de estos elementos podría convertir a un grupo de delincuencia organizada en algún otro tipo de asociación. Así, se exponen los tipos de autoría frente a la delincuencia organizada y cómo varía la calidad de autor de los integrantes de estos grupos según la estructura bajo la cual funcione la corporación delictiva. Se empleó método cualitativo mediante la comparación de leyes internacionales y una revisión bibliográfica exhaustiva. Esto permitió analizar similitudes y diferencias en la regulación de la delincuencia organizada a nivel global y comprender a fondo el estado del conocimiento jurídico sobre el tema.

Palabras Clave

Delincuencia organizada, autoría, estructura.

Abstract

The analysis of organized crime, from the point of view of perpetration, provides an answer to determine the imputation of its members. It is not only a group that seeks to commit crimes, but this association must comply with points such as organization, permanence, qualification of the crimes, and economic or material purpose. The absence of one of these elements could turn an organized crime group into another type of association. Thus, the types of perpetrators in organized crime and how the quality of perpetrators of the members of these groups varies according to the structure under which the criminal corporation operates. A qualitative method was used by comparing international laws and an exhaustive bibliographic review. The present made it possible to analyze similarities and differences in organized crime regulation at the global level and to gain an in-depth understanding of the state of legal knowledge on the subject.

Key Words

Organized crime, authorship, structure.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Andrade.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 19 de abril de 2024

Fecha de publicación:

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. ESTADO DEL ARTE. - 4. MARCO NORMATIVO. - 5. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA -6. AUTORÍA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA -6.1. AUTORÍA DIRECTA. -6.2. AUTORÍA MEDIATA. -6.3. COAUTORÍA. - 7. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Con la globalización, la delincuencia organizada, DO, ha tomado fuerza dentro de la comunidad mundial. Este fenómeno, que trasciende fronteras y jurisdicciones, representa desafíos sin precedentes para la seguridad, estabilidad social, económica y política. A medida que el mundo se vuelve cada vez más interconectado, también lo hace la DO, cuyas operaciones se extienden a distintas y variadas conductas penales. Este documento profundiza en lo que debe comprenderse por DO, examina sus definiciones, la evolución de sus estructuras operativas y los desafíos legales y de seguridad que presenta.

La DO no es un concepto nuevo, pero su magnitud y extensión en la actualidad han alcanzado proporciones alarmantes. La Convención de Palermo, creada en el 2000 bajo el respaldo de las Naciones Unidas, proporciona una definición ampliamente aceptada de la DO. Esta definición resalta la naturaleza planificada y continua de las actividades delictivas de estos grupos, haciendo hincapié en su objetivo de obtener ganancias económicas y materiales a través de métodos ilegales.

Diversos países han adoptado esta definición en sus marcos legales, ajustando sus sistemas jurídicos para combatir efectivamente este tipo de criminalidad. Sin embargo, la adaptabilidad y resiliencia de las organizaciones criminales complican enormemente los esfuerzos de represión. Estos grupos han demostrado una capacidad notable para evolucionar rápidamente en respuesta a las nuevas medidas legales y tecnológicas, aprovechándose de vacíos legales y adaptándose a las intervenciones estatales.

Por otro lado, se examinará la asignación de responsabilidad dentro de la DO desde varios enfoques relacionados con la autoría, como la calidad de autor según los conceptos de autor directo, autor mediato y coautor.

Este trabajo iniciará definiendo la DO, sus elementos y cuál ha sido la respuesta de los Estados desde el área penal frente a este tipo de crimen. Posteriormente, se presentarán las estructuras, y así definir los tipos de autoría bajo las cuales la DO puede establecerse. Finalmente, se presentarán formas en las que el autor directo, autor mediato y coautoría podrían aplicarse en el contexto de DO.

2. Marco Teórico

Diversos aspectos rodean la presencia de la DO en Ecuador, los cuales pueden abordarse desde diferentes ramas de estudio. Incluso, dentro del ámbito jurídico, existen varias opciones para examinar este fenómeno. En este trabajo, se ha optado por utilizar el Derecho Penal como una herramienta para analizar la responsabilidad que recae sobre los integrantes, colaboradores, asistentes, auxiliares, etc., de este tipo de organizaciones. La DO puede definirse como la conformación de un grupo estructurado de tres o más individuos que perdura en el tiempo y opera de manera coordinada con el propósito de cometer uno o varios delitos graves³.

En este contexto, con el fin de clarificar la autoría, se presentarán corrientes teóricas, para analizarlas en contraposición del sistema jurídico ecuatoriano y así determinar la teoría que actúe de forma más eficiente en el Ecuador.

La teoría del dominio del hecho, desarrollada por el jurista alemán Claus Roxin, propone que no solo la ejecución material de un delito define a un autor, sino también el control del hecho. Esta teoría sostiene que alguien es autor cuando tiene el dominio funcional sobre la acción delictiva; es decir, control total sobre su desarrollo⁴. La teoría del dominio del hecho de Claus Roxin es relevante en situaciones donde múltiples personas están involucradas en actividades criminales complejas; esta teoría proporciona un marco conceptual para determinar la autoría más allá de la ejecución material directa. En el contexto de la DO, el control y la coordinación de acciones delictivas, a menudo, son cruciales. La teoría del dominio del hecho permite considerar a aquellos que tienen

³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 15 de noviembre del 2000, ratificada por el Ecuador el 25 de noviembre de 2005.

⁴ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (España: Marcial Pons, 2016).

un papel de dirección, influencia o control en la organización criminal como responsables⁵, incluso si no participan en la ejecución material de los delitos.

Ahora bien, en la teoría de dominación o autoría mediata de Günter Jakobs, un individuo puede ser considerado autor mediato, cuando utiliza a otra persona como un instrumento para cometer un delito⁶. Esto implica que el autor mediato domina la voluntad del ejecutor directo, llevándolo a cometer el delito sin que este último tenga voluntad propia. Esta teoría sugiere una responsabilidad colectiva para los miembros de la organización, quienes podrían tratarse como coautores, debido a su contribución activa al funcionamiento conjunto de la empresa delictiva. Bajo este enfoque, la penalización se justificaría como una medida preventiva para neutralizar la amenaza que representan para la sociedad, y la diferenciación de penas se basaría en la participación y roles de los coautores dentro de la organización.

La teoría del dominio del hecho de Claus Roxin se presenta como la aproximación más adecuada para abordar la coautoría en DO en términos de Derecho Penal. Esta teoría, centrada en la idea del "dominio de la acción", permite identificar con un grado superior de precisión a aquellos individuos que, a través de su posición de autoridad y control dentro de la estructura jerárquica de la organización criminal, tienen el poder y la influencia necesarias para dirigir la comisión de delitos. Al aplicar esta teoría, se logra una imputación más específica y clara de responsabilidad penal a aquellos coautores que desempeñan un papel central en la toma de decisiones y dirección de la organización delictiva, fortaleciendo así la capacidad del sistema legal para enfrentar la complejidad inherente a la coautoría en DO, por el estilo de estructura que generalmente la DO ha mantenido a lo largo del tiempo, pero si las organizaciones criminales adoptan estructuras horizontales, esta tesis enfrentaría problemas por los elementos que componen en este tipo de organización.

3. Estado del arte

La DO no es un fenómeno estático, pues va evolucionando y adaptándose a las diferentes medidas que los Estados e instituciones internacionales han ido tomando. Su fácil mutabilidad y capacidad de extenderse dificulta a los países prever todos los mecanismos que utilizará la DO para continuar operando. La capacidad de la DO ya no

⁵ Bacigalupo Díaz, Enriquer *Derecho Penal Parte General*. 2.^a ed. (Buenos Aires, Argentina).

⁶ Jakobs, Günther y Cancio Manuel, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (España: 2006)

se limita a controlar o atemorizar un barrio, según Santillán, Benavidez, Ojeda y Vinueza, uno de los puntos fundamentales que encontramos en la DO es el dominio que mantiene sobre el poder económico y político; dicho dominio se mantiene a través de la violencia y de actos de corrupción de los más altos estamentos del poder público⁷. Bajo este contexto, debe analizarse si los injustos penales previstos aún cumplen un rol eficiente frente a las nuevas materializaciones de la DO.

Con el inminente crecimiento de los distintos modos o estructuras que usan las personas para concertar formar un grupo para cometer delitos, la ONU ha hecho un esfuerzo para intentar definir esta problemática. De esta manera, cataloga estos modos de agrupaciones como tipos de conducta delictiva organizada⁸. La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, en adelante Convención de Palermo⁹, ha presentado una definición sobre el crimen organizado, la cual acogen algunos países; sin embargo, otros países se mantienen con su descripción autónoma de DO. Cabe mencionar que la definición creada por las Naciones Unidas solo es una guía, ya que cada país podría definir a la DO según los antecedentes en que esta se desarrolla.

Bajo este contexto, debe tomarse en cuenta que al intentar aplicar la Convención de Palermo surgen algunas problemáticas, pues puede existir incongruencia entre las definiciones del tipo penal de DO y los elementos que la componen. Como primer elemento es la determinación del tiempo. La convención de Palermo es más general, mientras que en países como Ecuador es más precisa. Referente a la pena por este injusto penal, la convención no dicta en sí una pena, en vista de que ese punto que debe tratarse plenamente a nivel interno de cada país.

Otra diferencia es la presencia de la autoría. En la convención de Palermo no hay una calificación de autores, solo una breve mención al término miembro, en el segmento que define qué es un grupo estructurada¹⁰; sin embargo, no es así en el sistema jurídico ecuatoriano. En Ecuador se distinguen tres tipos de autoría: directa, mediata y

⁷ Santillán Molina, Alberto, Vinueza Ochoa, Nelly y Benavides Salazar, Cristian, Santillán Ojeda, Salvatore, "Drogas, tráfico y crimen organizado como detonante de actos violentos en las cárceles del Ecuador", *Revista Universidad y Sociedad* 14núm 3 (2022), 478-486, Recuperado de: <http://ref.scielo.org/jgfhv>

⁸ Organized Crime Module 1 Key Issues: Similarities & Differences, United Nations Office on Drugs and Crime (abril de 2018), Recuperado de: <https://www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-1/key-issues/similarities-and-differences.html>.

⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, artículo 2.

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, artículo 2, literal C.

coautoría. Un elemento que considerar de la Convención de Palermo es que prevé la calidad de colaboradores de las organizaciones criminales, al igual que Ecuador.

Ahora bien, sobre la autoría y participación, las teorías clásicas han servido como directriz para desarrollar nuevas posturas, pues la modalidad de interacción entre los sujetos que intervienen produce que las reglas de autoría y participación tengan cambios, pues en un principio estuvieron pensados para los delitos unipersonales¹¹. Esto se debe a que las fórmulas convencionales para determinar la autoría y participación pueden generar conflictos al no encontrar los elementos tradicionales, lo que dificulta identificar la participación en la DO.

Bajo esta perspectiva, Jiménez propone una perspectiva diferente al abordar conceptos como el principio de responsabilidad propia y la teoría del hombre de atrás, para tratar el delito penal de agrupación. En este sentido, señala que el análisis debe centrarse en atribuir responsabilidad por el hecho individual, donde el ejecutor sería responsable del acto y el hombre de atrás sería responsable del control o dominio sobre la estructura que produjo el delito penal¹².

Hoy, los sistemas penales se enfrentan a inconvenientes al imputar cargos a personas relacionadas con la DO. El primero radica en determinar, claramente, quiénes son los autores de los actos delictivos, exigiendo un análisis meticuloso para atribuir responsabilidad de manera precisa en un entorno donde la DO complica la identificación. El segundo desafío parte de identificar partícipes: individuos que, aunque no ejecuten directamente los delitos, contribuyen de manera significativa a la actividad delictiva de la organización.

Este proceso requiere una evaluación cuidadosa de las conexiones y roles dentro de la red criminal; así, es necesario aplicar criterios jurídicos rigurosos que permitan una imputación justa que estén acorde con estándares internacionales. El objetivo principal no debería estar enfocado en únicamente castigar a los responsables, sino también en sentar las bases para la prevención y erradicación de estas actividades delictivas que socavan la seguridad y el orden público.

4. Marco Normativo

¹¹ Lautaro Contreras y Álvaro Castro, “Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?”, *Derecho PUCP* 89 (2022), 327.

¹²Custodia Jiménez, *Dominio Del Hecho y Autoría Mediata En Aparatos Organizados de Poder*. 1ª ed. (Dykinson, S.L. 2017), Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgwhrz>.

En este trabajo de titulación se usarán diferentes recursos legales nacionales, internacionales y extranjeros, para dar una perspectiva amplia sobre la coautoría en la DO.

En el ámbito del derecho internacional se usará la Convención de Palermo, un tratado internacional adoptado en 2000 para combatir diversas formas de delincuencia. En el artículo 2 literal a presenta la definición de grupo delictivo organizado¹³, la cual brinda un marco conceptual robusto, el cual facilita la cooperación internacional y la adopción de medidas efectivas contra la DO.

En el ámbito nacional, se tomará en cuenta al Código Orgánico Integral Penal, COIP, que en su artículo 3 indica la calificación de la autoría que las personas pueden tener al incurrir en un tipo penal¹⁴, desplegando tres opciones bajo las cuales una persona puede imputarse, dependiendo el rol que ha cumplido. El artículo 369, el cual define el tipo penal de DO y, además, contiene la denominación de colaboradores, considerando como colaboradores aquellas personas que sin pertenecer a un grupo de DO sirven para sus fines¹⁵.

Referente al derecho extranjero, por parte de España, se expondrá su concepción de DO contenida en la Ley Orgánica 10/1995 en el artículo 570 bis 1. Por parte de Colombia se traerá a colación la Ley 599 de 2000, la cual en su artículo 340 define la DO.

En resumen, este trabajo de titulación busca examinar la coautoría en la DO mediante una perspectiva amplia, empleando una diversidad de recursos legales internacionales. El enfoque multidisciplinario contribuirá a una comprensión más profunda de la coautoría en la DO, respaldando la necesidad de estrategias legales efectivas tanto a nivel nacional como internacional.

5. Delincuencia Organizada.

La DO se ha convertido en un desafío cada vez más significativo en el escenario global, con un crecimiento constante en términos de alcance y complejidad, como señala Buscaglia, la DO está en continuo crecimiento, volumen y expansión de sus actividades, pero también mejoran sus operaciones, para maximizar réditos económicos¹⁶. En este

¹³ Artículo 2, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁴ Artículo 3, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 26 de febrero de 2024.

¹⁵ Artículo 369, COIP, 2014.

¹⁶ Buscaglia, Edgardo, *Lavado de dinero y corrupción política: el arte de la delincuencia organizada internacional* (Debate, 2015).

contexto, surge la pregunta: ¿hasta qué punto la DO es relevante para los Estados? En varias naciones la DO adquirió un estatus de prioridad nacional, tanto organismos internacionales como la ONU; a través de la UNODC, instaron a los gobiernos a incluir la lucha contra la DO como parte integral de sus agendas gubernamentales.

Esta postura refleja el reconocimiento global de la necesidad de abordar este fenómeno de manera coordinada y efectiva para preservar la seguridad y el orden público a nivel mundial. Ahora bien, la capacidad de la DO fue un fenómeno que se produjo a lo largo del tiempo. Según la UNODC, ya en el 2009 se calculaba que la DO generaba 870 millones por año¹⁷, cantidades que han ido creciendo, pero son difíciles de cuantificar por las estrategias adoptadas por este tipo de grupos para encubrirlas.

La DO ha emergido como un tema de análisis de importancia global, catalizando la formación de alianzas entre países y promoviendo la colaboración internacional en la lucha contra el crimen organizado. Harari, en su obra *Homo Deus*, sugiere que problemáticas como la hambruna, la guerra y las epidemias han perdido relevancia en la lista de inconvenientes que la humanidad enfrenta, aunque advierte que nuevos desafíos emergen en el horizonte¹⁸. Entre los nuevos problemas, destaca la persistencia de la DO como materia principal en el panorama mundial. Este llamado de atención subraya la necesidad de adoptar un enfoque global y coordinado para abordar este fenómeno.

Para comprender la naturaleza de la DO, es fundamental abordar su definición inicialmente. Abadinsky ofrece una perspectiva sobre la DO, es así como considera que la DO es la coordinación y realización de actividades delictivas por parte de un conjunto de personas que operan de manera estructurada¹⁹. En este contexto, la DO implica la colaboración entre individuos dentro de una estructura grupal para la comisión de crímenes. Estos grupos suelen adoptar una jerarquía y roles que les permiten coordinar eficazmente sus actividades delictivas.

Entre sus motivaciones principales están obtener ganancias financieras y fortalecer su posición en la sociedad. Para alcanzar sus objetivos, emplean una variedad de tácticas que van desde la violencia hasta la corrupción de funcionarios públicos. La complejidad y la resistencia al desmantelamiento de estas operaciones representan

¹⁷ Transnational organized crime: the globalized illegal economy, Recuperado de: <https://www.unodc.org/toc/en/crimes/organized-crime.html>

¹⁸ Harari, Yuval Noah, *Homo Deus: Breve historia del mañana* 17ª ed (Buenos aires: Debate, 2021).

¹⁹ Howard Abadinsky, *Organized Crime*, 11th (Massachusetts: Cengage Learning, 2016).

desafíos significativos para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y mantener la seguridad pública.

Bajo esta directriz, Torrez también aporta con su definición desde la doctrina. Así, sostiene que el fenómeno que significa la DO se entiende como un sistema económico clandestino en el cual se fusionan estrategias delictivas dentro de una estructura compleja, altamente organizada y disciplinada, con el objetivo principal de obtener beneficios económicos máximos²⁰. En esencia, se trata de una red en la cual grupos delictivos planifican y ejecutan actividades criminales de manera coordinada y eficiente, con el fin primordial de obtener ganancias económicas. Estas actividades ilícitas pueden abarcar una amplia variedad de acciones, que van desde el tráfico de drogas hasta la extorsión o el lavado de dinero, y se llevan a cabo con un enfoque meticuloso para maximizar los ingresos.

La Convención de Palermo en su artículo 2 literal A define la DO como

un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"²¹.

De este modo, se pueden identificar los siguientes elementos:

- 1) La formación de un grupo compuesto por al menos tres individuos.
- 2) La temporalidad, que se extiende en un periodo considerable.
- 3) La intención de asociarse para cometer delitos.

4) La categorización de los delitos, que son considerados graves según lo establecido en el literal "B" del mismo artículo, donde se define como delito grave aquel que conlleva una pena privativa de libertad máxima de 4 años²².

5) La finalidad de cometer los delitos, que se centra en obtener ganancias económicas o beneficios materiales.

Ahora, desde una visión al derecho comparado, el primero ordenamiento jurídico a analizar es el español. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el Código Penal español, en el artículo 570 bis 1 define que:

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido,

²⁰ Torres-Vásquez, Henry, La delincuencia organizada transnacional en Colombia, *Dikaion* vol 22, N 1 (2013), 109-130.

²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, Palermo, 15 de noviembre del 2000, ratificada por el Ecuador el 25 de noviembre de 2005.

²² Artículo 2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos²³.

La definición revela la complejidad y la profundidad de la actividad delictiva que enfrentan las autoridades.

Más allá de simples asociaciones de individuos, estos grupos representan entidades con una estructura organizativa elaborada, donde cada miembro desempeña un rol. Esta comprensión subraya la necesidad de enfoques multifacéticos para combatir el crimen organizado. No basta con simplemente aprehender a los perpetradores individuales; se requiere un entendimiento profundo de cómo estas organizaciones operan y se organizan. La lucha contra la DO demanda una colaboración estrecha entre agencias policiales, gubernamentales, sociedad civil, etc., así como la implementación de estrategias proactivas que aborden tanto las actividades delictivas como sus estructuras subyacentes. Solo mediante una respuesta integral y coordinada se podrá abordar de manera efectiva el desafío que representan estas organizaciones para la seguridad y el orden público.

Por otra parte, en lo referente a las estrategias nacionales de tipificación del delito de DO, ahora analizará el apartado penal desde la perspectiva colombiana. En el artículo 340 párrafo 2 bajo, reza que:

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, ... de la delincuencia organizada ... delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa²⁴.

En efecto, se observa que el caso de Colombia es la otra perspectiva que se ha tenido de la concertación para delinquir. En un primer punto, la legislación colombiana se ha decidido por tener el tipo penal lo más abstracto posible, la contrapropuesta de esta postura es la que ha adoptado España, la cual ha preferido mantener una actividad constante para determinar y sancionar los diferentes tipos de criminalidad organizada que podrían presentarse. Entonces, por un lado, se tiene un sistema general y por el otro un

²³ Artículo 570 bis 1, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [LO 10/1995]. Boletín Oficial del Estado el 24 de mayo de 1996. Reformado por última vez en el Boletín Oficial del Estado el 29 abril 2023.

²⁴ Artículo 340, Código penal (Ley 599 de 2000) [Ley 599 de 2000]. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. Reformado por última vez Diario Oficial 17 agosto 2023.

estricto. Cabe recalcar que Colombia ni siquiera ha hecho una distinción desde el articulado de DO y asociación ilícita como lo hace el COIP en Ecuador—.

Además, otra distinción, pero ya no solo con España, es que la Ley 599 de 2000 de Colombia no establece un número de participantes, pues el inciso primero del artículo 340 determina que “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos”²⁵ al mencionar varias personas. Entonces, se infiere que como requisito mínimo deben existir dos personas para que pueda materializarse el concierto para delinquir. Este aparatado señala que se aleja de la recomendación elaborada por la Convención de Palermo, pues esta indica que deben existir mínimo tres participantes.

Una vez se ha examinado la tipificación de la DO, según la Convención de Palermo, ahora se procederá a analizarla desde la perspectiva del COIP. El artículo 369 de dicho código establece que la persona que, mediante acuerdo o pacto, establezca un grupo estructurado de tres o más individuos que, de forma continua o repetida, provean financiamiento, ejerzan liderazgo o dirección, o planeen las actividades de una entidad delictiva, con la intención de cometer uno o varios delitos castigados con una pena de prisión superior a cinco años, con el fin último de obtener ganancias económicas u otros beneficios materiales, será sentenciada a una pena de prisión de siete a diez años²⁶.

En este sentido, la categorización de la DO en Ecuador puede discernirse a partir de varios elementos que facilitan la comprensión de los conceptos relacionados con este artículo.

1) En primer lugar, para que el tipo penal se configure, es necesario que exista un acuerdo de voluntad, ya sea para formar, crear, fundar o unirse al grupo de DO. Dado el carácter de este delito, se le atribuye un matiz de delito de peligro —más adelante se presentarán observaciones ampliadas sobre esta determinación—. Según Hurtado, la voluntad implica la jerarquización coordinada de nuestros deseos, otorgándonos la facultad de llevar a cabo o abstenernos de realizar aquello que deseamos²⁷. Entonces, cuando una persona decide voluntariamente formar o unirse a un grupo de DO, se entiende que es consciente de los beneficios y riesgos que implica esta decisión.

2) En cuanto a los integrantes mínimos, Ecuador sigue las disposiciones de la Convención de Palermo, que establece un mínimo de tres personas. Sin embargo, es

²⁵ Art 340, Ley 599 de 2000.

²⁶ Artículo 369, COIP.

²⁷ Hurtado, Avelino León, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* Vol. 27 (Editorial Jurídica de Chile, 1963).

importante distinguir entre formar un grupo de DO y formar parte de dicho grupo. Para formar un grupo, se requiere un mínimo de tres personas, es necesaria la presencia de un concurso de voluntades. Es distinto cuando una persona decide unirse a un grupo de DO ya constituido, basta con la voluntad persona para que constituya el tipo penal.

3) En cuanto a la temporalidad, el COIP es más riguroso que la Convención de Palermo. Aunque considera la permanencia, también contempla que, si un grupo ha realizado operaciones de manera reiterada, por la repetición de sus actividades, puede ser considerado como un grupo de DO, alejándose gradualmente de otros tipos de asociación criminal. Giner y Morente destacan la importancia de la temporalidad en la DO, sostienen que la temporalidad fortalece conceptos como la especialización y la división de roles, los cuales son necesarios para mantener una estabilidad y alcanzar el objetivo principal del grupo, que consiste en la comisión de delitos²⁸.

4) Las acciones sancionables son financiar, mandar o dirigir. Aguirre, Jiménez y Suqui consideran que los verbos principales usados como sinónimos de las actividades ilícitas, en cierta medida, intentan resumir la amplia gama de roles que pueden desempeñar las personas de las organizaciones criminales. Enumera las acciones más relevantes como financiar, mandar y dirigir, lo que indica que las acciones realizadas por estas personas son las responsables de impulsar y mantener en funcionamiento a la organización delictiva²⁹. Así, es importante identificar y sancionar adecuadamente las acciones clave dentro de una estructura criminal.

En particular, se destaca la necesidad de una legislación robusta que aborde no solo los actos delictivos en sí, sino también las actividades que respaldan y perpetúan la existencia de estas organizaciones. Por otro lado, es necesaria la imposición de penas proporcionales y significativas para aquellos que desempeñan roles de liderazgo y apoyo dentro de estas organizaciones; este tipo de acciones desmantelarían y disuadirían las actividades de estos grupos.

5) En el ámbito de la DO, la mera concertación entre dos o más individuos para la perpetración delictiva no resulta suficiente; es imperativo considerar también la naturaleza de los delitos acordados. Según la Convención de Palermo, los delitos

²⁸ Giner Alegría César y Morente García Paúl, “Organización criminal como tipo penal idóneo en la lucha contra la delincuencia organizada en España”, *Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos* 20, n. 40 (2022), 891-907, Recuperado de <https://dx.doi.org/10.21830/19006586.913>.

²⁹ Aguirre Valarezo, Jiménez Loaiza, y Suqui Romero, “Análisis del tipo penal de delincuencia organizada en el Código Orgánico Integral Penal”, *Sociedad & Tecnología |Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones* 4, n. S2 (2021), 464-481.

perpetrados por grupos de esta índole deben estar revestidos por un carácter grave³⁰. Dicha clasificación se determina mediante la evaluación de las penas impuestas para cada tipo penal correspondiente, a la cual le antecede un análisis legislativo.

En el artículo 369, en el párrafo tercero, se presentan otros tipos penales y una modificación en la pena (privación de libertad será de diez a trece años) si el grupo de DO tiene como objetivo: la comisión de delitos relacionados con el tráfico ilegal de sustancias sujetas a fiscalización, actos de terrorismo, explotación ilícita de recursos mineros, ejecución de asesinatos por encargo, secuestro, trata de personas y tráfico de migrantes, producción o distribución de pornografía infantil, comercio ilegal de armas de fuego, sustancias químicas, nucleares o biológicas, o el lavado de activos³¹.

Antes ya se estableció un marco referente de los tipos penales que se considerarán para una organización de DO, ¿para qué se pretende hacer una segunda precisión?

Indudablemente, conviene destacar la distinción que se establece entre los autores y colaboradores, lo cual amplía el espectro de posibilidades en lo concerniente a las cuestiones de autoría. Este aspecto será objeto de un análisis más detallado en las secciones posteriores.

Por otro lado, en una respuesta presentada por Santillán menciona que la DO experimenta un crecimiento exponencial gracias a una serie de actividades criminales; los réditos económicos y sociales generan que los grupos delictivos logran influir en diversas esferas del poder público, llegando incluso a comprar voluntades en diferentes niveles de la administración³².

Los tipos penales descritos en el artículo 369 párrafo 3, son los delitos considerados por la DO para ejecutarlos, hay veces que, al perseguirlos, se han desarticulado grupos de DO. Perseguir estos delitos puede fungir como una vía accesoria para sancionar a los líderes y miembros de DO.

Varela trae a la mesa el caso de un líder de un grupo delictivo en modalidad de mafia. En el caso de Al Capone no había elementos suficientes para sancionarlo por

³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, Artículo 2

³¹ Artículo 369, COIP.

³² Santillán Molina, Alberto, Vinuesa Ochoa, Nelly y Benavides Salazar, Cristian, Santillán Ojeda, Salvatore, “Drogas, tráfico y crimen organizado como detonante de actos violentos en las cárceles del Ecuador”, *Revista Universidad y Sociedad* 14núm. 3 (2022), 478-486, Recuperado de: <http://ref.scielo.org/jgfhv>

mantener actividades ilícitas revestidas por la mafia, pero fue posible la imputación. A la final, el cargo bajo el cual se imputó fue por evasión de impuestos³³.

6) Los grupos de DO se ponen de acuerdo para obtener ganancias monetarias o materiales. Sin embargo, a diferencia de una estructura legal, han optado por el cometimiento de delitos como un medio para alcanzar el fin. En este sentido, Pacheco hace una precisión respecto el carácter económico referente a la DO, plantea que en este tipo penal hay dolo general y dolo específico: el primero hace referencia a la conciencia y voluntad de cometer delitos, mientras que el dolo específico hace referencia a la finalidad por la cual mantener las conductas criminales³⁴; así, la ausencia de uno de estos tipos de dolo imposibilitarían materializar la hipótesis del tipo, pues, en ausencia del bien económico o material, podría hablarse de otro tipo penal, como el terrorismo el cual se caracteriza por el cometimiento de actos delictivos pero con un fin político o ideológico³⁵.

Según la INTERPOL, la actividad delictiva organizada representa un negocio global de gran envergadura, con ingresos estimados en miles de millones de dólares. Sus operaciones criminales guardan similitudes notables con las empresas internacionales legítimas, adoptando modelos de negocio, estrategias a largo plazo, estructuras jerárquicas e incluso formando alianzas estratégicas. Todo esto con el fin de obtener el máximo beneficio con el menor riesgo posible³⁶, la finalidad económica lleva a considerar los desafíos únicos que enfrenta el sistema legal en la lucha contra el crimen organizado.

Al adoptar modelos de negocio y estrategias similares a las empresas legales, estas organizaciones pueden aprovechar lagunas legales y sistemas financieros complejos para ocultar sus actividades ilícitas. Ver la DO como si fuese una compañía, empresa, grupo empresarial, etc., podría brindar una visión contrastante para saber cómo funciona en el mercado, pues de allí salen gran parte de sus ingresos económicos.

6. Autoría en Delincuencia Organizada

Para establecer la responsabilidad en el ámbito de la DO, es necesario examinar la estructura que ha adoptado el grupo en cuestión. Aunque se han proporcionado

³³ Luis Varela, “El efecto Al Capone de los delitos contables tributarios”, *Revista de Derecho*, n. 57 (2022), 101-131, DOI 10.4151/S0718-68512021000-1354.

³⁴ Emma Pacheco, “Los aspectos subjetivos del tipo penal”, En *Derecho Penal Ecuatoriano parte general*, ed. Por Hugo Bayardo y Silvana Erazo (Ibarra: Centro de Publicaciones PUCE), 107-124.

³⁵ Tania Rodríguez, “El terrorismo y nuevas formas de terrorismo”, *Espacios Públicos* 15, n. 33 (2012), 72-95.

³⁶ “Delincuencia organizada”, INTERPOL, The International Criminal Police Organization, Recuperado de <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>, último acceso el 22 de marzo de 2024.

descripciones generales de los elementos de las organizaciones criminales, como su condición de grupo, debe considerarse que no existe un único método de organización para actividades delictivas. El contexto en el que operan estos grupos puede actuar como un factor contingente o facilitador en la determinación de su funcionamiento³⁷. La importancia de la estructura radica en que el protagonismo y la autonomía son ejercidas de forma distinta por los jefes y miembros de los colectivos criminales dependiendo del arquetipo de la estructura.

Dentro de tantas variedades de organización que pueden ejercerse, De Tuglie hace dos distinciones importantes, pues considera que las organizaciones criminales pueden tener una estructura con aspecto piramidal, donde la jerarquía predomina o una estructura de red, donde optan un aspecto más horizontal³⁸. Bajo esta premisa, se infiere que la calidad de autoridad y subordinado son términos que estarán más presentes en el primer esquema, mientras que en el segundo la no obediencia al superior sería algo poco frecuente.

Siguiendo con esta lógica, UNODC hace un listado de los tipos de grupos de DO que mantienen un orden jerárquico:

1)Jerarquía estándar: en esta estructura hay un único líder; la jerarquía está claramente definida; hay un fuerte sistema de disciplina interna; son conocidos por un nombre en específico; sus integrantes tienen una fuerte identidad social o étnica; el uso de violencia es esencial para las actividades y a menudo tienen una clara influencia o control sobre un territorio definido.

2)Jerarquía regional: tienen un solo líder; la línea de mando desde el centro; su autonomía se limita a nivel regional; mantienen una distribución geográfica/regional; manejan múltiples actividades; fuerte identidad social o étnica; la violencia es primordial para el ejercicio de sus actividades.

3)Jerarquía agrupada: consta de varios grupos delictivos; disposición de gobierno sobre los grupos presentes; el grupo tiene una identidad más fuerte que los grupos que lo constituyen; hay un grado de autonomía de los grupos

³⁷ Annaclara De Tuglie, “Escenarios actuales del crimen organizado: factores contextuales y perspectivas teóricas”, *Foro Internacional* 4 (2023), 721-722.

³⁸ Annaclara De Tuglie, “Escenarios actuales del crimen organizado: factores contextuales y perspectivas teóricas”, 720.

constituyentes; su formación está fuertemente vinculada al contexto social/histórico y son relativamente poco frecuentes.³⁹

Otra modalidad de organizar a los grupos de DO es, la de red. La modalidad de red deja atrás el modelo vertical⁴⁰, ya que, por experiencias previas, notaron que mantener el un estilo vertical significaría mantener dificultades técnicas y operativas. La idea del único líder se ha ido desplazando poco a poco. Pueden presentarse como grupos centrales y redes criminales. Sobre los grupos centrales, generalmente, tienen un grupo rodeado de una red informal, hay un número limitado de individuos, su estructura es plana, pero estrechamente organizada, su tamaño hace fácil mantener la disciplina, rara vez tiene identidad social o étnica y pocas veces se conocen sus nombres.⁴¹

Ahora bien, referente a las redes criminales se caracterizan por las acciones de individuos destacados cuya influencia se establece mediante contactos y habilidades específicas. En este entorno, las lealtades y los vínculos personales prevalecen sobre las identidades sociales o étnicas. Las conexiones dentro de la red persisten a lo largo del tiempo, centrándose en diversos proyectos delictivos. Estos actores suelen mantener un perfil público bajo, rara vez revelando sus nombres. La estructura de la red puede experimentar reformas significativas tras la salida de personas clave, adaptándose a nuevos contextos y circunstancias⁴².

Dichas redes son una modalidad que debe abarcarse en los esfuerzos estatales por combatir la delincuencia. Al carecer de una jerarquía estructurada, sus actividades delictivas son más propensas a manifestarse con una violencia más evidente, caótica y desorganizada debido a la ausencia de una estructura jerárquica sólida que pueda ejercer un control total sobre el territorio y los miembros de la organización⁴³. La violencia desenfrenada no es inherentemente una característica de las redes criminales, pero la dinámica de relaciones entre sus miembros aumenta la probabilidad de tales escenarios.

Una vez expuestas las diferentes modalidades de estructuras, se presentarán los tipos de autoría previstos por el COIP. Es esencial determinar el rol en la ejecución del tipo penal para establecer las responsabilidades dentro del acto ilícito. Para lograrlo, hay

³⁹ Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries, Reporte, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, septiembre del 2002, párr 4.2-4.5.

⁴⁰ Carolina Aura, Alejandra Ripoll y Juan García, “El Clan del golfo: ¿el nuevo paramilitarismo o delincuencia organizada?”, 513.

⁴¹ Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries, párr 4.5.

⁴² Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries, párr 4.6.

⁴³ Annaclara De Tuglie, “Escenarios actuales del crimen organizado: factores contextuales y perspectivas teóricas”, 720.

que identificar claramente la calidad de autor de las personas involucradas en el delito. Como introducción, vale presentar el concepto de autoría. Donna explica que cuando se refiere al autor, se habla del individuo al que se le puede atribuir la responsabilidad del acto como propio⁴⁴; así, el concepto de autoría implica la capacidad de asignar la responsabilidad de una acción a un individuo, considerando que el hecho se originó directamente de su voluntad o acción.

No obstante, la presencia de una persona en un delito no lo convierte automáticamente en autor o partícipe. Por la variedad y complejidad de los delitos, han surgido varias teorías sobre la autoría. A continuación, se expondrán estas posturas que se han previsto en el COIP.

Como ya se dijo, el artículo 42 del COIP establece tres categorías de autores que pueden ser consideradas en un tipo penal: el autor directo, el autor mediato y el coautor⁴⁵. Seguido de este, el artículo 43 determina la calidad de cómplices a las personas que, de forma intencionada, faciliten o colaboren con actos secundarios antes, durante o después de la comisión de un delito, se considerarán cómplices. Incluso si estos actos no hubieran ocurrido, el delito se habría llevado a cabo de todos modos.⁴⁶

Finalmente, el artículo 369 del COIP también determina penas privativas de libertad para personas que han prestado servicios a los grupos de DO; los otros participantes recibirán una condena de reclusión que va desde cinco hasta siete años⁴⁷ para los delitos mayores de 5 años. Sin embargo, el párrafo 4 también establece una pena más contundente para tipos penales determinados. Abre una vía adicional en cuanto a distribución de responsabilidad se trata.

6.1. Autoría Directa

En un contexto legal, la primera forma de participación delictiva contemplada en el COIP es la autoría directa. Este tipo de autoría resulta esencial para determinar la responsabilidad individual en la perpetración de un delito. El COIP define que autor directo son cometan la infracción al cometerla de forma inmediata y directa, y aquellas personas que, estando legalmente obligadas, no eviten o intenten evitar la comisión de la infracción.⁴⁸

⁴⁴ Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal* (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2002), 9.

⁴⁵ Artículo 42, COIP.

⁴⁶ Artículo 43, COIP.

⁴⁷ Artículo 369, COIP.

⁴⁸ Artículo 42, COIP.

Siguiendo con esta lógica, la doctrina también hace un aporte a definir que la autoría directa, se trata de un concepto que implica una participación y directa de una persona en la ejecución de una conducta ilícita, donde dicho individuo realiza personalmente los actos constitutivos del delito, sin la intervención de terceros⁴⁹. En este sentido, la autoría directa resalta la responsabilidad directa e individual del autor del delito.

Se le atribuye la responsabilidad por sus acciones al autor directo de un delito, ya que fue quien realizó la conducta ilícita sin influencia directa de otras personas. Esta forma de participación en un delito es clara y evidente, ya que el autor directo es quien materializa los elementos esenciales que configuran el ilícito penal⁵⁰. Por ejemplo, en un caso de robo, el autor directo sería aquel que sustrae los objetos personalmente, sin la ayuda o complicidad de otros individuos.

Aunque la autoría directa es comúnmente aceptada y utilizada en el ámbito legal, es importante señalar que en el contexto de la DO su relevancia es limitada. Esto se debe a que la naturaleza grupal del delito de DO restringe su aplicabilidad. La autoría directa se ha usado como recurso complementario a la teoría del autor mediato, por lo que su desarrollo se limitará hasta aquí.

6.2. Autoría Mediata

Por otro lado, en referencia a la autoría mediata debe mencionarse que el COIP no hace un trabajo eficiente cuando quiere describir el tipo penal. En su intento de delimitar los aspectos concernientes a la autoría mediata, llega a delimitar aspectos que están por fuera de este tipo de autoría. A la luz del artículo 42 se entiende por autor mediato:

A) Aquellos que inciten o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se pueda probar que esta acción condujo a su perpetración.

B) Los que ordenen la infracción usando otra u otra persona, ya sea mediante pago, soborno, promesa, oferta, instrucción o cualquier otro método engañoso, directa o indirectamente.

C) Los que, mediante violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, incluso si la fuerza utilizada con este propósito no es irresistible.

D) Aquellos que ejerzan un control de liderazgo dentro de la organización delictiva.⁵¹

⁴⁹ Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal. Parte general II* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).

⁵⁰ Andrés Salazar, "El autor directo es quien materializa los elementos esenciales que configuran el ilícito penal" (Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 13.

⁵¹ Artículo 42, COIP.

De acuerdo con el COIP se entiende que cabe autoría mediana si la figura delictiva es producto de instigación, engaño, coacción o del ejercicio de autoridad dentro de una organización delictiva. El inciso segundo del artículo 42 se acerca a la definición de coautoría presentada por la doctrina y legislaciones extranjeras, pero agrega 2 conceptos que su contenido pueden discutirse.

Considerar al instigador como coautor es un error, pues solo se puede tener la calidad de instigador si no se es autor⁵², para que haya autoría mediata el hombre de atrás debe ser autor.⁵³ Además, en la autoría mediata, su esencia radica en la reducción de un individuo a la condición de un mero instrumento, sin libertad, para alcanzar los objetivos del instigador. En el caso de la inducción, implica la influencia corruptora sobre un ser humano que aún conserva su libertad.⁵⁴ El instigador, por su posición, puede ser considerado como autor mediato, porque ambos escenarios tienen a una persona que provoca desde atrás ejecutar la conducta típica⁵⁵ pero el alcance de esta inducción en el autor material reduce las diferencias entre el autor mediato y el instigador. De esta forma, la autoría mediata se enfoca en la manipulación y la utilización de alguien como un mero instrumento, mientras que la inducción implica persuadir a alguien que aún tiene libertad de decisión.

En Argentina, el Código Penal de la Nación trata al instigador fuera del apartado de autoría, no considera al instigador como un tipo de autor. En su artículo 209 determina que el instigador es quien, de manera pública, incite a la comisión de un crimen específico contra una persona o institución, será castigado únicamente por la incitación, con una pena de prisión que oscilará entre dos y seis años, dependiendo de la gravedad del crimen y otras circunstancias.⁵⁶

Sin embargo, el COIP también aborda, en cierto sentido, la descripción de la autoría mediata. Esto se evidencia en el contenido de los literales B y C del numeral 2 del artículo 42, los cuales guardan similitud con la definición de autoría mediata propuesta por Roxin. En este sentido, el literal B puede considerarse más abstracto; aun así, es posible enmarcarlo dentro de la perspectiva de autor.

⁵² Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal*, 80.

⁵³ *Ibid*, 47.

⁵⁴ *Ibid*, 45.

⁵⁵ Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006), 13.

⁵⁶ Artículo 209. Código penal de la nación argentina [LEY S-0155]. Suplemento 3 de noviembre de 1921. Última Modificación 31 de marzo de 2013.

De acuerdo con Donna, el autor mediato es aquel que realiza una acción delictiva a través de otro; es decir, que utiliza a otra persona como instrumento para llevar a cabo una actividad punible⁵⁷. Entonces, una persona es autor aun cuando no haya ejecutado de forma directa, presencial o material la conducta punible. Además, bajo la tesis de Roxin, se han desarrollado escenarios en los que se considera a la persona de atrás en esta calidad de autoría. Según lo prescrito en el COIP y el postulado de este doctrinario, se obtienen la siguiente hipótesis.

1. Autoría mediata versus acciones no típicas del autor inmediato (hipótesis de Roxin sobre el dominio de la acción y del dominio de la decisión), se analiza desde dos aristas la autoría: desde la ausencia de la acción y falta de dolo. Cuestiones relacionadas con la falta de acción. En este contexto, se refiere a la omisión de acción por parte del intermediario, quien utiliza al individuo como un medio para llevar a cabo la ejecución. Pero en situaciones en las que el mecanismo opera sin intención dolosa, el individuo detrás de escena utiliza a otro individuo como un mecanismo, aprovechando un error cometido por este último para llevar a cabo el acto ilícito. Esto implica que el autor mediato, al desconocer los eventos, no puede oponer resistencia a lo que el individuo detrás de escena planea maliciosamente.⁵⁸

2. La autoría mediata y la conducta lícita del mecanismo (dominio de la decisión, según Roxin): el individuo que es utilizado como instrumento opera bajo una justificación legal; sin embargo, este comportamiento lícito no exime de responsabilidad al individuo detrás de escena. Ejemplo, “un sujeto (x), quiere acabar con la vida de un sujeto que tiene una enfermedad mental (y), por lo que lo incita a que lo ataque y lo mate a (z), sabiendo que este tiene mejores posibilidades de defenderse, por lo que en el acto (z), actuando en legítima defensa mata a el sujeto que sufre una enferma mental (y), en este caso existiría autoría mediata para (x), porque este tiene dominio del suceso y no está cubierto por la causal de justificación aplicable a (z)”⁵⁹

3. Autoría mediata en los asuntos de ausencia de responsabilidad del mecanismo (hipótesis de dominio de la decisión de Roxin): Estos son casos

⁵⁷ Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal*, 47.

⁵⁸ Bladimir Erazo, “La culpabilidad o responsabilidad penal”, en *Derecho Penal Ecuatoriano parte general*, ed. de H. Bayardo y S. Erazo (Ibarra: Centro de Publicaciones PUCE, 2023), 158.

⁵⁹ Bladimir Erazo, “La culpabilidad o responsabilidad penal”, 158.

en los cuales la persona que opera desde la retaguardia emplea coerción, intimidación, impone órdenes obligatorias, sitúa a otra persona en una situación donde se ve obligada a actuar, o se aprovecha de una situación preexistente para inducir a alguien a llevar a cabo una conducta específica sin que simplemente influya en la voluntad de la persona que actúa.⁶⁰

Dentro de las hipótesis presentadas falta el uso de aparatos organizados de poder, pero, por su importancia en la finalidad de esta investigación, se analizará de forma más detallada a continuación.

En resumen, hay dos situaciones donde la autoría mediata puede presentarse. En el primer grupo están los escenarios donde el hombre de atrás tiene control sobre la voluntad, y este control se basa en el mayor entendimiento que posee el autor mediato sobre las circunstancias específicas del delito en comparación con el ejecutor directo⁶¹. El segundo escenario da la autoría mediata, se produce cuando el dominio de la voluntad del instrumento germina de la presión por parte del autor mediato, la cual se vincula con posición de poder frente al ejecutor.

Para estos supuestos también se deben analizar elementos que mantienen la autoría mediata. Así, en principio, el autor mediato debe tener el control sobre la acción realizada, en contraposición al autor inmediato o al hombre de atrás, lo que podría implicar considerar otras formas de participación criminal, como la coautoría, si hay una distribución del control de la acción. El autor debe someterse al mediocre, lo que implica que los requisitos de punibilidad deben aplicarse al hombre de atrás; la subordinación del ejecutor puede derivar de coacción, error, incapacidad de culpabilidad o de buena fe del ejecutor, aunque estos factores no siempre constituyen una eximente de responsabilidad, sino que atenúan la sanción. Finalmente, la acción debe ser intencional, ya que la autoría mediata no se aplica en delitos negligentes donde no existe control sobre la acción, sino una ejecución imperfecta de un acto final.⁶²

Como se mencionó previamente, la DO ha experimentado un aumento y una evolución en su estructura y en sus métodos de operación. Por lo tanto, las teorías de autoría y participación suelen enfrentarse a cuestiones relacionadas con la atribución de responsabilidad y las sanciones, debido a la complejidad de las relaciones entre sus

⁶⁰ Miguel Díaz y García Conlledo, “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), 22.

⁶¹ Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal*, 53.

⁶² Edmundo E. Pino et al., “El sustento dogmático de la autoría mediata en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano”, *Revista UNIANDES Episteme* extra-1 (2020), 703.

miembros y colaboradores. Bajo esta premisa, Roxin desarrolla la teoría de los aparatos organizados de poder o de dominio organizativo, esta tesis es pertinente para delitos perpetrados dentro de estructuras jerárquicas con ciertas características.⁶³

En cuanto a Roxin, en el caso de entidades de poder organizadas que operan al margen de la ley, puede que la figura de la autoría mediata sea aplicable en gran medida. El concepto de dominio del hecho, mediante entidades de poder organizadas, se presenta como una tercera forma autónoma de la autoría mediata⁶⁴. Dentro del espectro de las estructuras de poder, algunas son legítimas mientras que otras no lo son. La DO se encuentra entre estas últimas, ya que constituye un aparato de poder que opera al margen del ordenamiento jurídico, desarrollando actividades ilícitas.

Pero no todo aparato de poder significa necesariamente que sus actividades van a producirse bajo autoría mediata, antes debe cumplir ciertos parámetros:

1. Poder de mando: Se refiere a la capacidad de una persona dentro de una organización jerárquicamente estructurada para impartir órdenes y, a su vez, utilizar esta autoridad para provocar las acciones delictivas específicas. En este contexto, el autor mediato solo puede ser aquel individuo que ocupa una posición de autoridad dentro de una organización altamente estructurada y que tiene la capacidad efectiva de dar órdenes para la comisión de delitos⁶⁵. Esta noción resalta la importancia de autoridad en la determinación de la responsabilidad penal, subrayando la necesidad de evaluar cuidadosamente la relación entre el poder de mando y la autoría mediata

2. Aparato organizado de poder: Para que se configure este tipo de autoría mediata, se requiere la existencia de una estructura organizada con una clara jerarquía y entidad propia. Dentro de esta estructura, los líderes de alto rango tienen la capacidad de impartir instrucciones tanto a los niveles intermedios como a los subordinados, mientras que estos últimos pueden, a su vez, transmitir las órdenes de los superiores a los ejecutores de nivel inferior⁶⁶.

⁶³ Lautaro Contreras y Alvaro Castro, “Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?”, 338.

⁶⁴ Claus Roxin, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006), 14.

⁶⁵ Claus Roxin, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, 16.

⁶⁶ Daniel Medina y Miguel Ortiz. “Imputación de conductas punibles cometidas por grupos de crimen organizado”, *Revista Derecho Penal y Criminología* 111 (2020), 235.

3. La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder: El aparato de poder debe haberse separado del sistema legal, específicamente en lo que respecta a los delitos cometidos por él, lo que implica que las actividades delictivas están completamente al margen del marco legal. Esta desvinculación del derecho, por parte del aparato organizado de poder, es una condición esencial para que los instigadores, conocidos como "los hombres de atrás", tengan el control efectivo sobre la comisión del delito.⁶⁷

4. Fungibilidad de los ejecutores: El autor mediato tiene el dominio del hecho porque, además de su capacidad de mando, cuenta con una variedad de ejecutores dispuestos a llevar a cabo el delito. En caso de que alguno de los ejecutores se niegue, puede ser fácilmente reemplazado⁶⁸, lo que subraya la necesidad de disponer de un número suficiente de posibles ejecutores para garantizar que la comisión del delito no se vea frustrada y, por ende, mantener el control sobre la situación.

5. Disposición del ejecutor: Es imprescindible que existan condiciones que motiven al ejecutor, a pesar de tener la libertad de abstenerse de cometer delitos, a cumplir las órdenes criminales. Estas condiciones comprenden la coincidencia de intenciones entre el ejecutor y el autor mediato, el respeto del ejecutor hacia los superiores jerárquicos, la interiorización de los propósitos del grupo organizado y la firme convicción de que, si el ejecutor no acata las órdenes, otra persona estará dispuesta a hacerlo,⁶⁹ se vincula con el punto anterior. La autoría mediata en delitos organizados es crucial considerar las condiciones que llevan al ejecutor a cumplir las órdenes criminales. Estas condiciones incluyen la coincidencia de intenciones, el respeto hacia los superiores, la asimilación de los objetivos del grupo y la convicción de que las órdenes deben acatarse.

Así, durante la evolución de los diversos conceptos de autoría mediata, se ha observado una tendencia a la sanción de los líderes de las organizaciones de DO. Esta orientación se ha centrado en explicar cómo estos miembros de la organización, desde

⁶⁷ Claus Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata" 16-17.

⁶⁸ Edgardo A. Donna, La autoría y la participación criminal, 62.

⁶⁹ Daniel Medina y Miguel Ortiz. "Imputación de conductas punibles cometidas por grupos de crimen organizado", 236.

sus roles de liderazgo, pueden ser considerados como autores, mientras que los que materializan la voluntad de su superior tienen la calidad de ejecutores.

Pero hay que considerar que esta tendencia a la sanción de los líderes de las organizaciones criminales refleja la comprensión de la importancia de la estructura jerárquica en la comisión de delitos organizados. Los líderes no solo planifican y ordenan la ejecución de delitos, sino que también ejercen un control significativo sobre los miembros subordinados, dictando normas y castigos dentro de la organización. Por lo tanto, los conceptos de autoría mediata buscan reconocer y responsabilizar adecuadamente a estos líderes por sus roles en la perpetuación de la actividad delictiva. Pero este enfoque plantea desafíos significativos en cuanto a establecer la culpabilidad de los líderes, especialmente cuando intentan distanciarse de los actos delictivos.

En las redes organizativas, el concepto de coautoría podría ser relevante, ya que, en estas estructuras, la autoridad se distribuye de forma difusa, lo que da más libertad al ejecutor que cuando está subordinado a un líder directo. En estas redes, las figuras de autoridad no son líderes destacados como en las organizaciones jerárquicas, ya que, aunque son individuos importantes, pueden ser reemplazados.⁷⁰ Esta perspectiva la adoptó la DO, ya que la reducción de la dirección a pocos individuos podría provocar la desaparición de la organización si se eliminan de manera no planificada.

6.3. Coautoría

Con respecto a la coautoría, Donna declara que la coautoría se caracteriza por la colaboración de dos o más individuos en la comisión de un delito, donde cada uno desempeña un papel activo y contribuye a su ejecución. Esta colaboración puede manifestarse en la dominación compartida del acto delictivo o en la distribución planificada de las acciones necesarias para llevarlo a cabo. En este último caso, los autores coordinan sus roles de manera que personas no directamente involucradas en la ejecución del delito, también influyen en su configuración o en su realización⁷¹. El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina que coautoría se refiere a aquellos que contribuyen de manera principal, realizando consciente e intencionalmente algún acto sin el cual el delito no habría sido posible cometerse⁷².

⁷⁰ Carolina Aura, Alejandra Ripoll y Juan García, “El Clan del golfo: ¿el nuevo paramilitarismo o delincuencia organizada?”, 513- 515.

⁷¹ Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal*, 42.

⁷² Artículo 4, COIP.

De los conceptos mencionados, se destaca que en la coautoría se plantea que para que este tipo de participación sea considerada, el injusto penal debe ser plurisubjetivo, es decir, hay varios autores. Además, la contribución de cada uno debe ser especial, ya que no es suficiente con el apoyo, sino que debe ser de naturaleza principal. Finalmente, de forma implícita, podría inferirse a la existencia de un acuerdo entre los sujetos activos.

Para que haya coautoría debe analizarse si la conducta funcionó a la luz de un acuerdo común, una división de trabajo y aportes importantes a la acción final.

El concepto de acuerdo común implica la existencia de una convergencia de voluntades orientadas hacia la realización del delito, excluyendo acciones surgidas por casualidad y reconociendo únicamente aquellas que resultan de una planificación coordinada⁷³. Además, Roxin indica que para que haya coautoría, las voluntades de los autores deben estar alineadas con la conciencia de que las acciones de los otros coautores están interrelacionadas entre sí⁷⁴. Bajo este marco referencial hay una coincidencia con la DO, pues tanto en la DO como en la coautoría la conducta típica está antecedida por un acuerdo de voluntades. Tanto en la DO como en la coautoría, se conoce y existe voluntad de dirigir las diferentes conductas con el fin de ejecutar un delito. Así, el concierto de voluntades llega a ser un factor importante, pues, en ausencia de este, se desplaza a la coautoría y se analizaría la autoría concomitante.⁷⁵

Ahora bien, referente a la división de trabajo, una vez se ha definido que existe voluntad, el siguiente paso es determinar actividades y roles. Pero esta distribución no es aleatoria, sino que debe cumplir con ciertas características, la suma de esfuerzos y la coordinación de contribuciones individuales que, en conjunto, complementan la ejecución completa del delito⁷⁶. La analogía de la división del trabajo con una orquesta es muy ilustrativa. Como en una orquesta donde cada instrumento tiene su papel, pero todos trabajan juntos para interpretar una melodía armoniosa. En la coautoría, a cada participante se le determina una actividad específica, pero todos colaboran para lograr el resultado deseado. La coordinación y la armonía entre los miembros son fundamentales tanto en la música como en el crimen.

⁷³ Alberto Hernández Esquivel, "La coautoría", *Derecho Penal Y Criminología* 25 (2004), 98.

⁷⁴ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en materia penal* (Madrid: Marcial Pons, 1998), 314.

⁷⁵ Edgardo A. Donna, *La autoría y la participación criminal*, 44.

⁷⁶ Alberto Hernández Esquivel, "La coautoría", 102.

Acerca de la importancia del aporte, debe exponerse que no basta con la voluntad y la distribución del pues el coautor debe hacer un aporte en la consumación del delito. No basta cualquier contribución dentro de esa distribución de roles; debe ser fundamental para la acción. De lo contrario, se estaría tratando con complicidad en lugar de coautoría⁷⁷. Así, determinar la importancia de aportación puede ser crucial para distinguir entre la autoría mediata y la coautoría cuando se trata de la participación de un grupo de individuos en la comisión de un delito. En el contexto de la DO, este análisis podría servir como un punto de inflexión para identificar si los miembros actúan como meros ejecutores intercambiables o comparten un papel protagónico en la operación del grupo delictivo.

Según la coautoría, referente a la importancia del aporte, los miembros de grupos de delincuencia son coautores si no hay una superposición entre los integrantes de la DO, sino una distribución de tareas, donde algunos dirigen y otros ejecutan, pues todos son importantes y por eso mantendrían la calidad de autor.

Sobre los criterios de la necesidad de una contribución se discuten distintas teorías, como la del dominio del hecho y la de Roxin, para establecer qué contribuciones son esenciales. Sin embargo, se critica la falta de precisión en estas teorías debido a su dependencia de juicios hipotéticos. Se propone el criterio de la escasez como una forma más objetiva de determinar la esencialidad de la contribución. Además, Bacigalupo propone que la coautoría se establezca cuando el participante contribuye, de manera crucial, al delito, sin la cual este no habría podido cometerse⁷⁸.

Hay estructuras de poder donde la organización se desarrolla verticalmente, y los miembros de menor rango se consideran simples engranajes que pueden sustituir fácilmente. Sin embargo, si la organización criminal carece de una jerarquía fuerte, las acciones de sus miembros no se verían afectadas por la presencia de un líder o autoridad que limite su libertad. En cambio, estarían llevando a cabo el delito de acuerdo con el papel que aceptaron desempeñar dentro de la organización.

En cuanto a crimen organizado, debería hacerse una adecuación referente a la importancia del aporte. Las organizaciones criminales son conocidas por su capacidad para adaptarse rápidamente a los cambios en el entorno y a las estrategias de aplicación de la ley. Esto puede implicar que los miembros estén dispuestos a asumir una variedad

⁷⁷, Álvaro E. Cárdenas, “La Coautoría: Concepto y requisitos en la dogmática penal” *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales* 26 (2007) 76.

⁷⁸ *Ibid*, 92-93.

de roles y tareas según sea necesario para garantizar la continuidad de las operaciones criminales. En este sentido, el concepto de aporte importante puede considerarse en función de la disposición y la capacidad de los miembros para cumplir con las demandas cambiantes de la organización, haciendo de esta disposición el aporte principal.

En Ecuador, la DO se define conforme al artículo 369 del COIP, mientras que las disposiciones sobre autoría se encuentran en el artículo 42. No se puede aplicar un tipo de autoría de manera absoluta cuando se trata de la DO. Cada caso debe ser comprendido y resuelto individualmente, considerando sus circunstancias específicas⁷⁹.

En relación con la autoría mediata y la coautoría, la atribución de la calidad de autor, entre otros aspectos, podría depender de la estructura adoptada. En el caso de una estructura organizativa vertical, donde la jerarquía es crucial para el funcionamiento de la organización, podría considerarse la existencia de un autor mediato. Esta podría ser la solución más efectiva, ya que al retirar a los elementos que dirigen la organización, esta podría detener sus operaciones de manera temporal o permanente, dependiendo de la importancia y número de los líderes apartados de la organización.

En el contexto de las operaciones del crimen organizado, esta teoría podría tener una aplicabilidad más relevante en comparación con otras. Sin embargo, si no captura y procesa con eficiencia a las personas que ocupan cargos significativos dentro de la organización, nos enfrentamos a una situación similar a la hidra de los relatos de Hércules, donde al cortar una cabeza, surge otra en su lugar. En la DO, la sustitución no se limita solo a los ejecutores, sino también a los líderes.

Es necesario considerar que la definición del tipo de autoría y la calificación de estas conductas, según el COIP, llevará a la reducción o eliminación de las actividades delictivas de la DO. Esto se debe al principio de mínima intervención en el derecho penal, que establece que el derecho penal debe intervenir únicamente como última medida⁸⁰. Es necesario analizar que deben existir medidas previas a la intervención del derecho penal.

7. Conclusión

A lo largo de este escrito, se ha explorado la vasta y compleja naturaleza de la DO, una plaga que no solo socava la seguridad y el bienestar de las naciones, sino que también desafía las estructuras legales y morales de nuestras sociedades. La capacidad de

⁷⁹ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, 311.

⁸⁰ Martos Núñez, Juan Antonio. "El principio de intervención penal mínima." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 (1987), 100-101.

estos grupos para adaptarse y evolucionar en respuesta a las intervenciones estatales y legales significa que la lucha contra la DO es un proceso dinámico y continuo, que requiere un compromiso constante y renovado.

La efectividad de las medidas legales, aunque fundamental, es solo una parte de la respuesta necesaria. Como se ha expuesto, las operaciones de la DO están profundamente entrelazadas con las realidades socioeconómicas de las regiones en las que operan. Por lo tanto, las estrategias para combatir estos grupos deben ser igualmente holísticas, abordando no solo los actos criminales en sí, sino también las condiciones que propician estos entornos delictivos. Esto incluye programas de desarrollo económico, educación, y políticas sociales dirigidas a reducir la desigualdad y la exclusión, que son a menudo caldos de cultivo para la criminalidad organizada.

Referente a la autoría, se ha establecido que no hay una regla aplicable de forma general.

La determinación de la autoría de un miembro, dentro de un grupo delictivo, depende de factores como la estructura y la libertad individual. En el caso de organizaciones criminales que operan bajo estructuras jerárquicas verticales, se aplicaría la teoría del autor mediato, ya que la libertad de acción del ejecutor se ve limitada por los deseos de su superior. Dentro de las características de este ejecutor está su fungibilidad, lo que implica que no solo la libertad del individuo es un factor determinante en el dominio del hecho que este mantiene. Si se niega a realizar la acción, otro miembro la llevará a cabo; por lo tanto, el autor original no habría mantenido el control sobre el hecho.

Por otro lado, la coautoría estaría más asociada al uso de estructuras en forma de red, donde los miembros mantienen una estructura más flexible y una dirección horizontal en lugar de vertical. Aunque puede existir cierta jerarquía dentro de estas redes, esta se basa en la distribución de roles. En este modelo se reconoce que hay personas importantes, pero estas pueden ser fácilmente reemplazadas en función de su rol dentro de la organización. Además, este modelo proporciona a los miembros un mayor grado de autonomía. En esta situación, aunque se espera que las acciones de los miembros se alineasen con los objetivos de la organización, no están sujetas a las órdenes de sus líderes.