

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

[DOI 10.35381/cm.v11i3.1840](https://doi.org/10.35381/cm.v11i3.1840)

**Aplicación de la autoría mediata de procesos de contratación pública en
Estado de excepción 2020**

**Application of indirect authorship of public procurement processes in the 2020
State of Exception**

Daniel Alexander Montero-Barrera
dp.danielamb15@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, Pastaza
Ecuador
<https://orcid.org/0009-0006-1098-5431>

Edmundo Enrique Pino-Andrade
up.edmundoandrade@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, Pastaza
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0003-4381-8788>

Pablo Santiago López-Freire
up.pablof06@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, Pastaza
Ecuador
<https://orcid.org/0009-0001-8340-7097>

Recibido: 25 de junio 2025
Revisado: 30 de julio 2025
Aprobado: 15 de septiembre 2025
Publicado: 01 de octubre 2025

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue analizar aplicación de la autoría mediata de procesos de contratación pública en Estado de excepción 2020. La metodología del presente artículo se basa en un análisis documental bibliográfico sobre la institución doctrinal de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Los resultados lograron determinar los obstáculos procesales y probatorios que impiden sancionar a los funcionarios de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en calidad de autores mediatos e inmediatos, cuando participan en delitos originados en la contratación pública y acentuándonos en el contexto de la crisis sanitaria que vivió la humanidad en el año 2020. En conclusión, la autoría mediata de forma general no tiene el suficiente desarrollo jurisprudencial y normativo en el Ecuador, menos aún la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la cual al parecer está tipificada de forma tibia en el COIP, pero no se redactan sus elementos.

Descriptores: Ley; administración pública; contratación; obras públicas, proceso. (Tesauro UNESCO)

ABSTRACT

The objective of this research was to analyze the application of indirect perpetration in public procurement processes during the 2020 state of emergency. The methodology of this article is based on a bibliographic analysis of the doctrinal institution of indirect perpetration by organized power structures. The results determined the procedural and evidentiary obstacles that prevent the punishment of officials of decentralized autonomous governments as indirect and direct perpetrators when they participate in crimes originating in public procurement, with an emphasis on the context of the health crisis that humanity experienced in 2020. In conclusion, indirect perpetration in general does not have sufficient jurisprudential and regulatory development in Ecuador, even less so indirect perpetration by organized power structures, which is vaguely defined in the COIP, but whose elements are not spelled out.

Descriptors: Law; public administration; procurement; public works, process. (UNESCO Thesaurus)

INTRODUCCIÓN

El año 2020 fue quizá uno de los más difíciles en la historia contemporánea de la humanidad debido al peligro inminente provocada por la pandemia del COVID-19. Es así como desde todos los sectores se tomaron las medidas para evitar la propagación del virus y más muertes. Por tanto, el 16 de marzo del 2020 el Presidente del Ecuador en ese entonces Lenin Moreno Garcés mediante cadena nacional decretó el estado de excepción por la emergencia sanitaria como medida para contrarrestar el avance del COVID-19. Como es conocido, el Ecuador maneja un modelo de administración pública descentralizada, en vista de aquello el estado de excepción se extendió directamente a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Lamentablemente, en ese contexto los gobiernos seccionales y sus máximas autoridades estaban facultados para realizar procesos de contratación pública emergentes y sin tantas formalidades como normalmente se lo hace en el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP); lo cual desencadenó varios actos de corrupción que se adecúan a la redacción normativa de varios tipos penales contra la eficiente administración pública.

El presente trabajo investigativo desarrolla un estudio pormenorizado de la figura dogmática de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, teoría que fue expuesta de forma magistral por parte del reconocido jurista alemán Claus Roxín (1998). El objetivo de investigación se basa en determinar cuáles son los obstáculos probatorios para aplicar la autoría mediata en delitos originados por procesos de contratación pública; para lo cual se fundamentó teórica y jurídicamente esta figura doctrinal y se estableció las calidades de autoría que tendrían los funcionarios públicos.

La necesidad e importancia de la problemática planteada estriba en las serias dificultades existentes en el sistema procesal ecuatoriano para procesar y sancionar a los funcionarios de los Gobiernos Autónomos Descentralizados por su participación criminal en delitos contra la eficiencia de la administración pública,

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

resaltando la grave crisis sanitaria que vivió el país por la pandemia. Simultáneamente, la administración de justicia ecuatoriana no se ha preocupado en desarrollar fallos sobre la aplicabilidad de la autoría mediata en delitos contra la administración pública, a pesar de que en la última década han existido múltiples actos de corrupción que limitan la capacidad de gestión estatal y, por ende, se menoscaban derechos constitucionales de los ecuatorianos. Por ende, a través de la presente investigación se involucraron tres ramas del Derecho: derecho penal, contratación pública y descentralización en virtud de darle respuesta a una problemática que no ha terminado, pues la pandemia continúa y las investigaciones sobre actos de corrupción en contrataciones emergentes por parte de los GAD avanzan de una forma decadente.

Los fundamentos de la autoría mediata por aparatos organizados de poder dejan de lado varias teorías diferenciadoras y unitarias de la autoría en los tipos penales, pues la doctrina establece que muchas veces los funcionarios públicos utilizan el aparataje estatal para beneficiarse a sí mismo o a terceros a costa de fondos públicos. Generalmente surgen conflictos jurídicos para establecer la participación de los funcionarios cuando han adecuado su conducta en actos de corrupción.

Conviene subrayar que una clara respuesta radica en la autoría mediata desarrollada por Roxín en el año 1963 para fortalecer su postura en el año 2006. Se presenta como una figura que permite diferenciar la participación de los funcionarios públicos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en sus calidades de autores mediatos e inmediatos (desde la máxima autoridad hasta los contratistas). De aquella relación concatenada de autoría se pueden definir dos aspectos fundamentales dentro de un proceso penal: los medios probatorios que permitan acreditar su tipo de autoría y las eventuales penas que constan en la redacción normativa de los tipos penales.

En definitiva, se aplicaron varios métodos de investigación jurídica y métodos generales de la investigación científica en función de concatenarlos con la modalidad de investigación mixta, pues se analizó las características del objeto del estudio y

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

datos cuantificables estadísticos de los seis casos sobre irregularidades en compras públicas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Por lo antes expuesto, se pretende aportar a la comunidad jurídica ecuatoriana la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder y los medios probatorios idóneos para acreditarla en un problema existente en la realidad socio jurídica: los actos de corrupción dentro de procesos de contratación pública emergentes. Es urgente un desarrollo normativo y una reforma del Código Orgánico Integral Penal sobre esta temática.

MÉTODO

La metodología del presente artículo se basa en un análisis documental bibliográfico sobre la institución doctrinal de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en virtud de llevarla a la práctica en delitos que atentaron contra la administración pública durante la pandemia, pues permite establecer la identidad y funciones de cada servidor público que participó en los procesos de contratación pública irregulares.

En pro de ofrecer un estudio integral, la modalidad de investigación mixta se presentó como la más adecuada, dado que permitió estudiar al objeto y al problema de investigación en una doble dimensión: la primera, el desarrollo de las cualidades de esta figura dogmática para llevarla a la práctica en procesos penales y la segunda se sustentó en el desglose de datos estadísticos sobre contrataciones públicas de seis Gobiernos Autónomos Descentralizados a nivel nacional que presentaron sobrepagos en los procesos de contratación pública, mientras la pandemia no daba tregua con la población.

De forma anexa, se aplicó métodos generales de la investigación científica como el histórico-lógico que permitió estudiar los antecedentes de la problemática, los métodos inductivo y deductivo que permitieron un análisis de la relación general-particular para la aplicabilidad de la autoría mediata por aparatos organizados de

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

poder en casos penales concretos y también el método analítico-sintético y método intuitivo.

Era imperativo aplicar métodos específicos de investigación jurídica como los siguientes: método sistemático jurídico, método exegético y método hermenéutico que fueron los recursos para interpretar integralmente la norma penal y los textos jurídicos. El método dogmático fue un mecanismo clave para analizar los criterios de los juristas como una elemental fuente del conocimiento jurídico. La aplicación metodológica se desarrolló en los libros, artículos científicos y revistas jurídicas de tiempos recientes sobre esta problemática.

Es así como de forma sistemática la metodología aplicada direccionó óptimamente el proceso investigativo para determinar la idoneidad de la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la identificación de los obstáculos probatorios para definir la autoría de los funcionarios en los GAD y equiparado a aquello la aplicación de medios probatorios específicos, cuando surjan acciones penalmente relevantes en el marco de la contratación pública.

La metodología aplicada permitió desarrollar eficazmente las etapas de la investigación jurídica. La búsqueda de la información se sustentó en un análisis documental bibliográfico de alrededor de veintidós fuentes bibliográficas contenidas en libros, artículos científicos, trabajos de grado y jurisprudencia alemana desarrollados en los últimos años, tomando en cuenta que si bien el postulado de Claus Roxín fue acuñado en 1963, la autoría mediata por aparatos organizados de poder ha sido desarrollada por grandes tratadistas penales como Egardo Donna, Enrique Bacigalupo, Eugenio Zaffaroni y Francisco Muñoz.

Desde el punto de vista empírico, se tomó como población 32 casos de instituciones públicas que presentaron procesos de contratación públicas, donde predominaba el delito de peculado y de los cuales se analizó detenidamente seis casos como muestra, que correspondían a Gobiernos Autónomos Descentralizados. De los casos analizados, es evidente las dificultades que tiene la administración de justicia

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

para investigar, judicializar y sancionar estos casos, ya que se encasillan en las formas de participación criminal como la autoría directa y la complicidad.

RESULTADOS

Desde el punto de vista procesal, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública (2008) y su Reglamento regulan el proceso a llevarse a cabo las contrataciones públicas emergentes encuadradas en el régimen especial, tomando como contexto la pandemia del COVID-19 en el año 2020. El Código Orgánico Integral Penal (2014) regula de forma insuficiente sobre la autoría mediata como una forma de participación criminal, mientras que la doctrina penal desarrollada por Claus Roxín (2009) y otros juristas ofrecen los recursos necesarios para aplicar la relación teoría-práctica de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en delitos contra la administración pública.

Ahora bien, mientras se transitó por cada etapa del riguroso proceso investigativo se logró cumplir con el objetivo general y objetivos específicos planteados. Consecuentemente, con los recursos investigativos antes mencionados, el análisis de los procesos de contratación pública irregulares en seis Gobiernos Autónomos Descentralizados, se hallaron los siguientes resultados:

1. La fundamentación teórica y jurídica de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en delitos contra la eficiencia de la administración pública: en la primera etapa de investigación jurídica, se indagó pormenorizadamente en la doctrina de importantes juristas como Hans Welzel(2002; 2005), Claus Roxín(1998; 2009) y Edgardo Donna(2002), y se logró encuadrar sus importantes teorizaciones en los presupuestos de participación criminal por parte de los funcionarios de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en procesos penales originados debido a irregularidades en la contratación pública emergente durante la pandemia del COVID-19. Cabe recalcar que la figura de la autoría mediata por aparatos

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

organizados de poder acuñada por Claus Roxín no está tipificada de forma precisa en el Art. 42, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

2. Como es conocido, la norma penal positiva evoluciona acorde a las necesidades sociales y a la epistemología de las fuentes de conocimiento jurídico. Entre las principales características de la autoría mediata por aparatos organizados de poder encontramos: el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, el hombre de atrás como figura central del hecho, el dominio de la acción por parte del hombre de adelante, la realización de los elementos objetivos, subjetivos y descriptivos del tipo penal por parte del hombre de atrás y la procedencia exclusiva de la autoría mediata por aparatos organizados de poder dentro de delitos dolosos.

3. La propuesta de solución jurídica a la problemática: posterior a analizar los fundamentos epistemológicos y procesales de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, pudo establecer que es imperioso reformar el Artículo 42, numeral 2, literal d) con la finalidad de especificar la autoría mediata en delitos contra la administración pública; también, es necesario un mayor desarrollo jurisprudencial de la autoría mediata por aparatos organizados de poder y una optimización de la acusación fiscal en contra de los servidores según sus funciones en la contratación pública y una mayor difusión del conocimiento jurídico de esta figura doctrinal en el proceso penal acusatorio actual. Desde el ámbito probatorio, es necesario que se establezca una prueba pericial específica para que un profesional experto en contratación pública le otorgue al juez datos objetivos sobre los actos desarrollados en cada etapa contractual y en base a eso determinar irregularidades y responsabilidades (pericia diferenciada de los informes de responsabilidades que pueda emitir la Contraloría General del Estado) y finalmente, el uso de alegatos y pruebas que conduzcan a establecer que el autor mediato domina el hecho y todo el suceso causal que produce un resultado típico.

De ahí resulta que las cuatro características de la autoría mediata por aparatos organizados de poder se adecúan para definir la participación criminal de los

funcionarios de los GAD en procesos penales por delitos contra la administración pública, siendo: el poder de mando por parte del hombre de atrás, el apartamiento del Derecho del aparato de poder, la fungibilidad de los autores inmediatos o ejecutores y la esencialmente disponibilidad del hecho al ejecutor; los cuales me permitiré desglosar en lo posterior con arreglo a un caso concreto que durante la crisis sanitaria del año 2020. Es idóneo aplicar esta figura dogmática con la finalidad de establecer la responsabilidad penal del procesado de una forma diferenciada y concatenada (autor mediato y autor inmediato).

La identificación de los obstáculos probatorios que impiden sancionar y procesar a los funcionarios de los GAD bajo la autoría mediata dentro de procesos de contratación pública irregulares: los conflictos procesales en torno a determinar la autoría del sujeto activo en delitos contra la administración pública en el marco de contrataciones emergentes radican en la deficiente acusación fiscal, la falta de desarrollo jurisprudencial sobre la autoría mediata, la no diferenciación de roles de los servidores públicos en actas y pliegos de contratación, el difuso proceso de contratación pública en el que participan varios funcionarios, la deficiente acusación por parte Fiscalía General del Estado para establecer la relación de la documentación, los medios de convicción y la autoría del sujeto activo y la marcada preferencia acusatoria de Fiscalía General del Estado por la autoría directa.

Se debe destacar que la autoría mediata en aparatos organizados de poder es procedente en dos clases de delitos: delitos cualificados y delitos dolosos. En los delitos cualificados como los son los delitos contra la eficiencia de la administración pública es aplicable, puesto que los sujetos están cualificados; el sujeto activo debe ser servidor público y el sujeto pasivo es el Estado ecuatoriano. Por otro lado, en los delitos dolosos, se encuadra la autoría mediata por aparatos organizados de poder por cuanto el autor mediato domina el hecho, realizando los elementos objetivos y subjetivos, más aún los elementos volitivo y cognoscitivo del dolo. En suma, los hallazgos antes desglosados justifican la aplicación de la autoría mediata por

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

aparatos organizados de poder en un proceso penal sobre un delito contra la administración pública.

DISCUSIÓN

De forma gradual, en los meses de abril a julio del 2020 aproximadamente surgieron treinta y dos casos de contrataciones públicas con irregularidades en diversas entidades estatales, en los que servidores públicos se beneficiaban de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, ya que ante estos eventos los procesos de contratación pública son expeditos y se omiten algunas fases con la finalidad satisfacer rápidamente alguna necesidad motivada de la institución. Si se habla de entidades públicas, resulta necesario especificar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a los que se les puede considerar como aparatos organizados de poder, tomando en cuenta que en base al modelo descentralizado en que se administra el Estado ecuatoriano, los Gobiernos Autónomos Descentralizados tienen autonomía política, administrativa y financiera.

Frente a esta problemática se ha desarrollado un estudio exhaustivo de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, equiparado al ámbito probatorio para ofrecer una solución, puesto que es un problema socio jurídico reciente y en el Ecuador es casi inexistente el desarrollo jurisprudencial de esta importante figura doctrinal.

Bajo este contexto, es indispensable partir desde la regulación normativa aplicable a esta problemática. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dentro del *Art.*

57.1 en su parte pertinente tipifica lo siguiente:

Art. 57.1.- Contrataciones de emergencia. - La entidad contratará bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato, sin que se excluya de este tipo de procesos la entrega de garantías indispensables para el buen uso de recursos públicos, que fueren pertinentes acorde a la Ley. Las contrataciones que se efectúen producto de la declaratoria de emergencia tendrán relación directa y objetiva con el problema o situación suscitada.

No se podrá utilizar la emergencia para realizar contrataciones que se encontraban planificadas en la entidad, salvo que la contratación fuese estrictamente necesaria y tenga relación directa con la situación de emergencia.

La mencionada disposición es imperativa al manifestar que bajo la responsabilidad de la máxima autoridad se pueden hacer contrataciones emergentes siempre y cuando sean estrictamente necesarias; algo que no ha pasado en los 32 procesos con sobrepagos e irregularidades que aún se están investigando. Los delitos más comunes en la contratación pública son los siguientes: peculado, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, cohecho, concusión, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo y enriquecimiento privado no justificado. Más adelante será sensato referirse a un caso concreto en el que confluirán todos los fundamentos que se tratarán.

El Código Orgánico Integral Penal, por su lado, establece en su artículo 42, numeral 2 lo siguiente:

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.

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

Es así como surgen dos cuestionamientos medulares en este proceso investigativo: ¿es aplicable figura dogmática de la autoría mediata por aparatos organizados de poder dentro delitos contra la administración pública originados por contrataciones emergentes en los GAD? ¿se puede hacer un aporte desde el ámbito probatorio para esta forma de participación criminal?

En primer lugar, la autoría mediata se define como una forma de participación criminal en la cual el hombre de atrás se sirve otra persona en calidad de instrumento para cometer un delito, es decir, no acciona directamente el ilícito, pero controla el suceso causal que termina con un resultado típico y lesivo. El autor Donna (2002) sostiene: “hay casos en que el autor no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos: se puede servir, amén de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto sólo ella posea el dominio de la realización del tipo.” (p.45).

En efecto, se infiere que la imputación de un hecho delictivo no sólo opera en contra de quien ha ejecutado el delito de forma directa, también dicha imputación puede recaer en contra de una persona que, sin intervenir de propia a mano, utiliza a otra persona como instrumento. Adquiere la calidad de autor pues es dominador del hecho y se le atribuye el calificativo de “mediato”, puesto que no ejecuta el hecho por sí mismo. Este tipo de autoría se origina en una tesis de Welzel (2002; 2005), es decir, una tesis netamente finalista que es a lo que se adhiere gran parte de la doctrina.

No obstante, es el maestro alemán Roxín quien de forma notable desarrolla sus elementos y fundamentos, que hasta en la actualidad son tomados en cuenta. En palabras de Roxin (1998), el cual puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente, tiene poder de impartir órdenes y utiliza este poder para la realización del tipo”. Por lo que, el autor mediato aprovechando su posición de poder utiliza a un tercero para realizar el tipo, teniendo todo el tiempo el dominio del hecho. En efecto, dentro de esta forma de participación criminal se identifica una distribución de roles entre los sujetos, en la autoría mediata se

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

requiere de la presencia de tres personas: un sujeto de atrás, un instrumento y la víctima. El primero será quien domine la ejecución de la conducta punible a través de otro – instrumento- que actúa como ejecutor material (Roxín, 1998, p.248).

Como se ha mencionado, gran parte de la doctrina se adhiere al trabajo de Roxín (1998) con el objeto de evitar la aplicación de teorías que sólo apuntaban al autor directo o a la coautoría y hasta la figura de la instigación.

El hombre de atrás debe tener la posibilidad de controlar de facto el accionar del hombre de adelante y qué mejor “posibilidad” que el poder en una estructura organizada. Por lo tanto, se torna imperioso traer a colación la institución dogmática la autoría mediata por aparatos de poder organizados, la cual ha sido propuesta y desarrollada en la obra de Claus Roxín. En la mencionada obra el autor optimiza sus postulados anteriores, realza el protagonismo central del hombre de atrás y su dominio del hecho, y en esencia: nos da una luz clara de una forma de participación criminal en la que un sujeto aprovechando de su mando en una estructura orgánica realiza la ejecución del tipo penal y la lesión al bien jurídico protegido. Como preámbulo, Claus Roxín (2009) hace un análisis de su propia obra:

En el año 1963 desarrollé por primera vez esta forma de autoría. Ésta se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente responsables. En el lenguaje coloquial alemán se designa a estos maquinadores como «autores de escritorio». Mi idea consistía en volcar este concepto cotidiano en una categoría precisa de la dogmática jurídica (p.52).

Se torna indudable que en la obra de Roxín se resalta el rol fundamental del hombre de adelante al dominar el hecho y en ese sentido la configuración real del suceso está en manos de la persona que ostenta el poder. El dominio del hecho es medular para el autor mediato, lo cual ha sido acreditado por Roxín (2009):

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

En el dominio de la organización no faltaría «ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo, es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer» (p.53).

En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el dominio del hecho se materializa gracias al poder y el dolo del hombre de atrás. Por consiguiente, la existencia del dolo es un elemento fundamental para acreditar el dominio del hecho, puesto que conoce sobre las consecuencias que acarrearán los actos de corrupción y aun así los realiza utilizando a una estructura orgánica como instrumento. Por lo que el dolo al componerse de sus elementos: volitivo y cognoscitivo, se adecúan al dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En base al elemento cognoscitivo, el hombre de atrás conoce los elementos objetivos de los tipos penales contra la administración pública, mientras que, en base al elemento volitivo el hombre de atrás tiene la voluntad para realizar esos elementos; configurándose así su dominio.

Por su parte Donna (2009) sostiene que hay tres elementos para que se construya el concepto de dominio del hecho: “a) dominio final del hecho, b) requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado, etc.), c) requisitos subjetivos del autor (ánimo de lucro o la tendencia lesiva)” (p.76). Por ejemplo, en un delito de enriquecimiento ilícito suscitado en un Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial: el autor mediato sería el prefecto como máxima autoridad, el autor mediato uno de los funcionarios en subordinación como requisito objetivo y el ánimo de lucro como requisito subjetivo.

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

Lo cual nos lleva a pensar que para tener el dominio objetivo del hecho es elemental la existencia del dolo, si bien el dolo existe en un sujeto (hombre de atrás) y falta en el otro (hombre de adelante), crea la posibilidad de actuar a través de otro y de ahí el origen de la autoría mediata que compete en el presente caso. En esencia, es el autor mediato quien traza el fin al cual llegará su acción, específicamente la acción lesiva que en el caso concreto es la lesión del bien jurídico protegido de la eficiencia de la administración pública.

CONCLUSIONES

En conclusión, se ha logrado determinar los obstáculos procesales y probatorios que impiden sancionar a los funcionarios de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en calidad de autores mediatos e inmediatos, cuando participan en delitos originados en la contratación pública y acentuándonos en el contexto de la crisis sanitaria que vivió la humanidad en el año 2020.

La autoría mediata de forma general no tiene el suficiente desarrollo jurisprudencial y normativo en el Ecuador, menos aún la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la cual al parecer está tipificada de forma tibia en el COIP, pero no se redactan sus elementos.

Por esa razón, se tuvo que acudir a un exhaustivo estudio doctrinario y dogmático comparado para establecer que este tipo de participación criminal es aplicable en los delitos contra la eficiente administración pública.

En nuestro país hay una marcada predilección por procesar y sancionar al autor directo, al coautor y al cómplice, lo cual limita la aplicación de otras formas de participación que nos ofrece la doctrina en función de establecer una identificación eficaz de la participación del sujeto activo en los delitos y actos de corrupción que tanto aquejan a la realidad socio jurídica ecuatoriana. Es por esto, que en base a la fundamentación teórica y jurídica de la autoría mediata por aparatos organizados de poder se determinó su aplicabilidad como una solución a la problemática.

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

Actualmente, existe mucha corrupción en las instituciones públicas, que se las considera de forma sensata como un aparato organizado de poder, sobre todo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, que en base al modelo de administración del Estado ecuatoriano gozan de una notable autonomía para el manejo de fondos públicos. El elevado protagonismo de las máximas autoridades y ejecutivos concuerda con la figura central que tiene el autor mediato para dominar el hecho y en este caso, utilizar el aparataje estatal para su beneficio o el de terceros.

Es imperativo una reforma al Art. 42, numeral 2 del COIP con la finalidad de que se amplíe la redacción normativa de la autoría mediata en todos sus modos, especialmente la autoría mediata por aparatos organizados de poder, ya que está tipificada de forma incipiente. Cuando existe deficiencias en las fuentes de conocimiento jurídico primarias (ley), es menester analizar las fuentes secundarias, como en este caso, una figura de la doctrina penal se presenta como una solución más eficiente. En la academia están las respuestas.

La figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder permite establecer la participación criminal de forma escalonada en los delitos contra la eficiente administración pública, especialmente los que se originan en el marco de la contratación pública. Las limitaciones probatorias pueden ser superadas en base a la documentación que la entidad contratante pueda otorgar dentro de una investigación o proceso penal; es el caso de los pliegos que se considera como la ley del contrato y en el cual están suscritas todas las firmas desde la máxima autoridad hasta los funcionarios de compras públicas y el oferente.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A todos los factores sociales que influyeron en el desarrollo de esta investigación.

Daniel Alexander Montero-Barrera; Edmundo Enrique Pino-Andrade; Pablo Santiago López-Freire

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Asamblea Nacional de Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal, Quito: Lexis. <https://n9.cl/s1o44>
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008). LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008 Última modificación: 17-feb.-2021.
- Donna, E. A. (2009). La autoría y la participación criminal. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores. <https://n9.cl/5crvb2>
- Donna, E. (2009). Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. <https://n9.cl/vj5h9>
- Donna, E. (2008). Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. <https://n9.cl/awsk8t>
- Roxín, C. (1998). Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Traducción de la novena edición alemana. <https://n9.cl/sueib>
- Roxín, C. (2009). Dirección de la organización como autoría mediata. (p.11-19) <https://n9.cl/8g2ksy>
- Salazar, A. (2018). La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder Organizados. Comisión de la Verdad del Ecuador 2010. Programa de Maestría en Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://n9.cl/29f3b>
- Welzel, H. (2002). Derecho Penal Alemán. Chile: Editorial Jurídica de Chile. <https://n9.cl/7a7ff>
- Welzel, H. (2005). Introducción a la Filosofía del Derecho. Montevideo: B de F. <https://n9.cl/4mucr>