



***AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS  
ORGANIZADOS DE PODER: FUNDAMENTOS  
DOGMÁTICOS Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando**

**FERNANDO EDUARDO CORCINO BARRUETA**

**para la obtención del Grado de Doctor en Derecho**

**por la Universidad de Sevilla**

**bajo la dirección del**

**Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

**Universidad de Sevilla**

**Curso 2016/2017**



# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I AUTORÍA. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

I. Cuestiones previas .....	23
II. El concepto de autor.....	28
III. Sistema unitario de autor.....	32
A. Descripción.....	32
B. Concepto unitario de autor formal y funcional.....	41
IV. Fundamentos dogmáticos del concepto unitario de autor.....	43
A. La equivalencia causal de las aportaciones de la intervinientes .....	43
B. La peligrosidad, el merecimiento de la pena y las concepciones autoritarias del Derecho penal.....	46
C. Fundamentos y construcciones modernos .....	48
1. La construcción de Detzer .....	48
2. La construcción de Kienapfel.....	49
3. La construcción de Schmoller .....	50
4. Consecuencias del concepto de autor .....	51
A) El rechazo a la accesoriedad.....	51
B) Conformidad del concepto unitario con el presupuesto del Derecho penal de un Estado de Derecho .....	53
C) Concepto unitarios y formas de imperfecta de ejecución .....	53
D) Concepto unitario y desvalor de acción .....	53
E) Concepto unitario y determinación de la pena .....	54
5. Regulación del concepto unitario de autor .....	54
A) El concepto unitario de autor y el Código penal español .....	54
B) El concepto unitario de autor y el Código penal peruano.....	56

### CAPÍTULO II AUTORÍA. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

I. Consideraciones preliminares .....	58
II. Teorías objetivas .....	60
A. El concepto extensivo de Eb. Schmidt y Lony .....	60
B. El concepto extensivo de Mezger y Spindel .....	61
C. Críticas al concepto extensivo de autor .....	63
1. Remisión.....	63
2. Críticas al fundamento .....	64
A) Fundamento puramente causal .....	64

B) Fundamento en la lesión de bienes jurídicos .....	65
C) Destrucción del tipo o su función garantista .....	65
D) Carácter negativo del concepto extensivo de autor .....	66
E) Dificultades de distinción entre coautoría y complicidad .....	66
III. Teorías subjetivas .....	67
A. Relación entre el concepto extensivo y teorías subjetivas .....	72
1. Fundamento en la equivalencia causal .....	72
2. Contradicción entre concepto extensivo y teoría subjetivas.....	72
B. Caracterización general de las teorías subjetivas .....	73
1. Principales variantes .....	74
2. La teoría del dolo .....	74
3. La teoría del interés .....	76
C. Rechazo de las teorías subjetivas .....	79

### CAPÍTULO III

#### AUTORÍA. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

I. Cuestiones previas .....	83
II. Teoría objetivo-formal del concepto restrictivo de autor .....	85
A. Caracterización general .....	85
1. Carácter objetivo .....	88
2. Carácter formal .....	90
B. Variantes de la teoría objetivo-formal .....	91
1. La autoría como realización de acciones ejecutivas .....	91
2. La autoría como realización del tipo .....	92
C. Fundamentos de la teoría objetivo-formal.....	93
1. El argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad.....	98
2. El argumento del lenguaje común, las concepciones populares .....	102
D. Crítica a la teoría objetivo-formal .....	103
1. Indefinición o indeterminación .....	106
2. La no explicación de la autoría mediata .....	107
3. La no explicación de la coautoría .....	110
4. Singular consideración de la tesis de Díaz y García-Conlledo .....	110
a. ¿La ejecución es autoría? .....	111
b. ¿La realización del tipo es autoría? .....	112
5. Examen de la tesis de Ruiz Antón .....	113
A) Exposición.....	113
B) Valoración .....	115
6. Conclusiones y aproximación provisional al concepto de autor .....	115
III. Teoría objetivo-material del concepto restrictivo de autor .....	117
A. Caracterización general .....	117
B. Diversas teorías objetivo–materiales .....	118
1. La teoría de la necesidad .....	118
2. La teoría de la simultaneidad .....	118
3. Teorías que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad .....	119
4. La teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe o de la coordinación o igualdad de los coautores .....	119

IV. Teorías mixtas .....	120
A. La concepción de Schmidhauser .....	120
B. La concepción de Stein .....	121

## **CAPÍTULO IV**

### **DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

I. Teoría objetiva de la autoría y participación .....	123
II. Teoría del dominio del hecho .....	123
III. Teoría funcionalista de autoría .....	131
IV. Criterios legislativos de distinción .....	136
A. Sistema del Código penal español .....	136
B. Posición del Código penal peruano .....	138
El Código penal de 1991 .....	138
C. Panorama legislativo en Europa .....	141
Alemania .....	141
D. Panorama legislativo en Latinoamérica .....	142
1. Argentina .....	142
2. Brasil .....	143
3. Colombia .....	144
4. Ecuador .....	145
5. Paraguay .....	145
6. Costa Rica .....	146

## **CAPÍTULO V**

### **CO-AUTORÍA**

I. Delimitación conceptual .....	147
II. Requisitos legales .....	156
A. Subjetivo .....	156
B. Objetivo .....	157
1. El co-dominio del hecho .....	159
2. Aportación en fase ejecutiva .....	172
C. Delimitación con respecto al cómplice .....	186
III. Consecuencias de la coautoría .....	186
IV. Diferencias en la coautoría .....	187
A. Coautoría con acuerdo común .....	187
B. Coautoría sin acuerdo común .....	199
V. Supuestos complejos de coautoría .....	200
A. Autoría accesoria .....	200
B. Coautoría sucesiva .....	201
C. Coautoría alternativa .....	202
D. Coautoría aditiva .....	203
VI. La coautoría en el Código penal español .....	204
VII. La coautoría en el Código penal peruano .....	207

## **CAPÍTULO VI**

### **AUTORÍA MEDIATA**

I. Fundamentos y requisitos .....	210
II. Delimitación de categorías conceptuales .....	212
A. Instigación .....	212
B. Complicidad .....	215
III. Supuestos de autoría mediata .....	216
A. Autoría mediata por coacción .....	216
B. Autoría mediata por error .....	218
C. Autoría mediata a través de inimputables .....	219
IV. Autoría mediata y las fases de ejecución del delito .....	222
A. Fase interna .....	224
B. Fase externa .....	226
C. El inicio de la tentativa en la autoría mediata .....	228
D. Comienzo de la ejecución de la autoría mediata .....	234
1. Solución individual .....	234
2. Solución global .....	236
3. Propuesta de Roxin .....	237
V. Autoría con intermediarios .....	238
A. Autoría con intermediarios no responsables .....	238
1. Autoría mediata por instrumento doloso sin intención .....	238
2. Autoría mediata por instrumento no cualificado .....	239
3. Autoría mediata por omisión .....	241
4. Autoría mediata con uso de menores de edad .....	242
B. Autoría con intermediarios responsables .....	244
1. Autoría mediata por error de tipo vencible .....	245
2. Autoría mediata por error de prohibición vencible .....	247
3. Autoría mediata por error de la identidad de la víctima .....	249
4. Autoría mediata por error sobre presupuestos de la acción relevante para el hecho .....	252
5. Autoría mediata por error sobre la medida del injusto .....	254
6. Autoría mediata por error sobre presupuestos cualificados. ....	257
7. Autoría mediata por error sobre el riesgo .....	259
8. Autoría mediata por aparatos organizados de poder .....	260

## **CAPÍTULO VII**

### **LA AUTORÍA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

I. Aparatos organizados de poder .....	261
A. Consideraciones generales .....	263
B. El Estado criminal .....	267
C. La guerra sucia llevadas a cabo por organizaciones estatales .....	270

D. Las organizaciones delictivas paraestatales: en particular, las organizaciones mafiosas y terroristas .....	275
1. Planteamiento .....	275
2. Los conceptos de organización y asociación delictiva .....	276
3. Especial referencia a la delincuencia de tipo mafioso .....	278
4. Especial referencia a la delincuencia de tipo terrorista .....	279
E. Las empresas como aparatos organizados de poder criminales .....	282
II. Autoría mediata por aparatos organizados de poder .....	290
A. Los orígenes: la propuesta de Roxin .....	290
B. El automatismo en el funcionamiento del aparato .....	293
C. La relativización del principio de responsabilidad y condición de instrumento .....	297
D. Exclusión de las categorías de coacción y error .....	302
E. Fundamentos estructurales del dominio de organización .....	304
1. Criterio de la fungibilidad o intercambialidad del instrumento .....	305
A) La necesidad de un amplio número de subordinados fungibles .....	309
B) Admisión de fungibilidad como criterio fundamentador .....	316
2. Subordinación y estructura jerárquica del aparato .....	317
3. Criterio de la desvinculación del Derecho .....	318
A) Desvinculación jurídica en el seno de organizaciones de carácter estatal .....	318
B) Desvinculación jurídica en el seno de organizaciones extra estatales .....	323
4. Disponibilidad incondicional del ejecutor para la realización del hecho .....	324
A) Origen del concepto de la disponibilidad incondicional al hecho .....	328
B) Planteamientos doctrinales conforme a las exigencias de disponibilidad de hecho por parte del ejecutor .....	331
5. Consideraciones del Tribunal Supremo Alemán con respecto a la autoría mediata por aparatos organizados de poder .....	334
A) Caso “Rey de los gatos” .....	334
B) Caso “Eichmann” .....	335
C) Caso “Tiradores del Muro” .....	340
6. Otras referencias jurisprudenciales .....	354
A) Argentina .....	354
B) Perú .....	362
1. Sobre el caso Sendero Luminoso y Abimael Guzmán .....	363
2. El caso Barrios altos, Cantuta y Alberto Fujimori .....	383
III. Alternativas a la autoría mediata en aparatos organizados de poder .....	402
A. La tesis de la coautoría .....	402
1. Planteamiento .....	402
2. La posición de Jakobs .....	405
3. La posición de Jescheck .....	409
4. La posición de Caro John .....	410
B. La tesis de la autoría accesoria .....	412
1. Aproximación al concepto de autor accesorio .....	412

2. El hombre de atrás en el seno de un aparato organizado de poder como autor accesorio .....	413
C. La tesis del autor intelectual .....	413
1. Reconducción del término fuerza .....	414
2. El recurso de la fuerza como equivalente al empleo de vis absoluta	418
D. La tesis de la inducción .....	420
1. Planteamiento .....	420
2. La posición de Herzberg .....	422
3. La posición de Kohler .....	422
4. La posición de Renzikowski .....	423
5. La posición de Gimbernat Ordeig .....	423
6. La posición de Gómez Rivero .....	425
E. La tesis de la complicidad (necesaria o no) .....	425
1. Consideraciones preliminares .....	426
2. La posición de Hernández Plasencia .....	426
IV. Falencias de la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder	431
A. Postulados esenciales de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados en la formulación de la misma por el profesor Roxin .....	431
B. Principales aspectos de insuficiencia de la teoría en los postulados originarios de su formulación dogmática originaria .....	440
V. Propuesta de una solución normativista: la coautoría como respuesta al problema de autoría mediata por aparatos organizados de poder .....	442
A. Antecedentes .....	442
B. Autoría mediata desde el normativismo .....	448
C. Autoría mediata en aparatos organizados de poder .....	450
Los postulados .....	450
D. La insuficiencia de sus postulados .....	456
E. La solución normativista: la coautoría como respuesta al problema .....	461
F. Principales críticas a la propuesta de solución normativista .....	468
G. La superación de las críticas de la propuesta de solución normativista ....	470
1. Sobre el distanciamiento espacial entre el jefe y el ejecutor .....	470
2. Sobre la horizontalidad de la coautoría .....	472
 <b>CONCLUSIONES</b> .....	 479
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 491

## INTRODUCCIÓN

La autoría y participación es todavía el tema más confuso y poco claro de la dogmática jurídico-penal<sup>1</sup>. Su importancia y utilidad práctica radica en la necesidad de individualizar el grado de participación de cada persona que interviene en el delito, ello por lo imprescindible de construir una imputación personal, exigencia que hace indispensable la responsabilidad por el hecho propio, ambas como derivado del principio de culpabilidad.

Situación que hace que exista una necesidad no solamente dogmática, sino fundamentalmente basada en el principio de legalidad, para lo cual basta observar la regulación de la autoría y participación en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal Peruano. Si la ley penal peruana fija el criterio de distinguir entre quien es autor y quien es partícipe, nos vemos obligados a guiar esta investigación sobre esos presupuestos legales, es decir, el autor directo o inmediato, autor mediato y el coautor vendrían a ser autores, mientras que el cómplice, sea secundario o primario, y el instigador se identifican como partícipes. A pesar de esta distinción bajo el amparo de la ley, creemos que el ordenamiento jurídico nacional no reconoce expresamente una definición de autor, y tampoco consolida la idea de dominio del hecho como criterio fundamentador que busca distinguirla de los actos de participación –sentido amplio–, razón que hace necesaria una

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 19; SAUER, Guillermo. *Derecho penal. Parte general*, traducido por Juan Del Rosal, Bosch, Barcelona 1956. p. 300.

interpretación teleológica y sistemática de los artículos que la regulan.

Una vez identificado el ámbito legal queda entrar en los detalles que nos acerquen al objeto de nuestra investigación, que es establecer la posibilidad de imputar penalmente al superior jerárquico que actúa dentro de un aparato organizado de poder el título de autor mediato. En ese sentido, observaremos que el legislador peruano reconoce la figura de la autoría mediata, criterio que doctrinariamente puede materializarse ya sea por error o por coacción, o también en supuestos en los que el superior jerárquico, al ostentar una posición de autoridad, domina la voluntad del aparato organizado de poder, dominio que se manifiesta sobre la organización y no sobre la persona que ejecuta la orden delictiva. Esta nueva orientación normativa de la autoría mediata busca acercar soluciones de imputación para quien a pesar de no ejecutar directamente un delito interviene de manera indispensable hacia su configuración dominado la estructura organizada de poder que lidera.

Este tema ha sido muy debatido en la dogmática penal, dada la importancia que ha generado para la jurisprudencia al tomarla en cuenta como criterio fundamentador en casos sobre los cuales se imputaba el hecho a una comunidad delincuenciaal dirigida por altos mandos, quienes no tenían participación directa en la etapa de ejecución- es decir quiero matar, pero no aprieto el gatillo, un subordinado lo hace en nombre mío- pero, que podían dirigir el acontecer delictivo desde la esfera más alta de la organización criminal; así se ordenaban: asesinatos, secuestros, lesiones y otros tantos delitos, que precisamente eran cometidos por súbditos que acataban la orden del líder de la organización criminal. Pero el problema central surgió sobre el hecho de la

imputación de responsabilidad penal de estos *autores de escritorio* -como se les hacía llamar en Alemania- puesto que por lo horrendos crímenes que se habían cometido en el siglo pasado, no se podía generar impunidad, debería también corresponderles a ellos un grado de imputación- junto al ejecutor- dado que sus órdenes eran las que dirigían el acontecer delictivo, por dominar un aparato organizado de poder que comete delitos con una compleja organización humana que actúa en nombre e interés de otro. Es así que surgen aportes a la dogmática que coadyuvarían a la interpretación de casos complejos.

La posibilidad de la autoría mediata mediante ejecutor inmediato plenamente responsable, ha sido defendida, igualmente, con fundamentos objetivos, principalmente por los defensores de las teorías objetivas de la participación. En esta línea se enmarcan las obras de Claus Roxin y Friedrich- Christian Schroeder quienes, por primera vez desarrollaron y fundamentaron a profundidad la estructura dogmática del autor detrás del autor (...) su influencia se ha visto reflejada en la jurisprudencia que la ha asumido expresamente como una figura posible, factible y de gran utilidad<sup>2</sup>. Pero sin duda el representante más importante y propulsor de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder* fue Claus Roxin, quien dio respuesta a los hechos criminales en los cuales un hombre con poder de mando en una organización criminal, ordenaba la comisión de delitos, los cuales eran cometidos en su propio interés, centrándose primero en los sucesos ocurridos en el nacionalsocialismo, en las cuales se ejecutaron a judíos valiéndose de la maquinaria de poder nazi.

---

<sup>2</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *El autor detrás del autor*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20-21.

Es así que tomando este criterio, “*el actuar a través de otro*” que es reconocido en las diferentes legislaciones del mundo que han acogido la autoría mediata como forma de intervención delictiva, se llegó a imputar y a interpretar casos en los cuales se utilizaba a personas como objetos para cumplir objetivos criminales, pero el criterio de interpretación de la autoría mediata no fue tan amplio sino hasta 1963 en que Roxin expone por primera vez su teoría de “el dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder”, tesis además, que se encuentra recogida en su obra “Autoría y Dominio del hecho en el Derecho Penal”, la cual habilitó al profesor Roxin para la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Múnich y en el Tomo II de su Derecho Penal Parte General. Roxin, plantea en esta tesis que el dominio del hecho “a través de otro” puede ejercerse no solo en virtud de *coacción y error*, sino también cuando se disponga de un aparato organizado de poder al margen del ordenamiento jurídico y con ejecutores fungibles plenamente responsables, y que podían actuar en nombre del líder de la organización criminal. Expuesta la teoría de Roxin, la doctrina comienza a debatir, asumir y cuestionar desde diferentes puntos de vista si el hecho de dominar una organización criminal con ejecutores plenamente responsables es autoría mediata o pertenece a otra categoría en la esfera de imputación criminal, algunos autores asumían la teoría, otros- como JAKOBS-, ya la habían rechazado rotundamente, considerando el hecho que no podía existir autoría mediata cuando el ejecutor era plenamente responsable de sus actos, es decir, tenía facultad de decisión sobre el hecho, aunque sobre el pesara una orden de alta esfera, este podía desistirse de consumar el hecho por diferentes circunstancias, ya que el dominio de la acción solo le pertenecía al ejecutor.

Pero entonces, como atribuir responsabilidad penal a quien comete el hecho a través de otro, si ya se estableció para la tesis Roxiniana que el ejecutor conocía el hecho y tenía el dominio decisorio sobre el injusto; esto ha sido debatido por muchos años, teniendo partidarios y adeptos, algunos asumiendo la construcción Roxiniana válida para la imputación de casos complejos- como el Caso Fujimori- y otros, como Günther Jakobs considerándola de por sí una construcción muy peligrosa.

Roxin, no dudo en contestar a sus detractores en los diferentes puntos en cuestión, como el de la instrumentalización, señalando que cuando el ejecutor se integra a una organización criminal este se vuelve en una pieza intercambiable fácilmente, y pierde su condición de persona, y se convierte en un objeto, así responde también a la fungibilidad como el criterio que hace que el dominio absoluto del hecho lo tenga el hombre de atrás, al no obviar la hipótesis de que algunos de los ejecutores desistieran del hecho, y por tanto si fuera así, estos serían fácilmente remplazados. Pero, estos criterios que expone Roxin, aún no se consideran, para la mayoría de doctrinarios que rechazan no solo *la autoría mediata por dominio de organización* si no de por sí *el dominio del hecho* como criterio fundamentador de la *autoría* a partir de datos meramente naturalísticos que no hacen otra cosa que la de revivir viejas teorías como la causalidad hipotética y la equivalencia de condiciones.

Es así, que de todas la posiciones que se asumen en la dogmática penal, sobre todo en este campo de la intervención delictiva, nosotros al respecto asumimos un criterio normativo funcional, por considerarlo objetivo, apartándolo del lado naturalístico y subjetivo sobre las cuales versa el dominio del hecho y que entrega al operador jurídico una interpretación antojadiza sobre

los hechos, ante esto muchas posturas han nacido para poder enfatizar la comprensión práctica de la teoría del dominio del hecho, por lo que consideramos a la *autoría normativa* como la más concisa y concreta que se vale necesariamente de criterios estrictamente normativos para delimitar los contornos de la imputación.

El tema no ha sido fácil, se ha dicho y escrito mucho sobre el particular, han mediado muchas investigaciones importantes sobre el tema, y sobre los cuales la discusión cada vez se ha ahondado más, con posiciones como la de PARIONA ARANA quien no duda en afirmar que no se debe utilizar para la calificación del comportamiento del hombre de atrás la instigación o la coautoría, sino la autoría mediata, y que “dentro de este sector pocos son consecuentes con sus posturas, pues terminan admitiendo la figura excepcionalmente”<sup>3</sup>. Esta afirmación señalada por el citado autor, pretende entregar a la comunidad jurídica una perspectiva cerrada y concisa sobre la construcción Roxiniana, pues advierte que la investigación dogmática de la figura de la *autoría mediata* de Roxin en todos sus ámbitos y parámetros es correcta, y que los operadores y estudiosos del Derecho Penal, en suma, terminaríamos aceptándola por falta de convicción o por completa resignación al encontrar al final del camino, como única respuesta al problema, como única solución y postura: la teoría de Roxin, craso error, puesto que desde 1963 en que se implanto dicha figura, y hasta hoy en que ya han transcurrido más de 54 años, fueron más los que declararon la figura como una construcción incompleta e inconsistente que los que genuflexamente se dedicaron a reverenciarla y acudir a ella siempre que sea necesario.

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*

En esa misma línea dice Roxin que “el hecho que estas concepciones (discrepantes) no se hayan impuesto a nivel internacional se debe probablemente a que el comportamiento de quien dirige un aparato organizado de poder y lo emplea para la comisión de delitos no se corresponde, en absoluto, con los requerimientos jurídicos ni tampoco con las representaciones que se derivan del uso del lenguaje común de coautoría e instigación-ello dejando a un lado la complicidad-, de tal modo, que el rechazo de tales concepciones ( que defienden la tesis de la instigación y la coautoría) se basa casi en un juicio de evidencia. Esto, incluso sin realizar una crítica detallada, se hace contundentemente claro, ya en formulaciones más breves”<sup>4</sup>. Consideramos totalmente errónea esta opinión, por considerar a la tesis de la autoría mediata como la única postura válida, y que tratar de abrir puertas a las otras categorías sería en vano, ya que aquí equivocadamente se afirma que no se ha impuesto a nivel internacional las distintas otras teorías, esto también es un craso error, ya que está demostrado que en la doctrina internacional, la literatura científica penal, y muchas posturas dogmáticas actuales le han dedicado mucha tiempo a analizar y cuestionar dicha figura, y prueba de ello es que en tanto en Europa, como en Latinoamérica y en diferentes países del mundo salgan a la luz cada día más aportes importantes sobre el tema, y que son expuestos en muchos países como contribuciones a raíz de los casos prácticos que se han presentado, y que cada día son muchos los adeptos que hoy se inclinan por considerar la teoría de Roxin una teoría incompleta y carente de consistencia y que toman una postura diferente.

Así como Roxin, que afirma que su teoría ha sido una construcción perfecta y válida para la imputación de esta clase de

---

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010, p. 97.

hechos, muchos de sus seguidores y partidarios asumen que no existe ni se puede concebir otra cosas más que una autoría mediata. Este será el punto central de todo el siguiente trabajo, demostraremos que la solución de estos casos de aparatos organizados de poder debe tratarse como supuestos de coautoría, pero específicamente consideramos como una coautoría normativa, ya que la coautoría basada en el dominio del hecho en nada aportaría a la discusión.

En el presente trabajo abordaremos los temas generales y específicos de la teoría de la intervención delictiva, el cual nos ha conllevado a dividirlo en diversos puntos, los mismos que han sido divididos de acuerdo a su naturaleza y temática.

En primer lugar revisaremos los aportes científicos penales sobre la autoría y participación o más precisamente sobre la llamada intervención delictiva, una revisión histórica y un estudio de los principales postulados y teorías que se han utilizado para la solución de casos prácticos,

Como segundo punto entregaremos al lector la definición y el estudio específico de las diferentes categorías dogmáticas de la intervención delictiva como: la autoría, la coautoría, la autoría mediata, la complicidad, la instigación, la tentativa, y el iter criminis,

Un tercer estudio se realizara en sentido amplio, preciso y específico de la teoría de la *autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder*, sus principales postulados, su evolución y su enfoque jurisprudencial en la doctrina nacional y comparada.

En un cuarto apartado realizaremos el estudio de las posturas que difieren totalmente con la construcción Roxiniana, centrándonos en los distintos aportes de Jakobs, Herzberg,

Jesckeck, Gimbernat Ordeig, Caro John, Hernández Plasencia y muchos otros, se realizara el estudio de estas posiciones para poder realizar un contraste debido y cuáles son los planteamientos y soluciones que se han entregado al tema de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Por ultimo plasmaremos nuestro aporte en concreto, que tendrá una base teórica desde la visión normativa funcional de la intervención delictiva, centrándonos en la teoría de Roxin, los errores metodológicos, una crítica a sus postulados principales, luego de ello llegaremos a configurar nuestra posición para poder así concluir que la solución más práctica es la coautoría normativa.

Es así, que en las siguientes líneas, el lector podrá comprender cuales son los criterios esenciales de la imputación normativa, cuáles son sus bases dogmáticas y en qué casos prácticos funcionan perfectamente, y además, podrá desde nuestro propio pensamiento jurídico adentrarse al mundo de *intervención delictiva*, para finalmente poder discernir claramente entre las distintas formas de participación.

De este modo quedara demostrado que es la coautoría la figura más apropiada para atribuir responsabilidad al jefe de la organización –al autor de escritorio-, lo que a la vez hace necesario revisar los postulados de la coautoría para su configuración recurriendo para ello al sentido social del aporte del interviniente en la comisión del delito, que a la vez nos permita descifrar la semántica de la actuación conjunta, prescindiendo para ello de datos y criterios ontológicos como el dominio del hecho que va a ser el sustento de la construcción Roxiniana.

Sobre el particular hay que tener en consideración que Roxin señaló, como ya lo había hecho en sus escritos sobre el dominio del hecho que: la coautoría requiere que haya un acuerdo en común y haya un aporte en la etapa ejecutiva, condición que no se cumplía cuando el hecho se realizaba dominando una organización criminal, puesto que el líder no tiene participación en la etapa de ejecución y en la mayoría de casos no conoce al ejecutor, rechaza Roxin bajo estos términos también cualquier inducción o complicidad, puesto que cerradamente asume el hecho como orden y cumplimiento ( y en la inducción es siempre provocación al hecho y duda sobre la consumación) y el hecho del autor mediato también como líder y súbdito, (esto no ocurre en la inducción o complicidad, porque siempre el que lleva adelante el hecho ejecutivo conoce la calidad del injusto y actúa libremente, en la autoría mediata se actúa en nombre de otro, convirtiéndose en su objeto criminal). De modo que a partir de ello ROXIN, ha creado así una hipotética responsabilidad instrumentalizada, pues señala que el ejecutor también responde por el hecho junto con el autor mediato, abriendo el campo a dos autores plenamente responsables que no puede ser concebido dogmáticamente, porque frente a ello cabe preguntarnos ¿ y dónde queda la instrumentalización?, ya que un criterio básico de la autoría mediata es la exculpación del instrumento, pero aquí se dice que el instrumento es plenamente responsable, ósea conoce el hecho, lo ejecuta y cumple, y a la vez, es un objeto; esto no puede ser asumido dogmáticamente, puesto que se es responsable del hecho y se responde por él ya sea como autor- en caso el hecho sea individual-, como co-autor- cuando haya un colectivo típico, o como cualquiera de las formas de intervención colectiva en las cuales la responsabilidad se asume por conocer y comunicar un

accionar delictivo plenamente consciente, pero no se responde por ser el instrumento responsable de un autor mediato.

Asimismo, Roxin asume la fungibilidad como criterio fundamentador del dominio del hecho, que no hace sino, extender la causalidad y que exista un decurso causal continuo entre los ejecutores que integran la organización, y esto por tanto demostraría que el hombre de atrás está alejado cada vez más del control del hecho delictivo, no solo alejado en un sentido literal, sino también que ha perdido el control del suceso criminal, vive apartado cada vez más del acontecer delictivo, por tanto, pierde el llamado *dominio del hecho*.

Entonces, la teoría de Roxin encuentra en suma muchos vacíos que dogmáticamente aun no pueden ser superados, ya sea por caracteres jurídicos, por aportes ya existentes que eran más eficaces para la solución de este tipo de casos, o esencialmente por que existe en la literatura científica construcciones mucho más eficientes y con claridad fáctica que podría demostrarse también y ser visto y defendido en los tribunales.

El lector al culminar podrá perfectamente comprender cuales son los parámetros que hemos establecido como criterios válidos para asumir la coautoría como figura correcta en la imputación del quien tiene el poder de mando en los llamados aparatos organizados de poder, comprendiendo así nuestra posición jurídica desde el criterio normativo funcional, que consideramos es el correcto. Los fundamentos establecidos en el presente trabajo, no solo rechazan totalmente la tesis de Roxin, sino que enmarca una comprensión mucho más amplia de las categorías fundamentales de la *coautoría normativa*, por la cual se establecen distintos parámetros de imputación que las ya tradicionalmente

conocidas y que de por sí son erróneas en su construcción, es así que, sustentaremos la coautoría, no solo desplazando el criterio de acuerdo en común y ejecución conjunta que es el sostén de todo aquel que niega la coautoría como criterio esencial de imputación, sino también cuestionando los principales postulados de Roxin, como *fungibilidad* y la *disposición incondicional al hecho*, y como aporte mucho más novedoso: el criterio de la horizontalidad de la intervención.

La presente investigación tiene por objeto entregarle un nuevo aporte a la dogmática penal moderna; sobre uno de los temas que mayor debate ha tenido a lo largo de toda la discusión y literatura jurídico- penal: *la intervención delictiva*, y basamos nuestro aporte cuestionando los puntos específicos y centrales de la llamada *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, por considerarla un tema de transcendencia en la ciencia penal, no solo por la calidad personal de su creador el Profesor Claus Roxin, maestro de generaciones, cuya esencialidad, no ha sido solo un quehacer netamente intelectual, sino que ya ha traspasado fronteras, desde la Alemania del siglo pasado, hasta la Alemania actual, también hacia los demás países y continentes, desde las facultades de derecho a los ciudadanos de a pie, puesto que estos temas ya no son solo exclusividad solamente de los conocedores de la ciencia penal, sino ha sido tal la transcendencia que ha tenido en el mundo que periodistas, políticos, sociólogos, y diferentes estudiosos del saber humano que le han prestado atención minuciosa y debida a la tesis del maestro de Múnich, cuyo aporte fue utilizado para la solución de famosos procesos en el mundo, no siendo exclusividad de la dogmática constructorista que queda en la mesa, sino una dogmática práctica, la dogmática que se debe hacer en el mundo para mejorar la justicia, la política

criminal y el enfoque y finalidad del derecho penal de la sociedad, y aunque estemos totalmente en desacuerdo desde ya con esta tesis, por considerarla una construcción teórica mal planteada metodológicamente, debemos aceptar el mérito que ha obtenido Roxin a lo largo de los años, es así que los autores y lectores debemos considerar este aporte como una crítica abierta al debate y al dialogo, que en suma, como aporte dogmático, busca eso, que pueda hacerse cada día el camino más claro, sobre un tema que a decir de muchos, todavía sigue siendo el más oscuro dentro de la ciencia penal, esperemos que sea de agrado de muchos ya que este aporte que lleva consigo largos años de investigación y que lleva también en su comprensión y toma de posición mucho más tiempo aún, ya que para beneplácito de las mentes del pasado y del hoy que comparten estas ideas este es un aporte más a los muchos grandes aportes de los grandes maestros de la ciencia y dogmática penal.

## **CAPÍTULO I**

### **AUTORÍA: CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR**

#### **I. Cuestiones previas**

¿Cuándo se es autor del delito?, ¿Cuándo se es cómplice o cooperador del delito?, ¿Cuándo se es coautor del delito?, estas interrogantes han inquietado a los más reconocidos teóricos y estudiosos de la ciencia penal clásica y también los estudiosos de la llamada ciencia penal moderna, la sola interrogante nos remite al estudio de los determinados factores que influyen en el autor único y también cuando existen varios intervinientes al momento de la comisión del hecho, las razones radican en que dicha conducta pueda ser considerada de determinado modo y pueda determinarse un criterio de imputación preciso, pero la cuestión no ha sido tan sencilla, la evolución de la intervención delictiva ha sido muy nutrida, surgiendo posiciones diversas que en determinados contextos solucionaban los problemas existentes, pero pasado un tiempo no muy largo se asumían posiciones radicalmente distintas, ello porque conforme iba pasando el tiempo los aportes venían con mucha más riqueza teórica, lo cual en esencia constituye el problema fundamental que plantea la teoría de la autoría y participación o también llamada de la intervención delictiva, este de por sí ya ha sido considerando un

tema trascendental tanto en la doctrina penal como en la jurisprudencia de los diferentes países del mundo.

La evolución de las Ciencias Penales en los últimos doscientos años ha correspondido a un aumento en la protección de los derechos de las personas. Este avance “garantista” se manifiesta, entre otras materias, en la separación en diversas categorías de los partícipes de un hecho ilícito, y como consecuencia, en la gradación de las penas aplicables a éstos<sup>5</sup>.

Ciertamente señala BACIGALUPO que: “Normalmente, los tipos contenidos en el derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general y que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quién ha cumplido el papel protagónico y el que sólo ha tenido una función secundaria<sup>6</sup>”.

Entonces, el problema que se presenta en materia de autoría es determinar, frente a un hecho delictivo en el cual han participado varias personas, quién de ellos ha sido el autor y quiénes los partícipes<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> MACKINNON ROEHRS, John. *Autoría y participación en el delito de receptación*, Universidad de Chile, Santiago de Chile 2002, p. 1.

<sup>6</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 177.

<sup>7</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y participación criminal*. 2ª edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2002. p. 9.

En la doctrina existen dos posibilidades de interpretar el concepto de autor; así, por un lado están quienes identifican al autor con cualquier aporte causal prestado para la configuración del delito, dentro de los cuales encontramos al modelo unitario (Sistema Unitario) y extensivo de autor; y, por otro lado se encuentran los que consideran indispensable diferenciar entre autores y partícipes (Sistema Diferenciador). Estos son los dos sistemas que se proponen para resolver el problema de la intervención delictiva: Para el primer sistema, todos deberán ser sancionados como autores; mientras que, para el segundo, debe hacerse una distinción entre autores y partícipes<sup>8</sup>.

La teoría de la autoría y la participación presenta dos problemas generales: Uno de ellos está dado en la naturaleza o génesis de los conceptos de autor y partícipe y el otro lo constituye, la determinación de la frontera entre autoría y participación<sup>9</sup>. Es por ello que algunos autores parten de que constituyen elaboraciones puramente legislativas (naturaleza normativa) y otros definen que los mismos tienen un origen pre jurídico (naturaleza ontológica). La problemática obedece a las diferentes posiciones asumidas por los teóricos del Derecho penal y a los métodos empleados para la obtención de resultados en esta ciencia<sup>10</sup>.

Los criterios para distinguir los diversos grados de participación en el delito y sancionar a sus autores, son diversos. Las razones

---

<sup>8</sup> TORRES JIMÉNEZ, Eduardo. *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, p. 18.

<sup>9</sup> VERA TOSTE, Yan. *Autoría y participación*, Editorial Unijuris, La Habana 2015, p. 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

que han impulsado a la dogmática a elaborar nuevas teorías y discutir las con profundidad, la defensa de los derechos de las personas, y en general, la limitación del poder punitivo del Estado, han sido muchas veces perdidas de vista, sobre todo en las más simplistas argumentaciones que pretenden justificar la falta o inutilidad del análisis dogmático y político-criminal. El desarrollo doctrinario en los últimos siglos ha venido de la mano de la lucha contra la arbitrariedad y el ejercicio abusivo del poder. Las críticas y subsecuentes avances dogmáticos y esfuerzos político-criminales deben ser entendidos en este contexto, donde la teoría del dominio del hecho es el último, más logrado e importante criterio delimitador<sup>11</sup>. Entonces, se ha asumido que existen dos tipos básicos de sistemas de regulación legal de la concurrencia de personas en el delito: los que diferencian las figuras del autor y de los partícipes (personas que toman parte en el delito ajeno como cómplices o instigadores) y los que establecen una única forma de intervención en el hecho punible, considerando autores a todos los que inciden causalmente en su realización.

Así señala ABANTO VÁSQUEZ que: “Pocos temas son tan polémicos como los que derivan de la "autoría y participación" en el delito. Y todavía existen vivas discusiones sobre algunos puntos: los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices (primarios) y coautores, etc. La discusión -condicionada en parte por la base legal existente- se vuelve mucho más complicada aun cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe<sup>12</sup>”

---

<sup>11</sup> MACKINNON ROEHRS, Op. Cit. p .8.

<sup>12</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*, en *Revista Penal*, Año 2004, p. 3.

Es por ello que la teoría de la participación tiene, en consecuencia, dos posibilidades teóricas: o bien diferencia distintas formas según la importancia de la participación, de tal forma que distingue entre la realización del papel principal (autor) y la ejecución de papeles accesorios (cómplices o cooperadores, partícipes en general), o bien renuncia a tales diferencias en favor de un "concepto unificado de autor<sup>13</sup>".

Los agentes activos de la comisión de ilícitos penales, enmarcan su conducta a tal punto de complejidad que para el operador jurídico es sumamente complicado asumir un criterio de interpretación conciso respecto al grado de participación que le correspondería individualmente a cada uno de ellos, partiendo de esto nos encontramos frente a un gran dilema, el mismo que radica en el título de imputación que le correspondería a cada uno de ellos, sobre esto se han presentado distintas respuestas a lo largo del desarrollo teórico del Derecho Penal; así el operador jurídico ha ido asumiendo según su contexto la teoría que tenía mejor apogeo en cada época, y que parafraseando al gran Filósofo de la libertad Hegel afirmaríamos que "un Código Penal pertenece a su tiempo y al estado de la sociedad civil en él<sup>14</sup>"; haciendo hincapié a esta formulación Hegeliana de la cual la teoría de la autoría y participación no ha sido ajena, cabe por tanto mencionar que las diferentes teorías que se verán a lo largo del desarrollo de los siguientes capítulos- comenzando obviamente con este- han ido variando según el transcurso del tiempo, de tal forma que la discusión se ha tornado muy polémica, por tanto, está claro que el tema ha generado múltiples posturas a lo largo del desarrollo de la

---

<sup>13</sup> BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit. p. 179.

<sup>14</sup> HEGEL, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires 1939, p. 201, §218.

dogmática penal; la creación de sistemas de imputación para los autores y partícipes fue avanzando en crecida con la creación de las diversas teorías que se plantearon al respecto; de modo que ya no es exagerado mencionar y como se podrá ver líneas más adelante, que la mayoría de estas teorías forman parte de la historia del Derecho penal, y su estudio se enmarca solo a su conocimiento, y más no a su concreta aplicabilidad en nuestros tiempos; aplicabilidad entendida como el traslado de la dogmática al desarrollo práctico de los tribunales de justicia, aunque de cierto modo, aún hay muchas razones para cuestionar la aplicación de algunas de estas teorías que se asumen como válidas y que finalmente determinan una incorrecta interpretación de la ley.

Por razones sistemáticas y pedagógicas para adentrarnos al estudio de la intervención delictiva se hace indispensable partir del sistema unitario de autor. Figura que se caracteriza principalmente porque rompe con toda distinción entre autor y partícipe.

## **II. El concepto de autor**

La determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una sola persona<sup>15</sup>. En estos casos se trata de una autoría en solitario, que no conlleva mayor complicación. El problema se suscita cuando en el hecho intervienen más de un sujeto, ya que en estos supuestos tendremos que diferenciar quien

---

<sup>15</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, 2008, p. 555.

actúa como autor y quien como partícipe. O mejor dicho, a quien atribuimos el hecho como autor, y a quién como partícipe<sup>16</sup>.

Un hecho punible puede ser realizado por una persona o por más de una. Ante estas situaciones de intervención plural en un delito, el sistema penal puede reaccionar imponiendo a todas la misma pena independientemente de cual haya sido su contribución al hecho. O por el contrario, también puede valorar las diferentes intervenciones y distinguir entre autores y demás partícipes. En tal caso, pues de otro modo esta distinción no tendría sentido, por cuanto a partir de esta distinción se puede establecer penas diferentes proporcionales a la importancia de su aporte en la realización de la conducta punible<sup>17</sup>.

Entonces está claro que, cuando el delito es cometido por una sola persona no resulta excesivamente problemática la cuestión, pero, cuando concurren una diversidad de personas, entonces se presenta la necesidad de establecer distinciones y diferenciaciones entre las mismas, tanto a nivel conceptual como en lo relativo a las consecuencias que de tales conceptuaciones se derivan. Es preciso distinguir entre los que se debe considerar autores y aquellos que son partícipes, y ésta distinción no es ciertamente nada sencilla. Desde el punto de vista de las consecuencias, la coautoría se rige por el principio de la imputación recíproca mientras que en relación con la participación rige el de

---

<sup>16</sup> BERRUEZO, Rafael, *Autoría y Participación*. B de F, Buenos Aires, 2012, p. 1.

<sup>17</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid 1999. p. 281.

accesoriedad. Además de que de darse el caso los marcos penales son distintos<sup>18</sup>.

Desde los criterios unitarios de la autoría, el nexo para establecer el concepto de autor no radica en un criterio material, como por ejemplo lo sería el “dominio del hecho”, sino en la causalidad. Así la causalidad será el criterio que sirva de parámetro para identificar a todo el que realiza un aporte, cual quiera que fuera, como autor<sup>19</sup>. Como ya señalamos anteriormente, aquí no se hacen esfuerzos en buscar un criterio que diferencie quien es autor de quien es partícipe. Por eso guarda sentido su concepción como “concepto unitario de autor”. Dentro de este panorama autor es aquel que interviene de manera causal en la producción de un resultado, no importará la calidad del aporte brindado porque toda intervención es causal para la producción del delito.

A lo largo de la historia del derecho penal moderno, han sido numerosos

los planteamientos doctrinales que, en la perspectiva de fijar conceptualmente la distinción entre autor y partícipe, han procurado dar una definición de autor que al mismo tiempo comprenda las diferentes formas de aparición de la autoría, esto es, de la *autoría directa*, de la *coautoría* y de la *autoría mediata*.

---

<sup>18</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 17.

<sup>19</sup> Muy crítico ROXIN, cuando señala respecto a la causalidad que aquella “es ciega a los sentidos y a los valores” (*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 26).

Estas posturas doctrinales se pueden agrupar en dos grandes categorías: teorías extensivas y teorías restrictivas<sup>20</sup>.

Por ello tres han sido fundamentalmente los conceptos de autor mantenidos por la doctrina penal, unas veces teorizando sobre el mismo concepto de autor, otras siguiendo la orientación marcada por las distintas legislaciones positivas. Estos tres conceptos son el unitario, el extensivo y el restrictivo'. En los próximos capítulos vamos a estudiar a fondo cada uno de ellos y las diversas teorías que los sustentan. Por ello aquí me limitare a señalar de un modo brevísimo y esquemático el rasgo fundamental que caracteriza a cada uno de ellos<sup>21</sup>.

El concepto unitario de autor rechaza la distinción entre autor y partícipe, rechazo que acarrea consecuencias tan importantes como la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el hecho<sup>22</sup>. El concepto extensivo, por partir originariamente de premisas muy similares al unitario, reconoce la igualdad sustancial inicial de toda forma de participación, pero, al existir cláusulas que distinguen entre autores y partícipes en el Derecho positivo, se ve obligado a buscar criterios en los que se base tal distinción; los criterios los halla normalmente –pero no siempre- en la parte subjetiva de la conducta del sujeto, en el *animus* con el que actúa. Como es lógico, para este concepto las normas que se refieren a la participación en sentido estricto son causas de restricción de la

---

<sup>20</sup> BUSTOS RAMIREZ, Op. Cit. p. 282.

<sup>21</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 41.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

punibilidad<sup>23</sup>. El concepto restrictivo parte de la existencia de diferencias objetivas entre la conducta del autor y la del partícipe. Autor sólo podrá ser aquel en quien concurran todos los elementos de la descripción típica; si no existieran normas que castiguen la participación, ésta tendría que ser necesariamente impune, por lo que tales normas son causas de extensión de la punibilidad<sup>24</sup>.

Dicho todo esto pasaremos a analizar profundamente cada uno de estos aspectos que comprenden los conceptos que se han desarrollado, comenzando por el sistema unitario.

### **III. Sistema unitario de autor**

#### **A. Descripción**

Una primera posibilidad consiste en hacer responsable a cada uno de los agentes por su prestación, independientemente de cualquier distinción sustantiva y, sobre todo, de la conducta de los demás considerada como acción personal: cada uno ha realizado algo contrario al derecho y debe responder de las consecuencias, con independencia de que haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean. Ésta es la idea central de los conceptos unitarios de autor, que sortean el problema de la autorresponsabilidad por la vía de aislar a los intervinientes, rechazando cualquier imputación recíproca e incluso la consideración de la conducta de los demás como acción

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

personal en la determinación de la responsabilidad del individuo<sup>25</sup>.

Dice PEÑARANDA RAMOS que: “el concepto unitario de autor puede ser definido, siquiera provisionalmente, como un concepto extensivo en el que se renuncia a distinguir (objetiva y subjetivamente) autores y partícipes: *un concepto extensivo de autor sin causas de restricción de la tipicidad o de la pena*<sup>26</sup>.

La teoría unitaria de autor no hace ninguna diferencia entre los distintos partícipes del delito, y considera como autores a todos los intervinientes que aportan una contribución causal a la realización del tipo, sin diferenciar la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso<sup>27</sup>

Por lo tanto, bastara una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que el individuo ha sido su autor<sup>28</sup>.

Esta teoría responde a una política criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes; sin embargo, se critica que en algunos delitos el tipo exige que se realicen de propia mano para su configuración; por otro lado, siendo la contribución causal lo trascendente, se extenderían a terceros en los delitos especiales, pues la

---

<sup>25</sup> VAN WEEZEL, Alex. *Intervención delictiva y garantismo penal a la memoria de Juan Bustos Ramírez*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), p. 435.

<sup>26</sup> PEÑARANDA RAMOS, Op. Cit. p. 270.

<sup>27</sup> BERRUEZO, Rafael, Op. Cit. p. 3.

<sup>28</sup> BERRUEZO, Rafael, Op. Cit. p. 4.

responsabilidad penal se sustentaría únicamente en la pura cooperación causal<sup>29</sup>.

En tanto que los sistemas penales que no distinguen entre autores y partícipes postulan un concepto unitario de autor. Esta opción, minoritaria en los sistemas penales comparados, de claras raíces positivistas, se fundamenta en la igual o semejante peligrosidad tanto del que es autor del hecho como del que simplemente lo auxilia<sup>30</sup>.

Suelen incluirse bajo la denominación de *sistema unitario de autor* a las legislaciones que históricamente no hacen distinción entre las personas que colaboran de uno y otro modo en el delito<sup>31</sup>. Puede decirse, por tanto, que el rasgo más básico del sistema unitario de autor es que en éste no se discrimina entre intervinientes principales y accesorios, toda vez que se considera directamente típica cualquier conducta de intervención en el delito<sup>32</sup>. En consecuencia, *el concepto de autor acogido en el sistema unitario es el más amplio posible, pues sus límites se extienden más allá de la estricta intervención del sujeto como propia*<sup>33</sup>.

El concepto unitario de autor corresponde al sistema clásico de la teoría del delito en la que regía el antiguo principio del ***Causa causae causa causati (lo que es causa de la***

---

<sup>29</sup> HURTADO POZO José, *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Pág. 854.

<sup>30</sup> BUSTOS RAMIREZ, Op. Cit. p. 281.

<sup>31</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 42.

<sup>32</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 48.

<sup>33</sup> GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 104.

**causa es causa de lo causado)** es decir se aplicaba la fórmula de la **conditio sine qua non (equivalencia de las condiciones)** según la cual será considerado autor todo aquél que haya contribuido a causar el resultado típico aunque no haya realizado una acción típica<sup>34</sup>, y ello es así, porque todas las condiciones tienen igual valor y no puede hacerse ninguna diferenciación entre ellas<sup>35</sup>. El concepto unitario de autor surgió de los mismos postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad. De modo tal de acuerdo a la concepción causalista, todas las personas que intervienen en el hecho son responsables. Por lo que para la teoría unitaria no hay razón alguna que permita distinguir entre autores y partícipes, pues es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico. Si toda condición del hecho, es causante del mismo, todo aquel que contribuya, deberá considerarse como causa del mismo, y por lo tanto autor del mismo, así señala Von Liszt “ del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en este, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado<sup>36</sup>". En consecuencia se considerará autor a todo aquel que haya intervenido en el hecho, no importando el grado de su aportación.

---

<sup>34</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 557.

<sup>35</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 256.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 20.

La consecuencia inmediata de esta concepción se encuentra en que no admite distinción alguna entre autores y partícipes, pues, todos son autores. No existe la participación. Necesariamente en los delitos especiales tampoco podrá aceptarse la distinción y consecuentemente cualquier aporte causal realizado por un *extraneus*, dará lugar a que sea considerado autor. Por consiguiente, no puede hablarse de participación en los delitos especiales, pues, el interviniente causal será autor. Además, al no aceptar la distinción entre autores y partícipes, no pueden existir criterios para diferenciar intensidades penológicas y, en consecuencia, todos los intervinientes han de sufrir la misma pena<sup>37</sup>.

La distinción entre autoría y participación es ajena totalmente al concepto unitario de autor: para éste, todo interviniente en el hecho típico responde siempre como autor del mismo, cualquiera que haya sido la contribución<sup>38</sup>. Toda intervención en el hecho que, con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones, constituya un factor causal del resultado fundamenta por sí misma la autoría resultando indiferentes para apreciar ésta tanto el rol que desempeña el partícipe en la causación del hecho como que su contribución no realice completamente la descripción típica.<sup>39</sup> Todas las aportaciones causales de los partícipes, que individualmente constituyen la esencia la autoría,

---

<sup>37</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 20.

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en el Derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 5.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

fundamentan globalmente el hecho típico. sin que entre la intervención de uno de ellos y las del resto exista relación de dependencia; esto es no hay formas accesorias de participación al ser todas las contribuciones al hecho plenamente autónomas y situadas en un mismo plano de igualdad valorativa, por lo que es lógico también que el marco penal sea el mismo para todos los intervinientes-autores del delito sin que entre la intervención de uno de ellos y las del resto exista relación de dependencia; esto es no hay formas accesorias de participación al ser todas las contribuciones al hecho echo típico <sup>40</sup>.

Conforme afirma QUINTERO OLIVARES<sup>41</sup> según los planteamientos del sistema clásico, cuando varios sujetos concurrían fácticamente a la realización de un delito, todos respondían como autores, por el solo hecho de que mentalmente, no podían ser suprimidos sin que desaparezca el resultado. Por lo que no existen diferencias entre los aportes causales, todos son equivalentes a efectos del resultado, por ende, todos los partícipes son iguales frente a la responsabilidad penal. En síntesis, lo que importaba era la relación causal, más no la entidad material de cada intervención. En este contexto imaginemos que en esos tiempos en los que en nuestro ordenamiento jurídico el adulterio era considerado como delito, si tendríamos que considerar como autores a todos lo que realizaron una contribución causal al resultado entonces también sería autor del delito de adulterio el carpintero que construyó la

---

<sup>40</sup> HERÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 5.

<sup>41</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal*. 2º edición. Navarra: 2000. p. 609.

cama en donde se materializó el hecho delictivo, o yendo un poco más allá tendríamos que condenar como autor del delito de violación sexual al padre del violador, por cuanto si éste no lo hubiese engendrado la violación no se hubiera producido. En suma, podemos concluir afirmando que, como no se admiten distinciones entre autores y partícipes, tampoco existen criterios diferenciadores de graduación de penas por lo que a todos debe corresponderles la misma pena.

KIENAPFEL se pregunta: ¿es acaso necesario contar con los "cristales conceptuales dogmáticos" de diferenciación entre el autor y el cómplice, para ponderar el ilícito y la culpabilidad de cada colaborador y determinar la pena justa que corresponde a cada uno? Según él, la figura jurídica de autoría aprehende "toda forma imaginable de la colaboración en el acontecer típico", sin distinción alguna (autoría mediata, coautoría, inducción, complicidad); la respectiva forma de colaboración sólo puede encontrar su expresión en la medición judicial individual de la pena<sup>42</sup>

Menciona VILLAVIENCIO TERREROS<sup>43</sup> que: "Para esta corriente, los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas". Así mismo LOPEZ PEREGRIN<sup>44</sup> señala que: "(...) Su principal

---

<sup>42</sup> DONNA, Edgardo, Buenos Aires, 2002. p. 14.

<sup>43</sup> VILLAVIENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2009. p. 461.

<sup>44</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.33.

consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes. (...)”

La idea básica es que el juez no debe analizar si el sujeto fue autor o participe del hecho, sino que simplemente debe medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente<sup>45</sup>.

Se observa que este sistema parte de una orientación positivista<sup>46</sup>, y se manifiesta en la ausencia de búsqueda de un criterio para distinguir entre quienes intervienen como autores de los que lo hacen como partícipes. Por el contrario, se ocupan en fijar un criterio de enlace o unión por medio del criterio de causalidad<sup>47</sup>. En tal sentido, autores serán todos aquellos que intervienen causalmente en la producción de un evento delictivo. No importa quien brinda un aporte más importante que otro<sup>48</sup>, por lo que existe un rechazo claro al principio de accesoriedad.

---

<sup>45</sup> BERRUEZO, Rafael. Op. Cit. p. 4.

<sup>46</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Derecho penal. Parte general*, T. I, Ara Editores, 2004, p. 1065.

<sup>47</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 334; GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 104.

<sup>48</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*, T. III, traducción castellana de la 20 ed., alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintillano Saldaña, Reus, Madrid, p. 71; HERNÁNDEZ

El concepto de autor unitario como resulta obvio se ubica dentro del sistema unitario de autor. El criterio de causalidad cumple un papel muy importante, porque permite identificar cuando estamos ante una responsabilidad penal como autor. La causalidad resulta suficiente para imputar.

Pero esta falta de preocupación por distinguir quien es autor de quien es partícipe no es absoluta, pues al final, en el momento de la determinación de la pena se evalúa la cantidad de pena a imponer al sujeto de acuerdo a su intervención en el delito, por lo que es claro que aquel que intervino dando un gran aporte causal merecerá mayor pena (por ejemplo, quien dispara el arma de fuego para matar a su víctima), que quien solo brindó un aporte menor (por ejemplo, quien compró el arma de fuego).

Se puede concluir entonces que estas versiones del concepto unitario de autor consideran que todas las intervenciones de los participantes permiten que se genere el resultado y, por ello, considera a todos responsables del delito, diferenciándose el concepto formal del material en que para el primero todos serían “autores” sin ninguna distinción entre sí, mientras que para el segundo sí podrían diferenciarse, pero únicamente como diferentes tipos de autor, compartiendo en el fondo la idea de que todos los intervinientes responden por el delito en calidad de autores<sup>49</sup>.

---

PLASENCIA, José. *La autoría mediata en derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 5.

<sup>49</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 21.

Esta es una de las principales diferencias entre el sistema unitario y el sistema diferenciador de autor, puesto que al considerar que todos los intervinientes en el delito son responsables a título de autor, no puede hacerse depender la responsabilidad de unos a la de otros, puesto que - según esta teoría - cada uno ha cometido el delito por igual<sup>50</sup>. Tampoco se diferencia entre los aportes causales de los intervinientes, pues se considera a todos equivalentes respecto del resultado. Por lo tanto, todos los participantes tienen igual responsabilidad penal. Así las cosas, es claro que el concepto unitario de autor fue abandonado porque se asentaba sobre la base de una filosofía positivista, conforme a la cual los actos humanos deben entenderse como meros actos mecánicos, sin diferencia sustancial con los acontecimientos de la naturaleza. A ello hay que agregar que antiguamente regía un concepto causal de acción, de modo tal que todo movimiento corporal que producía una modificación en el mundo externo, era una conducta de interés para el derecho penal. Así, bastaba que un sujeto realice cualquier tipo de prestación causal para la realización del hecho punible, para ser considerado autor; incluso con prescindencia del elemento subjetivo<sup>51</sup>.

## **B. Concepto unitario de autor formal y funcional**

---

<sup>50</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 22.

<sup>51</sup> GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. *Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?*, en Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Anuario de Derecho Penal 2008, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010, p. 225.

La distinción entre autoría y participación es ajena totalmente al concepto unitario de autor; para éste, todo interviniente en el hecho típico responde siempre como autor del mismo, cualquiera que haya sido la magnitud de su contribución<sup>52</sup>

No por todo ello ha quedado postrado en el olvido en concepto unitario de autor<sup>53</sup>. Recientemente han aparecido modernas construcciones de la autoría unitaria que intentan abandonar la idea de la causalidad para apoyarse en principios como el de merecimiento y necesidad de la pena o de la realización del tipo<sup>54</sup>.

Esta parece ser una variante a la concepción clásica que se tenía del concepto unitario de autor. Desde esta perspectiva, se ubica a Kienapfel, autor que hace una distinción entre la concepción unitaria de autor que llama clásico, entendida como toda intervención en el delito, y otra que denomina “sistema unitario funcional”, en el cual se pueden de cierto modo distinguir ciertas clases de autoría<sup>55</sup>.

Lo señalado en el párrafo anterior no implica que el sistema unitario funcional, al permitir distinciones entre autor y partícipe, sea equiparado al sistema diferenciador. Porque como de manera acertada ha señalado López Peregrín: *“lo importante de un sistema diferenciador no es tanto que distinga entre autor y partícipe, sino que establezca la*

---

<sup>52</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 5.

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 7.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 65.

*responsabilidad de éste como accesoria y dependiente de la de aquél*<sup>56</sup>. A pesar que en el sistema unitario funcional se permite varias formas de intervención, entre ellas no existe un vínculo de “*principal-accesorio*”, por el contrario, tienen un tratamiento igual o equitativo. Al final terminan manteniendo la relación causal como parámetro de imputación, por lo que se sigue rechazando el principio de accesoriadad.

Sin embargo, todas las formas de intervención que se conocen actualmente no eran tomadas por Kienapfel. Para este autor<sup>57</sup> una persona podía intervenir únicamente de dos formas en el delito: como **autor inmediato o directo**, es decir, para los casos donde el sujeto activo ejecuta su acción de manera directa, cumpliendo con ello lo descrito en el tipo penal; luego como **autor mediato**, que abarca las acciones delictivas que no se desprenden de manera literal del tipo penal, con ello se busca superar las principales críticas dirigidas al sistema unitario de autor clásico. Autor mediato no es la figura de actuar mediato como la conocemos hoy en día, entendido como el sujeto que domina la voluntad del ejecutor directo del delito, pero que, por actuar influenciado, principalmente por error o coacción, no responde penalmente. Autor mediato en la interpretación de Kienapfel es un criterio más amplio, abarcando todas las conductas delictivas que no se realizan a través de una ejecución directa o de propia mano.

---

<sup>56</sup> LOPEZ PEREGRÍN, María. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 40.

<sup>57</sup> Cfr. LOPEZ PEREGRÍN, Op. Cit. p. 41.

#### **IV. Fundamentos dogmáticos del concepto unitario de autor**

##### **A. La equivalencia causal de las aportaciones de la intervinientes**

El fundamento de esta teoría lo encontramos en la teoría de las equivalencias de las condiciones, efectuada por Von Buri. Según este autor, todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo. Por lo que, desde este punto de vista, cada aporte que se realice a la consumación del hecho, sin importar su magnitud, hará que sea considerado autor del delito quien la realice<sup>58</sup>.

La causalidad<sup>59</sup> se presenta como el único criterio que permite incluir a los sujetos dentro de una responsabilidad penal global en calidad de autores. Por lo que, como de buena forma señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “todo interviniente causalmente en un hecho es condición o causa del resultado del mismo en igual medida”<sup>60</sup>. La teoría causal que ejemplifica este postulado es la teoría de la equivalencia de condiciones, conforme al cual “quien es causa de la causa

---

<sup>58</sup> BERRUEZO, Rafael. Op. Cit. p. 6.

<sup>59</sup> Ya en su momento MEZGER destacaba que el punto de origen de la teoría jurídica del delito estaba en la “causalidad” (véase, *Tratado de derecho penal*, T. II, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 243).

<sup>60</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 68.

es causa del mal causado”<sup>61</sup>. Al ser toda acción “conditio sine qua non” de la producción del resultado, entonces todas las aportaciones tienen el mismo valor, pues todas son equivalentes para la configuración del delito<sup>62</sup>. Es decir, no existe una dependencia con el hecho principal ajeno, el desvalor y fundamento de la responsabilidad penal del partícipe radica exclusivamente en su aporte, en su hecho. Por lo que la accesoriedad y sus consecuencias resultan innecesarias<sup>63</sup>

No obstante los esfuerzos de sus promotores y de la lucidez de algunas de sus afirmaciones, estos postulados no han sido muy considerados por la dogmática penal; y esto por dos razones fundamentales. La primera, de orden práctico, esta tesis trae como consecuencia que ya se puede aceptar la responsabilidad penal del partícipe, aun cuando el autor ni siquiera haya empezado la ejecución del ilícito penal (injusto del autor). En otras palabras, solo basta con que el partícipe brinde su aporte para que pueda ser punible su conducta, a pesar de que el autor no ejecute el hecho delictivo. Así pues, no interesa que el delito empiece a ser realizado en su fase de ejecución, o, lo que es lo mismo, no cobra vigencia la accesoriedad, en particular la cuantitativa. La segunda de las razones es de carácter dogmático y se apoya en el hecho

---

<sup>61</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, T. II, Tecnos, Madrid, p. 77.

<sup>62</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 299; ZAFFARONI, Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 768; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 20.

<sup>63</sup> GUILLERMO BRINGAS, Op. Cit. p. 231.

de que se está atentando contra el principio de lesividad. Según este principio, solamente pueden generar responsabilidad jurídico penal aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro a un interés o bien jurídico penal tutelado. En vista de esto, no se puede aceptar que la intervención del partícipe sea punible tan solo porque realice su injusto propio ya que, si el autor no ejecuta su injusto, bajo ningún aspecto se podría aceptar que el solo hecho del partícipe lesione o, al menos, ponga en peligro el interés protegido penalmente. Lo que reafirma que se estaría violentando la máxima antes señalada. En suma: su excesiva consecuencia punitiva o aumento de razones de punibilidad, que en «condiciones normales» no produciría imputación alguna, determina que no se le tenga en cuenta en el debate contemporáneo dominante<sup>64</sup>.

No obstante lo dicho líneas arriba, es necesario señalar un efecto positivo que se alcanza con la aplicación de los postulados del injusto autónomo de participación. Este efecto consiste en el respeto al principio de la autorresponsabilidad por el hecho. En un Estado de Derecho y de libertades, no cabe otra cosa que admitir que cada cual es responsable, de manera general, de las consecuencias de su propio hecho; lo cual, a su vez, es consecuente con el carácter individual de la responsabilidad penal. Si no se atendiera a tal principio jurídico penal, estaríamos ante una institución ajena a los principios del derecho penal liberal<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> GUILLERMO BRINGAS, Op. Cit. p. 232.

<sup>65</sup> GUILLERMO BRINGAS, Op. Cit. p. 233.

## **B. La peligrosidad, el merecimiento de la pena y las concepciones autoritarias del Derecho penal**

El concepto unitario de autor busca castigar a todos por igual, a todo aquel que realice un aporte para la comisión del delito. Por tal razón encuentra cabida en el Derecho penal de la peligrosidad, que se basa en que el delincuente es una fuente generadora de peligro, y más aún cuando intervienen un grupo de personas, por eso no hay que ocuparse de distinguir si las intervenciones fueron en calidad de autor o partícipe, sino, basta con que exista peligrosidad en su actuar delictivo. Del mismo modo, esta concepción unitaria de autor también fue defendida por la escuela de Kiel, como correlato de un Derecho penal de la voluntad<sup>66</sup>.

Con mucha frecuencia se relaciona al sistema unitario de autor con concepciones autoritarias, y esto porque son basadas en “peligrosidad”. Sin embargo, como destaca DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>67</sup>, este criterio no ayuda demasiado, porque incluso el cómplice puede tener un mayor grado de peligrosidad que el autor. Así también se pronuncia ROXIN<sup>68</sup>: *“El sujeto de detrás, la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, no obstante puede ser el más*

---

<sup>66</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7° ed., B de F, Buenos Aires, 2005, p. 368.

<sup>67</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 77.

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Op. Cit. pp. 51 y 52.

*peligroso de entre todos los intervinientes. Por eso han fracasado todos los intentos de esta índole, conduciendo meramente a la resignada exigencia de un concepto unitario de autor*". Por eso para la doctrina mayoritaria<sup>69</sup> no es factible hablar de una mayor o menor peligrosidad, de la misma forma de un mayor o menor merecimiento de pena, como formas de imputar en calidad de autor, y tampoco para distinguir entre autores y partícipes.

Queda claro que debe descartarse de plano a la "peligrosidad" como criterio que sirva para establecer el grado de autoría en un sistema unitario de autor, y menos aún encuentra sentido en un sistema diferenciador.

Pero de un modo contrario, el merecimiento y la necesidad de pena tienen influencia y son de aplicación en lo que respecta a la configuración del concepto de autor<sup>70</sup>. Merecimiento y necesidad de pena tiene una relación de sinónimos. Tal importancia se ve por ejemplo en la relación entre el instigador al autor, donde ambos pueden recibir la misma pena<sup>71</sup>.

### **C. Fundamentos y construcción modernos**

---

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Op. Cit. 2000, p. 51; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, Op. Cit. 91, p. 77.

<sup>70</sup> Adopta esta orientación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, Op. Cit. 1991, pp. 81 – 86.

<sup>71</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 86.

## **1. La construcción de *Detzer***

Comparte la idea que el autor tiene vinculación directa con el criterio de tipicidad, situación que también podría darse en los casos de un sistema diferenciador. Así es que el concepto de autor se relaciona con la Parte especial<sup>72</sup>, donde al describirse un tipo penal ya quedaría incluido la categoría de intervención penal. Pero a pesar de ello, cree que una mejor forma es que las normas de autoría queden incluidas en la Parte general.

Entonces si la Parte especial describe la conducta prohibida mediante un tipo penal, ahí prevé solo la actuación individual del sujeto en calidad de autor único, o en casos de delitos de propia mano. Aquello se debe complementar con la previsión de la Parte general, el cual abarcaría más allá de las figuras del autor único como ejecutor individual, es decir, al autor mediato y coautor<sup>73</sup>.

## **2. La construcción de *Kienapfel*.**

---

<sup>72</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 92.

<sup>73</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 93; Con más detalles, LOPEZ PEREGRÍN, 1997, Op. cit., pp. 50-54.

KIENAPFEL es el creador del concepto unitario funcional de autor y lo diferencia del concepto unitario formal, como desarrollamos brevemente más arriba.

Se le considera el continuador de las teorías unitarias de la autoría, desde una perspectiva moderna, porque intenta abandonar la idea de la causalidad para apoyarse en principios como el de merecimiento y necesidad de la pena o el de realización del tipo<sup>74</sup>. A diferencia del concepto unitario de autor formal, el concepto unitario funcional permite la existencia de clases de autoría, por esa razón, el interviniente en un delito responderá por su propio injusto y además por su propia culpabilidad, siendo incompatible el traslado de estos criterios para responsabilizar a otros. Se trata de un sistema de varios tipos de autoría<sup>75</sup>. Pero a pesar de diferenciar entre clases de autores no llega a aceptar el principio de accesoriedad, por el contrario, la sigue negando.

Desde su planteamiento la intervención delictiva tiene una doble naturaleza de colaboración, primero una cuestión general por medio del establecimiento de la forma de intervención en el delito, y segundo, la intervención en el caso en concreto. Es decir, la autoría debe distinguirse entre el plano formal, entendido como dogmático o conceptual, y el plano valorativo, influenciado por el merecimiento y la necesidad de

---

<sup>74</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 7.

<sup>75</sup> PEÑARANDA RAMOS, Op. Cit. p. 260.

pena<sup>76</sup>. A su entender, el aspecto que realizan las teorías diferenciadoras no pertenece al plano conceptual de la dogmática, sino a la determinación de la pena<sup>77</sup>.

### **3. La construcción de Schmoller.**

Es de indicar que el análisis de este autor se centra a partir del Código penal austriaco. Adopta de manera parcial el planteamiento de concepto unitario funcional de KIENAPFEL. Sin embargo, dentro de los tipos de autor existen tres supuestos adicionales: a) conceptual terminológica, b) valoración del injusto de los tipos de autor, y el c) contenido esencial de sentido en cuanto al injusto. Desde ese planteamiento reconoce, al igual que KIENAPFEL, la existencia de varias clases de autor<sup>78</sup>.

En un primer momento hace referencia al criterio de la amplitud del tipo literal, el cual guardaría rasgos con el concepto extensivo de autor, para luego, en un segundo momento, destaca los distintos tipos de autor, y por último, en el plano valorativo distingue dos aspectos: a) valoración el contenido del injusto y b) valoración del contenido del sentido social. Una de las distinciones con la posición de KIENAPFEL es que

---

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op Cit. p. 8.

<sup>77</sup> KIENAPFEL, citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 103-104.

<sup>78</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 107.

reconoce algunas formas de autorías subsidiarias de otras<sup>79</sup>.

#### **4. Consecuencias del concepto de autor**

##### **A) El rechazo a la accesoriedad**

*Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes<sup>80</sup>.*

No cabe duda que este es el principal rasgo que lo diferencia de los modelos de autor diferenciadores. Desde esta orientación todo aquel que otorgue un aporte causal –conditio sine qua non– será autor del delito, sin importar la calidad o importancia del aporte brindado. Se aplica la teoría de la equivalencia de condiciones, de manera que todas estas condiciones tienen

---

<sup>79</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 108-114.

<sup>80</sup> LOPEZ PEREGRÍN, María. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 33; Con más detalles desde la accesoriedad cualitativa vid, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 117 y ss.

igual valor, por lo que no resulta necesario establecer dicha distinción<sup>81</sup>.

**B) Conformidad del concepto unitario con el presupuesto del Derecho penal de un Estado de Derecho**

Las características antes mencionadas del sistema unitario de autor hace que entren ciertas dudas para que puedan ser compatibles con un derecho penal de un Estado de Derecho, y eso, claro está, porque no distingue entre autores y partícipes a la hora de establecer la responsabilidad penal.

Las mismas críticas están orientadas al sistema unitario funcional de autor de KIENAPFEL. Y esto porque la causalidad es el criterio que permite fijar a los sujetos intervinientes en el delito. Sin embargo, queda claro que este sistema unitario, a pesar de no mantener un criterio diferenciador entre autor y partícipe, no afecta el derecho penal de un Estado de Derecho, aunque, como señala de manera correcta Díaz y García Conlledo, es mejor adoptar un sistema accesorio<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Véase, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, pp. 20-21; BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 75; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 5-6.

<sup>82</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 133.

### **C) Concepto unitario y formas de imperfecta de ejecución**

Aquí también se critica la adopción de un sistema unitario de autor porque este proceder extendería los márgenes de punibilidad en la tentativa. Y esto debido a que la causalidad sigue siendo el criterio que permite establecer la responsabilidad penal, la cual no busca distinguir la calidad del aporte. Pero, del mismo modo que señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, a pesar que podría ser viable un sistema unitario, se prefiere un concepto restrictivo<sup>83</sup>.

### **D) Concepto unitario y desvalor de acción**

JESCKECK critica que el concepto unitario de autor a través de la reformulación de la totalidad de las aportaciones al hecho en la causación de la lesión al bien jurídico, se pierde el específico injusto de acción del tipo correspondiente<sup>84</sup>, y ello porque al fundamentarse en causalidad únicamente se fijaría en el resultado producido, dejando de lado la importancia del desvalor de acción<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 142.

<sup>84</sup> JESCKECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 695.

<sup>85</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 142 y ss.

### **E) Concepto unitario y determinación de la pena**

A pesar que el sistema unitario de autor estructura su margen de responsabilidad penal en la causalidad, por la cual todo aquel que brinda un aporte sería autor del delito, esto no impide que al momento de determinar la pena se sancione con mayor pena a quien brindo un aporte causal más importante que otro. De lo contrario afectaría principios claros del derecho penal. Aunque es de señalar que este planteamiento no es de mucha relevancia<sup>86</sup>.

## **5. Regulación del concepto unitario de autor**

### **A) El concepto unitario de autor y el Código penal español**

Este concepto de autor no ha tenido gran acogida en la doctrina española<sup>87</sup>, por tal motivo, la

---

<sup>86</sup> Cfr DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 195.

<sup>87</sup> Véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 334; GIMBERNAT, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 73 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 368; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2004, p. 461; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 323-325; PEREZ

mayoría de autores, y como se desprende del propio Código penal español, rige el sistema diferenciador<sup>88</sup> (artículo 27<sup>89</sup>, 28<sup>90</sup> y 29<sup>91</sup> del Código penal español). De la misma forma que el Derecho penal alemán<sup>92</sup>.

Aunque algunos autores sostienen que también un concepto unitario de autor sería de posible interpretación en la legislación española, pero ahí entra en juego que modelo resulta más satisfactorio, si el sistema unitario de autor o el sistema diferenciador<sup>93</sup>.

### **B) El concepto unitario de autor y el Código penal peruano**

---

ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesario) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 59 y ss.

<sup>88</sup> PEREZ ALONSO, Esteban, en ZUGALDÍA ESPINAR, José (Director), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general* (Adaptados al espacio europeo de educación superior), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 399.

<sup>89</sup> “Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”.

<sup>90</sup> “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados como autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

<sup>91</sup> “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

<sup>92</sup> Véase, WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Depalma, trad. Conrado Finzi, Buenos Aires, 1980, p. 148.

<sup>93</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 251.

Del mismo modo, el concepto unitario de autor no tuvo eco en la legislación ni en la doctrina peruana. Peña Cabrera<sup>94</sup>, refiriéndose al Código Penal de 1924, indicaba que el artículo 100 hacía referencia a varios intervinientes en el delito: autor, autor mediato, coautor, instigador, cómplice. En la misma línea, pero ya con el actual Código penal de 1991, este autor resalta las distintas formas de autoría y participación (artículos 23, 24 y 25) que pueden darse<sup>95</sup>.

En ese sentido para la doctrina mayoritaria el dominio del hecho constituye la característica general que permite establecer la diferencia entre los grados de autoría (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y de estos con las formas de participación (instigación, complicidad primaria y secundaria). Bajo esos términos “autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano. Parte general*, Lima, 1977, pp. 274-282.

<sup>95</sup> Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, 3° ed., corregida y aumentada, Grijley, Lima, 1997, p. 336 y ss.; También HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3° ed., Grijley, Lima, 2005, p. 849 y ss.

<sup>96</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 469.

## **CAPÍTULO II**

### **AUTORÍA. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR**

#### **I. Consideraciones preliminares**

El concepto extensivo de autor surgía, en parte, como consecuencia de la regulación jurídico-positiva de la codelincuencia en el código penal alemán. La elaboración doctrinal de este concepto se apoya también en la causalidad como vértice de la codelincuencia, al permanecer la idea de que a todo el que contribuye causalmente al hecho debe considerársele autor<sup>97</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que el código penal alemán estableciera un marco punitivo distinto para la complicidad que para las otras formas de intervención (autoría), no obedece, según sus partidarios, a la razón de que aquélla no constituya ontológicamente un supuesto de autoría, al igual que la inducción, sino que, por razones político- criminales, se configuran técnicamente como causas de restricción de la pena<sup>98</sup>.

Esta concepción al igual que la anterior se gesta a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y por lo tanto parte de la idea de que todo tributario del delito es autor<sup>99</sup>, por cuanto los aportes de todos los intervinientes tienen igual valor, lo que implica que deben ser considerados como autores; aunque la ley penal reconoce distinciones entre autores y partícipes, pues entiende que todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores, y por lo tanto deben ser responsables del mismo. Sin embargo, reconoce que se debe de distinguir los grados de la contribución a la realización del hecho, pues de lo contrario a todos habría que sancionar con la misma pena, es

---

<sup>97</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 15.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*. 3° edición. Grijley. Lima: 2008, p. 309

decir, como autores. Para distinguir los grados de contribución a la realización del hecho, esta teoría distingue a los autores y partícipes de acuerdo a un plano subjetivo, pues desde un plano meramente objetivo-causal como lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es posible diferenciar el grado de contribución por los distintos contribuyentes, pues todas las condiciones para esta teoría son equivalentes.

A pesar que comparte con el modelo unitario de autor el concepto de causalidad como figura base, donde para ser autor es suficiente que los sujetos intervengan de cualquier modo en la comisión del delito, sin embargo, debido a exigencias del ordenamiento jurídico busca criterios diferenciadores entre autor y partícipe, criterios que durante su evolución han pasado por las teorías subjetiva<sup>100</sup> y objetiva<sup>101</sup>.

El concepto extensivo de autor también parte de la teoría de la equivalencia de condiciones, pero como señalamos en el párrafo anterior tiene varias ventajas, las cuales pueden ser comparadas también frente a las teorías objetivo-formales, porque permite diferenciar entre clases de autoría (autoría directa, autoría mediata y coautoría)<sup>102</sup>, por lo que asiste razón a Welzel cuando

---

<sup>100</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 31.

<sup>101</sup> PEÑARANDA RAMOS, Op. Cit. p. 270.

<sup>102</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 43; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 15; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 263.

señala que la teoría extensiva de autor tiene su origen en la doctrina causalista de la acción<sup>103</sup>.

Si autor será todo aquel que interviene de manera causal en la producción del resultado delictivo, los actos de participación no serán causas de extensión de la pena, sino causas de restricción de la misma<sup>104</sup>. Siendo la razón por la cual la participación es accesoria, es decir, dependiente del hecho principal<sup>105</sup>.

Cabe resaltar que conforme lo señala WELZEL<sup>106</sup> el concepto extensivo de autor fue un fruto tardío de la doctrina causalista de la acción y hoy día se encuentra abandonada.

## **II. Teorías objetivas**

### **A. El concepto extensivo de *Eb. Schmidt y Lony***

Estos planteamientos buscan establecer de la mejor manera la figura de la autoría mediata, porque desde una perspectiva subjetiva sería muy difícil de fundamentar. Así, *Schmidt*<sup>107</sup> es quien empieza a desarrollar la autoría mediata como variante del concepto de autor. Entonces autor no solo sería el autor inmediato que comete el delito de propia mano,

---

<sup>103</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, traducción Juan Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, 1976, p. 144.

<sup>104</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal II*, (traducción y notas de Rodríguez Muñoz a la 2° ed. de 1993), Madrid, 1955, pp. 278-281; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 368.

<sup>105</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, pp. 21-22.

<sup>106</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 11° Edición. 4° edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile: 1997. p

<sup>107</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 261.

también el coautor, quienes de manera conjunta realizan el evento criminal, así también, el que instrumentaliza a otro para cometer un delito, es decir, realiza el delito de manera indirecta. Este tercer criterio es lo que más caracteriza al planteamiento de estos autores.

Así *Schmidt* busca establecer que para determinar la autoría mediata no se requiere de una teoría subjetiva. Planteamiento que fue seguido por su discípulo *Lony*<sup>108</sup>. Entonces todo aquel que realiza el tipo penal y, por tanto, lesiona el bien jurídico, de manera antijurídica y culpable será autor. Quedaría abarcando también la figura del inductor y cómplice, dejando la distinción entre coautoría y complicidad en la teoría objetivo-formal<sup>109</sup>.

## **B. El concepto extensivo de *Mezger* y *Spendel***

El planteamiento de estos autores también tiene un parecido con los mencionados anteriormente. De esa manera para *Mezger*<sup>110</sup> la principal característica que permite acoger el planteamiento de una teoría extensiva de autor es que se hace factible de aplicar la figura de la autoría mediata, situación que no se da desde teorías subjetivas o de las teorías restrictivas. Pero la diferencia parece encontrarse en que, por ejemplo, *Mezger* otorga mayor relevancia a la figura de la causalidad, el cual es el punto de partida para

---

<sup>108</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 262.

<sup>109</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. pp. 262-264.

<sup>110</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, 3° ed., Tomo II, Madrid, 1957, p. 310.

establecer un concepto de autor<sup>111</sup>. De ese modo es “el que ha causado mediante su acción el tipo legal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio. En el autor encuentran aplicación inmediata los diversos preceptos penales”<sup>112</sup>.

Al partir Mezger de la causalidad y con ello adoptar un concepto extensivo de autor, la figura de instigación y complicidad no serán criterios que amplíen el marco de la pena, sino como causas de restricción de la pena<sup>113</sup>. Bajo ese modo “la posibilidad de una teoría de la participación jurídico-penal, esto es, la posibilidad de distinguir diversas formas valorativas de participación en el delito, no obstante el igual valor causal de las distintas condiciones del resultado, descansa en el hecho de que equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica. También cuando el pensamiento causal obliga a situar todo en un mismo plano, el pensamiento emocional valorativo puede establecer diferencias. Pero precisamente porque ahora, en esta diferencia, se trata de una pura valoración jurídica, la diferencia ha de establecerse exclusivamente con arreglo a criterios jurídico-positivos. De ello también resulta que, en lo que concierne a la distinción de las diversas formas jurídico-penales de participación en el delito, no se deduce nada de la naturaleza misma de la cosa, ni de la causalidad ni de la accesoriedad: el concepto de la

---

<sup>111</sup> MEZGER, Edmund, Op. Cit. p. 286.

<sup>112</sup> MEZGER, Edmund, Op. Cit. p. 292.

<sup>113</sup> MEZGER, Edmund, Op. Cit. p. 292 y ss.

participación es más bien, en absoluto, un producto de la ley”<sup>114</sup>.

De manera parecida también SPENDEL parte de la teoría de la causalidad para establecer el concepto de autor y de ahí las diferentes variantes que de ella se desprenden. No cree viable la posición de la teoría objetivo-formal y la teoría finalista de acción<sup>115</sup>.

## **C. Críticas al concepto extensivo de autor**

### **1. Remisión**

Las críticas no han dejado de presentarse contra esta teoría extensiva de autor, por cuanto en algunos casos establece una ampliación sin control de los criterios de autoría y en otros casos un planteamiento muy restrictivo, como sucede por ejemplo con las figuras de inducción y complicidad.

Las críticas se asemejan en varios aspectos a las establecidas contra la teoría unitaria de autor. Recordemos que la diferencia entre este criterio y la teoría extensiva de autor se basa en último término en una orientación legislativa en esta última, que la obliga a diferenciar entre autoría y participación. Teniendo ambos como similitud a la causalidad como punto de partida.

### **2. Críticas al fundamento**

---

<sup>114</sup> MEZGER, Edmund, Op. Cit. p. 289 y ss.

<sup>115</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. pp. 270-271.

### **A) Fundamento puramente causal**

Aquí se hacen factibles también las críticas que se hacían al concepto unitario de autor al partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones<sup>116</sup>, que trae como consecuencia dejar sin efecto toda distinción en el campo objetivo, pues autor será todo aquel que brinda un aporte causal para la configuración del evento criminal.

Si bien es entendible que esta teoría se vea obligada a diferenciar entre autores y partícipes porque el legislador así lo prevé. No se entiende porque se recurre como punto de partida a la teoría de la causalidad, pues aquella genera problemas, toda vez que no distingue en las causas que originan el evento criminal. Así, no encuentran el marco de distinción en alguna teoría objetiva o subjetiva.

### **B) Fundamento en la lesión de bienes jurídicos**

Nuevamente aquí se señala que debido a que el ordenamiento jurídico ya hace una distinción

---

<sup>116</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2005, pp. 368-369.

entre quienes son autores (autor inmediato, autor mediato y coautor) y quienes son partícipes (instigador y cómplice) no se requiere acudir a algo que es compartido por todos, como lo es la lesión de bienes jurídico, pues tanto el autor y partícipe lesionan los bienes jurídicos. Esto es una crítica parecida a la toma de la causalidad como criterio de diferenciación<sup>117</sup>.

### **C) Destrucción del tipo o su función garantista**

Ya BRUNS era duro en sus críticas frente a la posición de SCHMIDT y a todos los autores que siguen el concepto extensivo de autor acaba con la función de garantía de los tipos<sup>118</sup>.

Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO dando relevancia al tipo formal señala que no se puede obtener sin más la consecuencia del rechazo del concepto extensivo y la adopción de un concepto restrictivo de autor<sup>119</sup>.

### **D) Carácter negativo del concepto extensivo de autor**

---

<sup>117</sup> Con más detalles, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 274-275.

<sup>118</sup> Bruns, en. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 275.

<sup>119</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 280.

El concepto negativo o también denominado concepto secundario de autor puede ser entendido como la primera crítica que no comparte con el sistema unitario de autor. En último término el concepto extensivo de autor termina teniendo un carácter negativo.

Este carácter negativo de autoría vendría a significar aquello que no deriva la misma de unos principios o características propios, sino de la contraposición con los preceptos sobre participación<sup>120</sup>.

### **E) Dificultades de distinción entre coautoría y complicidad**

Esta es otra de las principales críticas contra el concepto extensivo de autor, que radica en distinguir entre coautoría y complicidad recurriendo a la teoría objetivo-formal. De esa forma sería coautor quien se encarga de ejercer una acción ejecutiva, y cómplice quien coopera o colabora en la acción que no ejecuta.

La razón que le otorgan algunos autores<sup>121</sup> a la búsqueda de esta distinción entre coautor y cómplice desde la teoría objetivo-formal por parte de quienes apoyan un concepto extensivo de

---

<sup>120</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 281.

<sup>121</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 285.

autor se debe a que buscan mantenerse y respetar el alcance de la ley, que ya hace tal distinción. A pesar de estar crítica, existen quienes apoyan la posibilidad de distinguir formas de intervención dentro del concepto extensivo de autor desde el concepto de ejecución<sup>122</sup>.

## **II. Teorías subjetivas**

En Alemania, ya desde fines del siglo XIX se imponía en los tribunales la perspectiva subjetiva, conforme la cual, puesto que no sería posible distinguir entre contribuciones “más” o “menos” causales, el único modo posible de diferenciar autores de otros partícipes accesorios era considerar su actitud subjetiva en relación con el hecho: si el sujeto había tenido la intención de ser autor (*animus auctoris*), sería considerado principal responsable sin que importase su objetiva contribución al delito; mientras que si había actuado con la intención de cooperar en un hecho ajeno (*animus socii*), sería responsable en carácter de cooperador o partícipe aun cuando hubiera realizado por sí solo todos los elementos del tipo penal. Esta vertiente de la teoría subjetiva es conocida como teoría del dolo.

Esta teoría fue elaborada por KOSTLIN<sup>123</sup> y se hizo dominante en la jurisprudencia alemana, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX con los fallos del magistrado Maximilian VON BURI.

---

<sup>122</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 286.

<sup>123</sup> BRAMONT- ARIAS TORRES, Luís Miguel. Op. Cit. p. 400.

Como bien se dijo anteriormente, el fundamento de la teoría subjetiva parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición al resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición<sup>124</sup>, puesto que no resulta posible afirmar que una condición sea más condición que otra, pues una “condición” o es *conditio sine qua non* del resultado o no lo es; no existe un tercer término; lo que implica que cada condición es tan indispensable como cualquier otra. Cabe señalar que esta teoría está basada en el mero aspecto subjetivo, en la dirección de voluntad de agente, es decir si éste direcciona su voluntad a ser autor o partícipe mejor dicho lo que el agente quiere ser, si quiere ser autor o si quiere ser partícipe.

GARCÍA CAVERO<sup>125</sup> refiere al respecto que los postulados del concepto extensivo de autor, parte del hecho que si la autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, pues son causalmente equivalentes, entonces el criterio de distinción solo podrá darse en un criterio meramente subjetivo; si acaso alguien es autor o partícipe depende exclusivamente de su posición personal frente al hecho<sup>126</sup>, por lo que la distinción tendría que buscarse en la intención del sujeto, es decir en su ánimo.

---

<sup>124</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. p. 28.

<sup>125</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 557.

<sup>126</sup> MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal Parte General 2*. Traducción de la séptima edición alemana. Editorial Astrea. Buenos Aires 1995. p. 298.

Entonces se construye una teoría subjetiva sobre la autoría y participación que señala, que lo importante es el sentimiento de autor que tenga el sujeto; es decir, que el hecho sea sentido como propio y no que el sentimiento sea que se colabora con otro, en suma será considerado como autor aquel que actúe con **ANIMUS AUCTORIS** quien persigue un interés propio en el hecho, y por el contrario será considerado partícipe aquel que actúa con **ANIMUS SOCII** por cuanto, quién actúa en interés ajeno<sup>127</sup>. Los criterios para el *animus auctoris* son el querer el hecho como propio y el interés en el resultado del hecho. Los criterios para el *animus socii* son el querer el hecho como ajeno y la falta de interés en el resultado del hecho. Así DONNA afirma que el partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. El resultado queda en manos del autor éste no reconoce otra voluntad superior a la suya, así el partícipe deja a criterio del autor si el hecho va a llegar a consumarse o no<sup>128</sup>.

Lo que sucede es que esta teoría considera que todas las condiciones causales de un delito son iguales y unas no tienen mayor relevancia que otras y por tanto las condiciones causales no determinan diferenciación alguna entre autores y partícipes puesto que todas las condiciones en cuanto a la acción causal del hecho son idénticas, hallándose la diferenciación de la autoría y participación en el aspecto subjetivo de la dirección de voluntad del agente.

---

<sup>127</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y participación criminal*. 2ª edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2002. pp. 18 – 19.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

Según la teoría subjetiva será autor quien, realizando una aportación causal, cualquiera que sea su contribución al hecho, lo haga con voluntad de autor, es decir, actúa con la voluntad de querer el hecho como propio, y será un partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquiera que sea su entidad, lo hace con voluntad de partícipe, o sea, voluntad de participar en un hecho de otro.<sup>129</sup> Lo importante en esta teoría es que del análisis minucioso del aspecto subjetivo, lograr descifrar si realmente el partícipe ha querido dejar la decisión en manos del autor para que este ejecute la realización típica. En esta teoría el partícipe posee una dirección de voluntad propia pero ésta está sujeta a la dirección de voluntad del autor.

El desarrollo de esta teoría se notó de manera clara en Alemania a partir de dos celebres y polémicas sentencias: cuyo caso más sonado fue el “**de la bañera**”; en el que inmediatamente después de dar a luz a un hijo ilegítimo, una joven que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana por miedo a la cólera del padre que ahogase al niño en la bañera, así en interés y a ruego de la madre, la hermana de ésta dio muerte por inmersión, por propia mano y sin la colaboración de terceros al recién nacido, al resolver el caso el Tribunal Imperial Alemán condenó a la madre como autora del delito de infanticidio, a pesar de que ella no fue la que ahogó al recién nacido, pero había actuado con la voluntad propia del autor; mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propias manos a la criatura, ello en atención a que su voluntad estuvo

---

<sup>129</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. Op. Cit. p. 34.

subordinada a la del autor. En esta misma línea y siguiendo el mismo criterio, en **el caso “Staschynskij”**; en el que un agente entrenado en la Unión Soviética, y siguiendo un minucioso plan de su organización –una potencia extranjera– había asesinado en Munich a dos políticos ucranianos exiliados, utilizando para ello una pistola de líquido tóxico. En este caso pese a que el agente actuó sólo y a mano propia, El Supremo Tribunal Federal Alemán condenó al agente Staschynskij como cómplice del asesinato en los actos manejados por el gobierno soviético, por cuanto el sujeto no habría tenido un interés propio en sus hechos ni habría poseído una voluntad propia del hecho.

Esta teoría busca la distinción entre autor y partícipe recurriendo a teorías subjetivas y no objetivas. Esta teoría ha tenido relevancia únicamente en Alemania, y no en España donde la jurisprudencia desarrolló la teoría del acuerdo previo, por medio del cual para ser autor es suficiente el acto subjetivo de la realización conjunta, sin necesidad de actuar en la ejecución<sup>130</sup>. Y tampoco ha sido relevante en Perú.

## **A. Relación entre el concepto extensivo y teorías subjetivas**

### **1. Fundamento en la equivalencia causal**

---

<sup>130</sup> Vid. GIMBERNAT, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 57 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 369.

Este fundamento es el que lleva a identificar a la teoría subjetiva con el concepto extensivo de autor. Y eso porque tienen algunas similitudes. Así algunos autores señalan que las teorías subjetivas son la continuación de la teoría extensiva de autor, ofreciéndole un concepto diferenciador para distinguir entre autoría y participación<sup>131</sup>. La teoría subjetiva de participación no diferencia en el plano objetivo, y con razón, porque parte de la teoría de la equivalencia de condiciones, siendo todos autores del delito. Quedando la única distinción en el plano subjetivo; así, como ya recordamos anteriormente, el concepto extensivo de autor también parte de una concepción causal (equivalencia de condiciones), y en muchos casos, por exigencia de política criminal, se ve obligado a distinguir entre autor y partícipe recurriendo al ámbito subjetivo (*animus actoris* y *animus socii*).

## **2. Contradicción entre concepto extensivo y teoría subjetivas**

Lo que se discute es si el concepto subjetivo es extensivo o no, y hasta qué punto es fundamental el punto de vista causal. Sin embargo existen autores para quienes el concepto extensivo de autor es un concepto unitario en el que se establecen marcos penales diferenciados<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 22.

<sup>132</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 294.

También es de tener presente que el concepto extensivo de autor puede adoptar como marco diferenciador entre autor y partícipe criterios objetivos (concepto extensivo de autor-objetivo), y también criterios subjetivos (concepto extensivo de autor-subjetivo).

## **B. Caracterización general de las teorías subjetivas**

Las teorías subjetivas comparten con otras teorías (con el concepto unitario de autor y concepto extensivo de autor) el punto de partida en la causalidad, sin embargo, esta diferencia entre autor y partícipe, utilizando criterios subjetivos. De ese modo será autor quién actúa con *animus auctoris*, y partícipe quien actúa con *animus socii*. Este es el punto del que parten todas las teorías subjetivas.

Debido a que parte de la causalidad el marco diferenciador entre autor y partícipe no puede estar orientado desde un criterio objetivo, pues todos son causantes del resultado delictivo producido, por lo que buscan un criterio de distinción en el aspecto subjetivo<sup>133</sup>.

Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia alemana, que asocia a la dirección de la voluntad y a la

---

<sup>133</sup> JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 591.

actitud interna de quienes colaboran en el hecho. Pero a pesar de ello la jurisprudencia no tuvo un criterio subjetivo de distinción entre autor y partícipe<sup>134</sup>.

### **1. Principales variantes**

Las teorías subjetivas principalmente se dividen en dos:

### **2. La teoría del dolo**

Esta teoría parte por distinguir que la voluntad del autor es diferente a la del partícipe; estas voluntades son de naturaleza heterogéneas<sup>135</sup>.

Cronológicamente aparece Von Buri como fundador de esta teoría, y actualmente el más representativo es Bockelmann<sup>136</sup>. Von Buri, mentor de la teoría de las equivalencias de condiciones, quien luego de la afirmación de que todas las condiciones que concurren al resultado del hecho son equivalentes entre sí, advierte que la concepción unitaria a la que lo llevaba necesariamente a su concepción casual se contraponía sustancialmente a la regulación legal vigente, que distinguía entre autor, cómplice e instigador, y entonces su enfoque debería quedar relegado como una concepción *lege ferenda*<sup>137</sup>. Es por ello que echa mano al recurso de reiterar el primero en el plano objetivo en el cual debe ser planteado y acatar las diversas

---

<sup>134</sup> WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*, trad. Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 153-154.

<sup>135</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 69.

<sup>136</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 316.

<sup>137</sup> BERRUEZO, Rafael, Op. Cit. p. 11.

categorías que reconoce la ley, y para poder compatibilizar ambos extremos, elabora una teoría subjetiva de la participación<sup>138</sup>

Es así que VON BURI afirmaba: “lo distinto del autor con respecto al partícipe solo cabe individualizarlo, en la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe<sup>139</sup>.

Esta teoría se encarga de distinguir entre voluntad de autor y voluntad del partícipe, de naturaleza heterogénea<sup>140</sup>. Lo que caracteriza al autor es una voluntad autónoma e independiente, mientras que al partícipe una voluntad no autónoma, dependiente<sup>141</sup>. A pesar que Roxin señala, en muchos casos, la inmerecida mala fama que se le hace a esta teoría, destaca también que las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponde con la voluntad de los partícipes<sup>142</sup>.

Por esta teoría es de entenderse que el partícipe apoya al autor en el hecho ilícito que este quiere consumir, pero deja la consumación en manos de autor para que éste libremente decida sobre si se consuma o no el ilícito penal; es decir se podría entender por esta teoría

---

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.* p. 71.

<sup>141</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Op. Cit.* p. 315.

<sup>142</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.* p. 74.

que la consumación no depende de la voluntad del partícipe o en el extremo último, no es cosa suya aun cuando éste sea quién la ejecute parcial o totalmente, de ser ese el caso él ejecuta un hecho ajeno, en el cual el partícipe solo quiere que el autor logre o concrete su cometido que es la consumación de un ilícito penal. Ósea el autor quiere el hecho para sí, en cambio el partícipe lo quiere para el autor; esta teoría importa el contenido de la frase “dejar a criterio de”, ya que el partícipe deja la consumación del hecho a criterio del autor. La dirección de voluntad de partícipe está subordinada al autor pero de manera espontánea, en el caso de la coautoría todos los coautores direccionan su voluntad hacia el mismo centro, es decir la consumación del hecho; así ROXIN<sup>143</sup> señala que: el coautor no conoce voluntad superior a la suya, ya que las voluntades de los coautores son de igual categoría. Y las voluntades de los demás coautores junto con la suya son determinantes en la cooperación - que entre ellos debe de existir-. También de lo antes dicho podemos señalar que para esta teoría las voluntades del autor y del partícipe son heterogéneas pero la de los coautores son homogéneas

### **3. La teoría del interés**

Luego de la teoría del dolo, aparece otra vertiente, que centro la clave de la diferencia entre autor y cómplice en el interés<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 71.

<sup>144</sup> BERRUEZO, Op. Cit. p. 13

Así, FEUERBACH sostenía que autor es aquel que tiene *animus auctoris* y este es aquel que tiene o persigue un interés propio en el hecho, mientras que partícipe, tiene *animus socii*, no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito, sino que actúa en interés ajeno.<sup>145</sup>

Tuvo aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia que adherían al enfoque subjetivo afirmaba, respecto al *animus socii*, que es partícipe aquel que somete su voluntad a la del autor, de tal forma que deja al criterio de éste que el hecho llegue o no a consumarse, y así, este sujeto, autor, aun cuando no haya realizado directamente la conducta descrita por la figura central<sup>146</sup>

Esta figura busca fijar el significado de lo que implica intervenir con *animus auctoris* y *animus socii*, lo que se logra de la mano de la teoría del interés. Si actúa con interés de autor será autor, de lo contrario, será partícipe cuando no tenga un interés directo, sino ajeno<sup>147</sup>.

Cuando se manifiesta bajo la fórmula “autor es quien quiere el hecho como propio; cómplice el que lo quiere como ajeno”, se trata de un principio que en realidad,

---

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 23; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 321.

carece de contenido<sup>148</sup>. La experiencia de la jurisprudencia de Alemania nos muestra que allí el juez no parte de esta fórmula, sino que decide intuitivamente quien es autor y quien es cómplice; y luego para fundamentar lo averiguado irracionalmente, afirma del que ha considerado autor, que ha querido el hecho como propio<sup>149</sup>

Se indica que la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo<sup>150</sup>. La teoría del interés busca ofrecer un criterio material, y no algo puramente formal, que le sirva de marco orientador para establecer quien actúa con *animus auctoris* y *animus socii*<sup>151</sup>.

Por su parte, respecto de la teoría del interés, la doctrina crítica, entre otros aspectos, que permite la calificación de cómplice a quien realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con tal que actúe en interés de otro o que deje al criterio de un tercero el que el hecho se realice o no, lo que a juicio de GIMBERNAT, por ejemplo<sup>152</sup>, “es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta<sup>153</sup>”

---

<sup>148</sup> GIMBERNAT, Op. Cit. p. 35.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 76.

<sup>151</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. cit. p. 321

<sup>152</sup> LAGOS CHANDÍA, Glenda Cecilia. *La inducción*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012, p. 10.

<sup>153</sup> GIMBERNAT, ORDEIG, Op. cit. p. 37.

La teoría del interés no parece sostenible. En primer lugar, si en un caso de actuación unipersonal, el sujeto actúa en interés de otro, habría que llegar a la absurda consecuencia de que estamos ante un hecho sin autor (en sentido penal), o sea, ante un hecho en que, pese a darse todos los requisitos típicos (al menos aparentemente, pues, para esta teoría faltaría precisamente uno: la autoría), el Derecho penal no tiene nada que decir. La prueba de que ello no puede ser así es que el propio legislador ha introducido tipos que castigan (lógicamente como autor) a quien actúa en interés ajeno interés propio en el hecho no se ve qué relación tiene con la realización del tipo, con la autoría. Más bien parece algo relacionado con el desvalor subjetivo de acción como un indicador, otros, del grado de injusto (finalidad perseguida, intención, etc.)<sup>154</sup>

## **B. Rechazo de las teorías subjetivas**

JESCHECK oportunamente expresó, que el abandono del principio de accesoriadad “difuminaría los contornos del tipo”, ya que el específico injusto de la acción de cada tipo perdería con la reinterpretación que incluye todas las contribuciones al hecho en la causación de las lesiones a los bienes jurídicos<sup>155</sup>. Esta teoría de la causación afectaría la esencial función de

---

<sup>154</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 324

<sup>155</sup> JESCHECK, Op. Cit. p. 587.

los tipos penales: la función de garantía, y de ello terminaría afectando también el principio de legalidad.

JESCHECK, como lo hace la doctrina mayoritaria, rechaza no solo la teoría subjetiva sino también la teoría del concepto extensivo de autor, porque a su entender, haciendo referencia al derecho alemán, pugnan con el principio estructural del derecho penal vigente, que se manifiesta en tipos descritos y delimitados preferentemente de modo objetivo<sup>156</sup>.

GARCÍA CAVERO, menciona que a esta teoría se le ha objetado que, si todas las contribuciones al hecho fuesen una lesión del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose las fronteras del tipo penal y, por lo tanto, la función garantista del Derecho Penal<sup>157</sup>. Lo que vendría a señalar GARCÍA CAVERO es que el hecho de que alguien pueda venderle el arma a un asesino constituirá también delito de homicidio, pues el arma fue causa de la muerte, y la venta también, por tanto se perdería en el abismo el sentido concreto de la actividad del tipo penal, extendiéndose sus alcances hasta fines ilimitados.

La crítica que se le hace a esta postura es que, por lo general, en el mundo de la criminalidad no ocurre que un delincuente reflexione sobre la calificación del aporte que brinda al hecho principal, ni menos que se

---

<sup>156</sup> JESCHECK, Op. Cit. p. 592.

<sup>157</sup> GARCÍA CAVERO, Op. Cit. p. 554.

plantee siquiera el hecho como propio o como ajeno, y en caso de que ello ocurriera esa reflexión carecería de toda significación jurídica, pues la mera reserva mental de no querer el hecho como propio y, no obstante ello, matar a la víctima, en nada debería modificar su situación ante el hecho<sup>158</sup>.

Las teorías subjetivas no parecen sostenibles porque orientan la distinción a un campo de actuación difícil de probar. ¿Cómo un juez puede establecer que determinado autor actúa con ánimo de autor o con ánimo de partícipe? Lo primero que tendrían que hacer los partidarios de esta teoría es fijar lo que se entiende por ánimo de autor y ánimo de partícipe, de no ser así atentaría contra la seguridad jurídica<sup>159</sup>.

Por todo ello puede decirse que tampoco *las teorías subjetivas logran desarrollar un concepto de autor con validez general*, pues lejos de proporcionar un criterio unívoco con el que atenuar la inseguridad jurídica, el criterio del ánimo, del interés o de la voluntad, contribuyó a aumentarla, configurando un irreal criterio subjetivo, lo suficientemente vacío de contenido, como para que, en sede judicial, pudiera ser usado de forma flexible y heterogénea. Y lo que es peor, entraba de franca contradicción con las exigencias legales que delimitaban y delimitan al autor por

---

<sup>158</sup> BERRUEZO, Op. Cit. p. 16

<sup>159</sup> Más detalles, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 326-332.

referencia a la “realización del hecho” y al partícipe en atención a su “cooperación en la ejecución” <sup>160</sup>

### **Capítulo III**

#### **Autoría. Concepto Restrictivo de Autor**

---

<sup>160</sup> GORRIZ ROYO, Op. Cit. p. 263.

## I. Cuestiones previas

Hasta aquí hemos ido desarrollando la evolución del concepto de autor referido a los modelos unitario y extensivo de autor, quienes poseen el mismo punto de partida en la causalidad. Por su parte el concepto restrictivo, al no partir del concepto de causalidad, no identifica como autores a todo aquel que brinde un aporte causal en la configuración del delito. Así se busca restringir el concepto de autor a un comportamiento si bien causal pero distinto de quien tiene el verdadero rol configurador del delito. De ese modo que algunos autores varían la denominación de concepto restrictivo de autor por “interpretación restrictiva de los tipos”<sup>161</sup>.

Para estas teorías no todos los sujetos que concurren en la comisión de un delito responden como autores, sino sólo aquellos que cumplen con configurar los elementos exigidos por los tipos penales; para este concepto es autor solamente aquel que comete el hecho descrito en el tipo penal; por lo que, “la sola contribución causal al resultado mediante acciones no típicas no podría fundamentar autoría alguna”<sup>162</sup>

MIR PUIG<sup>163</sup> refiere que el concepto restrictivo de autor parte de que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza

---

<sup>161</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 407.

<sup>162</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 556

<sup>163</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires: 2008, p. 372.

el tipo, causación no es igual a realización del delito. Es por ello que según nuestro criterio y siguiendo a JAKOBS nos encontramos en condiciones de afirmar que el problema de la intervención delictiva no es más que una cuestión de imputación objetiva<sup>164</sup>

El concepto restrictivo de autor, como producto de una doctrina tradicional de la autoría y participación establece una diferencia cualitativa entre el autor y el partícipe, diferencia que a criterio de LESCH, se configura en la suposición de que el autor lleva a cabo su propio hecho específico, existiendo por tanto un injusto propio del autor que no es, a la vez, el mismo que el los partícipes<sup>165</sup>.

El punto en que se separa el autor y el partícipe, conforme a esta concepción, es de carácter objetivo, pues dependerá de la naturaleza de la contribución al hecho que hace cada quién, entonces se puede afirmar que la diferencia entre autor y partícipe es meramente objetiva, según la clase de aporte que preste al hecho<sup>166</sup>

Como característica principal este modelo exige partir del concepto de autor (autor inmediato, autor mediato, coautor), por lo que, los criterios de participación en sentido estricto (instigación, complicidad primaria y secundaria) serán

---

<sup>164</sup> JAKOBS, Günther; *Intervención delictiva y comprensión social* – Manuscrito.

<sup>165</sup> LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez –Vera Gómez-Trelles. 1ª reimpresión. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1997. p. 39.

<sup>166</sup> VILLA STEIN, Javier. Op. Cit. p. 310, en el mismo sentido MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. pp. 372 -373.

considerados causas de extensión de la punibilidad; siendo ahí donde adquiere.

Es importante destacar que la teoría restrictiva de autor no es compatible únicamente, como muchas veces se cree, con la teoría del dominio del hecho, pues, también lo es con la teoría objetivo formal, por lo que a continuación la pasamos a desarrollar brevemente.

## **II. Teoría objetivo-formal del concepto restrictivo de autor**

### **A. Caracterización general**

La teoría restrictiva de autor tienen como finalidad delimitar la participación del autor de un hecho delictivo teniendo en cuenta como factor constituyente al tipo penal, es decir, la caracterización general consiste en que no todos los sujetos que confluyen en la ejecución de un delito responden como autores, sino serán autores los que con su conducta ejecutan la acción descrita en la ley penal, configurándose los elementos típicos.

En ese sentido, la teoría objetivo-formal del concepto restrictivo de autor, determina que autor es quien ejecuta con su comportamiento conforme a lo descrito por el tipo penal, realizándose mediante la subsunción, y no fija su ámbito configurador en la mera causalidad. De esto se deduce que las contribuciones auxiliares realizadas durante la ejecución

del delito serán del partícipe<sup>167</sup>; GIMBERNAT refiere que “su verdadera aportación es la de haber puesto de relieve que el que realiza uno de los elementos del tipo es siempre autor y nunca cómplice”<sup>168</sup>; por otro lado, MITTERMAIER y BELING, señalan que la “única teoría de la participación metodológicamente adecuada es la llamada ‘objetivo-formal’, que toma como punto de partida los tipos legales y no cualquier tipo de apreciación apriorísticas sobre causalidad”<sup>169</sup>.

Sin embargo, y a pesar que la teoría objetivo-formal tuvo varios partidarios en Alemania y España, siendo dominante en ambos países, pues, la idea central de quienes la fundamentan radica en que el autor “*toma parte directa en la ejecución del hecho*”<sup>170</sup>, siendo difícil de poder delimitar la diferencia de quienes son los autores de los cómplices, ya que éstos también confluyen en la ejecución del hecho punible; además la premisa señalada líneas arriba, no puede sustentar la autoría mediata<sup>171</sup>, que será explicada posteriormente.

---

<sup>167</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 773 y 734. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit., p. 612.

<sup>168</sup> Vid. GIMBERNAT, ORDEIG, Enrique. *Autor o cómplice en el Derecho penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones e intercambio. Madrid, 1966, p. 29.

<sup>169</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 416.

<sup>170</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004, p. 463.

<sup>171</sup> BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE y otros, Op. Cit. p. 289: “la teoría objetivo formal no puede explicar satisfactoriamente la autoría mediata. En este supuesto, el sujeto no ejecuta por sí mismo el hecho, sino que sirve de instrumento, una persona que por coacción, error o inimpuntualidad no será

Por lo tanto, la teoría objetivo-formal implica de manera fundamental a los factores externos del comportamiento, basándose en una configuración meramente objetiva de los tipos penales de la parte especial; Cabe señalar que no se toma en cuenta la parte subjetiva del tipo debido a que en la época del desarrollo de la mencionada teoría, los elementos subjetivos se consideraban en la culpabilidad y los elementos objetivos eran propios del injusto; sin embargo, con la postura de Mezger con respecto a los *elementos subjetivos del tipo* se comienza considerar a éstos, en cuanto no era necesariamente autor quien cumplía los requisitos exigidos en la ley penal sino además quien tenía el *animus de ejecución del hecho punible*<sup>172</sup>. En definitiva, en esta teoría, será autor

---

penalmente responsable. Quien realiza el hecho descrito en el tipo es el instrumento (penalmente irresponsable). El autor mediato, también llamado hombre de atrás, no realiza el comportamiento prohibido y debería, por lo tanto quedar impune. La teoría objetiva formal no puede brindar una solución satisfactoria a este problema. Por ese motivo he tenido que introducir correcciones o ha sido abandonado por muchos de sus seguidores”.

<sup>172</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 2004, p. 463: “El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los elementos subjetivos del tipo. En la medida, entonces, en la que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados de la teoría objetiva debieron relativizarse. Consecuencia de ello es el punto de vista de lo expuesto por Mezger, para quien, si bien la teoría formal-objetiva es básicamente correcta, “también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamenta la autoría”. Consecuentemente en relación al delito de hurto afirma que es coautor (de ese delito) el que comienza a relajar la custodia del sujeto pasivo, cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de apropiación. Por lo tanto,

la persona que realice un hecho que este descrito típicamente, siendo partícipe o cómplice sólo el que confluja con poca intensidad y que de acuerdo al lenguaje del tipo penal no pueda ser incluido en el supuesto descrito en la ley penal<sup>173</sup>.

## 1. **Carácter objetivo**

La teoría objetivo-formal estableció un criterio que permitió diferenciar al autor del partícipe en un hecho delictivo, es así que el criterio es que la acción ejecutada encaje literalmente en las descripciones del tipo penal. En ese sentido, surgió el debate con respecto a si la teoría objetivo formal hacía referencia sólo a elementos objetivos, pero se estableció que solo tenían en cuenta la acción típica para la configuración del delito, pero al momento de la acción típica se consideraban otros elementos configuradores del tipo. En ese contexto, la autoría se limitaría o restringiría en principio por la conducta descrita en los tipos penales de la parte especial. Sin embargo, el carácter objetivo no es fiel a la terminología empleada, así lo ha señalado Claus Roxin al afirmar que “esta construcción lleva en realidad el nombre de teoría objetiva

---

una vez reconocido los elementos subjetivos de la tipicidad la teoría formal-objetiva ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva”.

<sup>173</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Ediciones Akal, Madrid, 1996, pp. 24 y 25: “La teoría formal-objetivo que nace con Beling y es seguido por prestigiosos autores como Von Liszt, Dohna y Mezger, considera que autor es el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector e inmediatamente incluíble en la definición legal de que se trate. Pretende, por tanto, establecer la distinción gracias a la gramática, a la sintaxis y a la interpretación literal del tipo. En otras palabras, se recurre al uso del lenguaje”.

injustamente”, debido a que la teoría objetivo-formal para configurar el tipo penal consideraba el dolo del autor pero aun así no era reconocido ya que en la época nadie reconocía el dolo en el tipo penal. Aun así, señala ROXIN que “la teoría objetiva formal tiene en cuenta perfectamente las especiales actitudes internas, intenciones y tendencias del autor en los casos en el que el legislador ha dado relevancia a tales elementos en la configuración de los tipos; por todo ello, por comprender acciones totalmente vivas con sus relaciones sociales de sentido y no abstracción”.

Las consideraciones sobre el carácter objetivo no hacen referencia a criterios netamente externos que constituyen elementos objetivos, pues el autor será aquel cuya conducta pueda subsumirse en el tipo penal, que implica tanto a los elementos objetivos y elementos subjetivos. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO refiere: “¿hacen estas circunstancias que sea injusto llamar “objetiva” a la teoría objetivo-formal?, dando una respuesta negativa por la razón que de que “objetivo” en la teoría de la participación no tiene el significado excluyente de elementos subjetivos, sino de opuesto a subjetivo; y subjetivo es lo que define a las teorías subjetivas: que exigen, al margen de los requisitos típicos subjetivos, un especial elemento subjetivo del autor, que éste actúe con especial ánimo respecto a su modo de intervención en el delito, y esto para nada ocurre en la teoría objetiva-formal.”<sup>174</sup>

## **2. Carácter formal**

---

<sup>174</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op. Cit. pp. 443 y 444.

La cuestión del carácter “formal”, se corresponde con el significado de carácter “jurídico” estrictamente, entiéndase que la subsunción que se efectuada se realiza conforme al supuesto de hecho establecido en un tipo legal, es decir, la ley fija la formulación configurativa del tipo penal, sin embargo, dicha expresión no es la adecuada por un motivo principal: los tipos penales mantienen un contenido valorativo-material ya que no basta una referencia netamente objetiva del tipo penal<sup>175</sup>. En ese sentido, la teoría objetivo-formal es formal pero en otra perspectiva, ya que se necesita de criterios materiales para diferenciar de autor y partícipe<sup>176</sup> pero no se ponen de manifiesto qué criterios materiales son los contenidos en los tipos penales, renunciado a poner de relieve cuál es el elemento material, por ello la terminología “formal” no es muy adecuado. No obstante, las teorías objetivas-materiales (por ejemplo: la teoría del dominio del hecho, entre otras teorías) si determinan explícitamente criterios materiales diferenciadores de la autoría.

## **B. Variantes de la teoría objetivo-formal**

---

<sup>175</sup> BACIGALUPO, Enrique, 2004, p. 464: “la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva”.

<sup>176</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, ADP 1989, 892, señala que en las teorías objetivas-formales (y, por otras razones, en las objetivas-materiales) hay algo de verdad: “la concepción de que sólo puede ser autor quien realice el tipo, si bien, con razón, indica que lo que no hace la teoría objetivo-formal es precisar el concepto de realización del tipo en los delitos de puro resultado”

La teoría objetivo-formal se manifiesta desde dos enfoques, y expresan en esencia cuestiones fundamentales, y son las siguientes:

### **1. La autoría como realización de acciones ejecutivas**

La versión más conocida de la teoría objetivo-formal es la que afirma que para ser autor basta con la realización de alguna acción ejecutiva. Evidentemente tal concepción no se refleja desde un principio en las opiniones de los autores que defienden esta teoría, pues lo que normalmente se encuentra son referencias al tipo en sentido general. Ello es así porque, al hallar de la autoría, lo primero que se piensa es en la autoría del sujeto individual que realiza, concurriendo en él los restantes elementos del tipo de que se trate, todas las acciones de ejecución<sup>177</sup>.

La teoría objetiva-formal, como lo hemos dicho en párrafos precedentes, manifiesta que: autor es quien ejecuta la acción típica, es decir, autor es quien realiza algunos de los elementos típicos<sup>178</sup>. En ese sentido, aparentemente la autoría es pensada en el sujeto de forma individual, por ello es mejor desarrollar la coautoría que permite dar los verdaderos alcances de la teoría objetivo-formal; coautor es todo aquel que realice alguna acción ejecutiva; para COBO/VIVES, “el que ejecuta parcialmente los hechos es realmente autor parcial de ellos, y autor en sentido estricto”, por lo tanto, la teoría objetiva formal se conforma en afirmar que hay autoría

---

<sup>177</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 446.

<sup>178</sup> MIR PUIG, PG, 1998, Op. Cit. p. 363.

(coautoría), con que el sujeto realice alguna acción ejecutiva, entendida ésta en el sentido de tentativa<sup>179</sup>.

## **2. La autoría como realización del tipo**

Aunque, como ya sabemos, el criterio de que la autoría es realización del tipo parece ser el punto de partida de toda teoría objetivo-formal, lo cierto es que la versión más extendida de la misma se conforma (o entiende por tal) la realización de cualquier acción ejecutiva.<sup>180</sup>

Se conoce que el criterio de la autoría es la realización del tipo penal que parece ser el punto de inicio de toda teoría objetiva formal, pero lo cierto es que la teoría se representa por la

---

<sup>179</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel p. 446: citando autores alemanes va aclarando el concepto de coautoría: “Esto es especialmente claro en autores como GEYER: coautor sólo puede ser aquel que es autor, actúa como actuar, es decir (como se suele expresar habitualmente), realiza al menos parcialmente la llamada acción principal del delito , añadiendo que, en cuanto al sujeto que realice una acción de tentativa( o sea ejecutiva, ya no podrá ser cómplice; WACHENFELD, quien declara que coautor es quien realiza una acción ejecutiva; Robert v. HIPPEL, quien precisamente ve una ventaja de esta teoría en que con ella es fácilmente realizable la distinción, del mismo modo que se realiza entre tentativa y acción preparatoria; DOHNA, quien señala que coautoría y complicidad se distinguen exactamente igual que acción de tentativa y acción preparatoria; (...) el propio BELING, que con sus referencias al tipo y al núcleo del tipo parece que va decir algo distinto, afirma que existe coautoría cuando cada sujeto realiza un trozo de la acción ejecutiva y, en BELING, trozo de la acción ejecutiva ha de interpretarse como acción de tentativa: la tentativa es un fragmento de la realización del tipo o ejecución , de donde se deduce que el concepto de la tentativa no es aplicable a la inducción y la complicidad , que realizan acciones preparatorias”.

<sup>180</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 447.

realización de acciones ejecutas que hace posible determinar la autoría; esta variante refleja que la teoría objetivo-formal que: autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial, entonces, autor en sentido estricto es todo aquel que realiza la conducta descrita en la figura delictiva definida por la ley<sup>181</sup>.

### **C. Fundamentos de la teoría objetivo-formal**

La teoría objetivo-formal ha sido, sin duda, una de las teorías con más peso histórico, tanto en Alemania como en España, contando en ambos países con defensores de la máxima categoría científica. Sólo la entrada, hace ya bastante tiempo en Alemania y más recientemente en España, de la teoría del dominio del hecho, hace que se abandone por completo (en el caso de Alemania) o que vaya perdiendo terreno (en el caso de España) la teoría objetivo-formal<sup>182</sup>.

La teoría objetivo-formal se originó con los aportes de BELING y fue seguida por VON LISZT, DOHNA y MEZGER; Según esta concepción, autor es sólo el que ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial. La teoría objetivo formal ha sido de máxima importancia para la evolución de la teoría de la autoría y de la

---

<sup>181</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. p. 221. En la doctrina alemana podría parecer que ciertos autores, en definiciones de principio, siguen esta teoría, pero ello se desmiente cuando se contemplan sus definiciones de la coautoría (cuando la hay) y por el hecho de que en absoluto critican la formulación clara de algunos autores de que basta con la realización de alguna acción ejecutiva”

<sup>182</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 411.

participación, sin embargo, desde hace ya algún tiempo se ha visto desplazada en Alemania por la teoría del dominio del hecho<sup>183</sup>; bajo esta teoría se considera autor a quien realiza estrictamente la acción penal “principal ejecutiva”<sup>184</sup> es decir quién realiza la conducta que puede subsumirse de manera directa en el tipo penal, por tanto es autor aquel que ejecuta la acción expresada por el verbo típico<sup>185</sup>. En consecuencia será partícipe aquel que conscientemente ayude al autor en la comisión del hecho, ya sea realizando acciones preparatorias o accesorias durante la ejecución del delito como sujetar a la víctima durante el ocasionamiento de su muerte o vigilar durante la sustracción en el hurto<sup>186</sup>.

La teoría objetivo formal se basa en la teoría causal de la acción ya que plantea que; autor sería quien actúa de tal manera que su acción sea condición ("causa") del resultado prohibido<sup>187</sup>. Desde esta perspectiva autor es aquel que ejecuta el verbo típico, por ejemplo en el homicidio: el que mata a otro, ese aquel que mata es el autor, en esta teoría se trata de interpretar literalmente el texto positivo y en razón de eso determinar la autoría, aquél que realice el o los actos típicos descritos en el texto positivo ese debe de ser

---

<sup>183</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 51.

<sup>184</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. p. 7

<sup>185</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 1° edición. ARA Editores. Lima 2004. p. 463, además señala que pese a ser una teoría que ya ha quedado en desuso, hoy en día es la teoría dominante en España; al respecto VILLA STEIN, Javier. Op. Cit. p. 311, refiere que el punto favorable de esta teoría radica en el respeto del principio de legalidad

<sup>186</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. p.7

<sup>187</sup> HURTADO POZO, José. Op. Cit. p. 306

considerado autor, esta teoría parte por reconocer una diferenciación entre autor y partícipe, el primero era él o los que ejecutaban la acción o acciones típicas descritas y especificadas , y el segundo aquel que no ejecutaba dicha acción o verbo típico, pero intervenía en la comisión del delito , valga decir éste no realiza el acto típico descrito en el ordenamiento positivo pero de una forma u otra manera, ya sea preparando, colaborando con acciones accesorias en la comisión del delito.

Sin duda, uno de los penalistas que contribuyo en mayor medida al triunfo de la teoría objetiva- formal en la dogmática científica alemana fue BELING. En base distinción entre “tipicidad estricta y amplia” define al coautor y al cómplice: “ a) Coautoría es conjunta “ejecución” = realización de acciones que pertenecen al núcleo del tipo. b) Complicidad es realización de una acción preparatoria o de una acción accesorias para la acción ejecutiva de otro sujeto: sujetar a la víctima durante el “ocasionamiento de la muerte”, vigilar durante la “sustracción” en el hurto no son, por si mismas, “ocasionamiento de muerte” o “sustracción”, sino colocación simultanea de una concausa. El concepto de autor exige “ejecución conjunta” = participación en el tipo estricto. Y es ahí cuando se hace comprensible porque el acto preparatorio para el acto de otro es punible, mientras que, aparentemente, el acto preparatorio propio no lo es. A saber: el acto preparatorio propio queda impune solo cuando no se llega a la ejecución, en cambio, si se llega a la ejecución, la preparación, vinculada a aquella en unidad de acción, es castigada al castigar la ejecución. Exactamente la misma base tiene el tratamiento del acto preparatorio para la acción de

otro sujeto: queda impune si no es seguido de una ejecución; es punible donde esta se dé, pero esta naturalmente, como ya existen dos acciones, la del autor y la del que ha ejecutado el acto preparatorio, este ha de ser tenido en cuenta con una pena independiente<sup>188</sup>". En los delitos compuestos, estima BELING, "hay que tener siempre en cuenta que la realización de la primera de sus partes integrantes, es ya "ejecución"<sup>189</sup>; por ello, en un robo con escalamiento será coautor el que ha escalado junto a compinche, aunque luego haya sido solo este último el que sustrajo la cosa<sup>190</sup>.

Esta larga cita, de uno de los más eminentes defensores de la teoría objetiva- formal, puede haber sido para descartar cual es la característica de dicha tesis; para ella coautor es el que realiza una acción ejecutiva y cómplice el que lleva a cabo una acción preparatoria o colaboradora durante la ejecución del delito, pero con una actividad meramente auxiliadora<sup>191</sup>.

GARCÍA CAVERO<sup>192</sup> resalta que la teoría objetivo-formal atiende a las descripciones típicas de la acción; por lo que autor del delito es quien con su conducta configura el tipo penal, mientras que el comportamiento del partícipe será un aporte causal, pero negativo, en la medida que no está dentro del tipo. Sólo quien realiza la acción típica (matar, apropiarse, privar de la libertad) responderá como autor del delito.

---

<sup>188</sup> VON BELING Ernest citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Buenos Aires, 2006, p. 8

<sup>189</sup> VON BELING Ernest citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Ibidem*.

<sup>190</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.* p. 8.

<sup>191</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.* p. 8.

<sup>192</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. Cit.* p. 556.

En resumidas cuentas de lo que trata esta teoría es que el operador del derecho realiza una interpretación literal de lo que el ordenamiento positivo de la parte especial señale, y así de tal manera en un lenguaje común y corriente según la interpretación hecha sindicando a quien es autor y quien es partícipe.

En el desarrollo de las variantes de la teoría objetivo formal se puede desprender que el verdadero fundamento de la mencionada teoría, se constituye en la que autor es quien realiza el tipo legal, no es otra cosa que la adecuación a la propia ley: es netamente propio de una teoría restrictiva de autor debido a que se está partiendo de la idea de que es el tipo penal el que define el comportamiento delictivo del autor, incluyendo todos los elementos objetivos, intenciones, caracteres personales, etc.; no obstante, a pesar que la teoría objetivo formal considera como fuente lo señalado líneas arriba, obteniendo planteamientos que logran fundamentar un concepto restrictivo de autor pero no es suficiente y por ello se buscan mejores razones de por qué es autor quien realiza la acción típica o acciones ejecutivas.

Se ha considerado para el fundamento de la teoría objetivo-formal, dejando de lado las cuestiones de la causalidad que se encuentran en algunos defensores de esta teoría, que se sabe bien que están destinadas a la no continuidad debido a sus desfasadas justificaciones, así que desarrollaremos dos aspectos que han sido desarrollados por Gimbernat como fundamento de la teoría objetivo formal: el de la mayor

reprochabilidad del que ejecuta el hecho y el de la adaptación de la teoría objetivo-formal al tipo y al lenguaje corriente<sup>193</sup>.

Una versión más moderna de la teoría objetivo-formal es aquella que, vinculando la autoría a la realización del tipo (y no necesariamente a una acción ejecutiva), concibe al autor del delito como aquél cuya conducta es subsumible directamente en el tipo de la parte especial. Esta concepción de la teoría objetivo-formal ha sido la defendida (...) por GIMBERNAT ORDEIG<sup>194</sup>, quien establece claramente que el concepto de autor tiene que ver con «aquél cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial<sup>195</sup>».

### **1. El argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad**

Los partidarios de la teoría objetiva formal han fundamentado con mucho énfasis que el autor que realiza las acciones ejecutivas representa en tipo penal un comportamiento muy reprochable, que pretende demostrar que la conducta que ejecutada mantiene un grado de mayor gravedad que hace posible que se desprenda un concepto restrictivo de autor. En ese sentido, me atañe hacer algunas diferenciaciones a las afirmaciones resaltadas en el presente párrafo por varios partidarios de la teoría objetivo-formal.

Antes de examinar, hay que tener muy claro que la fundamentación de la mayor reprochabilidad intenta justificar

---

<sup>193</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 452.

<sup>194</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 55.

<sup>195</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. p. 219.

un criterio adecuado para decidir quién es autor en un concepto restrictivo de la autoría. Ahora bien, la opción de mayor relevancia es la que se basa en un sistema legal, en la que su fundamentación de éste se basa en los principios del derecho penal, en la que se engloba de una mayor seguridad jurídica. En ese sentido, el legislador penal realiza algunas ponderaciones, en la que tiene en cuenta los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, en lo referente a las formas de intervención en el delito (prescindiendo de otros elementos que afectan el grado de injusto del hecho o el injusto de culpabilidad), y sobre todo en dos sentidos: en primer lugar, que para determinar el concepto de autor no solo se ha de tomar en cuenta la imposición de la pena típica mayor o menor, sino lo principal es que la responsabilidad de este sujeto es autónomo, y no depende de ningún otro interviniente; en segundo lugar, los conceptos referidos jugaran un rol muy importante debido a que en base a ellos se forma el marco penal para cada forma de intervención, independientemente que se trate de un autor o un partícipe; pues bien, el marco penal más grave siempre será para el autor, es decir, el marco penal señalado directamente por el tipo que prohíbe su conducta; pero de todas maneras algunos tipos de conductas de intervención merecen y necesitan del mismo marco penal del autor.

Continuando con el tema, más que tener en cuenta la gravedad de la conducta, lo más relevantes es determinar cuál es su merecimiento o necesidad de pena. Desde esta óptica, creo que la segunda vertiente de la teoría objetiva formal (autor es quien realiza el tipo) es la más adecuada con

ciertos matices, pues es muy razonable que la conducta más merecedora y necesitada de pena es la conducta que infringe los mandatos o prohibiciones que se establecen en los tipos penales por el legislador; el cuestionamiento principal es que esta teoría no dan un fundamento en la que se digan de por qué el enfrentamiento directo.

Respecto de la vertiente tradicional de la teoría objetiva formal, en la que el autor realiza una acción ejecutiva, desde esta perspectiva el merecimiento y necesidad de pena tiene una connotación única, pues la realización de acciones ejecutivas justifica la imposición al sujeto de un marco penal elevado, del mismo que se establece en el tipo penal. En ese sentido, el efectuar acciones ejecutivas supone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, y esto significa que existe una estrecha vinculación con la conducta que el legislador quiere evitar a través de la creación de una norma de mandato o prohibición, que significaría que el accionar no tenga lugar a ser ejecutado por la orden expresada en un dispositivo legal.

Ahora bien, lo más importante de todo lo señalado es que la realización de acciones ejecutivas que ponen de relieve un avance del plan delictivo, un acercamiento del hecho que se trata de evitar, que el peligro de vulneración de la norma directa contenida en el tipo (riesgo de afectación de bienes jurídicos) se expande de un modo notable, al punto que hace difícil soslayar la evitación de una afectación de bienes jurídicos. Por lo tanto, quien realiza acciones ejecutivas

actuando junto con otros, aunque no sea autor, debe corresponder al marco penal máximo para cada delito.

Finalmente, pienso, desde el punto exclusivo de las formas de participación, no es cierto que todas las acciones ejecutivas sean las más reprochables, sean las más graves, o presenten un grado de merecimiento y necesidad de pena. Ello ocurre sólo con las acciones del núcleo del tipo.

Ello porque se dice que aquel que ejecuta el verbo típico es pasible de un mayor reproche del injusto frente a quien solo ayuda o coopera, determinándose así la delimitación entre autor y partícipe, el primero es más peligroso que es segundo, ya que los partidarios de esta teoría afirman que, quien ejecuta el verbo rector típico actúa con un grado mayor de energía criminal en favor de causar una condición que conlleve a la efectiva comisión del tipo completo descrito en el ordenamiento positivo, así también desde el punto de vista de esta teoría se señala que quien ejecuta el verbo típico actúa con un grado mayor de maldad que el que es mero partícipe.

En conclusión la ejecución del verbo típico conlleva a mayor peligrosidad, a mayor despliegue de energía criminal y a un grado alto de maldad en el actuar por parte del agente, criterios que desde la perspectiva de esta teoría son los que determinan el reproche del injusto prohibido a título de autor.

## **2. El argumento del lenguaje común, las concepciones populares**

Está referido a la interpretación literal que deberá de hacer el operar del derecho al momento de juzgar, se debe de entender por esto, que es autor a quien se le pueda atribuir el verbo típico de manera interpretativa clara e indubitablemente, será autor por ejemplo de quien se pueda decir: ha matado, ha robado; resulta obvio que para tal atribución literal o interpretativa, se debe atender a la acción que interpuso un nexo causal entre el verbo típico y el resultado.

Aquella concepción viene ligada a aspectos de la ejecución de tipos penales, que se ven orientadas hacia el lenguaje popular o común. Esta forma de interpretación guarda similitud con la teoría objetivo formal, de ahí que se la ubique dentro del desarrollo de este criterio. En tal sentido, los grados de intervención en el delito serían diferenciados a partir del lenguaje común.

No obstante, este modo de interpretación no determina un criterio material para distinguir las formas de participación, el lenguaje común no es un presupuesto acorde para ello. Los criterios valorativos populares o sociales de los fenómenos de intervención no coinciden necesariamente con los empleados por el Derecho<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 460; también se presenta crítico, GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. p. 33.

#### **D. Crítica a la teoría objetivo-formal**

El acierto que tiene esta teoría, al postular que no todos los sujetos que concurren en la realización de un delito responden como autores, también tiene serias deficiencias, entre las cuales destacan las siguientes: las referidas a la imposibilidad de configurar la autoría mediata<sup>197</sup> y las referidas a las formas en que, a veces, deben configurarse los actos configurativos, y la que no puede explicar la coautoría y su imprecisión o indefinición.

En cuanto a las críticas ROXIN<sup>198</sup>, afirma que obviamente la teoría objetivo formal presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno la autoría mediata. Muchos partidarios suyos han intentado arréglaselas sin esta figura jurídica y resolver de “lege ferenda la penosa laguna de casos merecedores de punición” limitando la accesoriedad. Pero esta vía no solo está cerrada para el principal supuesto

---

<sup>197</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Op. Cit. Pp. 35-36. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: Op. Cit. p. 289: “la teoría objetivo formal no puede explicar satisfactoriamente la autoría mediata. En este supuesto, el sujeto no ejecuta por sí mismo el hecho, sino que se sirve de un instrumento, una persona que por coacción, error o inimputabilidad no será penalmente responsable. Quien realiza el hecho descrito en el tipo es el instrumento (penalmente irresponsable). El autor mediato, también llamado el hombre de atrás, no realiza el comportamiento prohibido y debería, por lo tanto, quedar impune. La teoría objetivo formal no puede brindar una solución satisfactoria a este problema. Por ese motivo ha tenido que introducir correcciones o ha sido abandonado por muchos de sus seguidores”.

<sup>198</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p.54

de aplicación, el actuar mediante un instrumento no doloso, por el hecho de que la jurisprudencia hoy exija para la participación un hecho principal doloso; por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación; que el tan mentado médico que a través de una enfermera no sabedora, haga administrar una inyección letal, es genuino autor lo mantiene hoy unánimemente la doctrina no necesitando aquí más fundamentación.

Para BACIGALUPO<sup>199</sup> el problema de esta teoría recae en la carga puramente objetiva de la autoría y deja de lado el aspecto subjetivo, ya que la realización de los elementos subjetivos también fundamenta autoría, se haya realizado el verbo típico descrito o no.

Esta teoría ha sido criticada fuertemente por que no solución.-a supuestos de autoría mediata, o supuestos de coautoría en donde alguno de los intervinientes no llega a realizar ningún acto típico<sup>200</sup>, y ello a consecuencia de la enorme restricción que el concepto de autor tiene en esta teoría<sup>201</sup>. Por lo que este serio defecto ha sido suficiente para abandonarla y excluirla de la discusión penal.

En cuanto a la distinción entre coautoría y participación tenemos que desde la perspectiva de la teoría objetivo formal:  
a) coautoría es conjunta ejecución, realización de acciones

---

<sup>199</sup> BACIGALUPO. Enrique. Op. Cit. p. 492

<sup>200</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. Cit. p. 448; en el mismo sentido BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 401 – 402; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 556; HURTADO POZO, José. Op. Cit. p. 857

<sup>201</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 465.

que pertenecen al verbo rector del tipo penal. b) complicidad es la realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto: sujetar a la víctima durante la agresión de muerte, vigilar mientras otro hurta no son por sí mismas desarrollo del núcleo del tipo penal, sino colocación de una concausa<sup>202</sup>.

Al respecto BELING<sup>203</sup> refiere que todo delito-tipo comprende sólo aquellas personas que han hecho precisamente aquello que corresponde justamente al tipo. A aquel de quien no puede decirse que ha matado a un hombre, no puede aplicársele una pena. Más adelante expresa: “pero las acciones preparatorias y secundarias con las que un sujeto ha contribuido para que otro realice el delito tipo no podían simple y llanamente descuidarse desde el punto de vista de la política penal, -de lo cual se desprende que éstos últimos deben de ser imputados y sancionados a título de partícipes-.

La insatisfacción en cuanto a la coautoría radica en lo sucesos en los cuales no todos los intervinientes realizan el verbo típico descrito, pero a pesar de eso no dejan de ser coautores. Ej. En una violación aquel que duerme a la víctima con una droga en la copa de la víctima para que un segundo la viole en el cuarto de éste, postrándose en la puerta de ingreso a dicho cuarto para que dicho acto no sea interrumpido, si bien es cierto no realiza ninguna acción

---

<sup>202</sup> BELING citado por: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. p. 66; así también. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. “*La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación*” ALVI Impresores LTDA. Bogotá, 2008. p. 21

<sup>203</sup> BELING citado por MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. *Ibidem*.

típica pero bien podría ser imputado a título de coautor en un delito de violación.

En sí, esta teoría con todas sus deficiencias es utilizada en muchos ordenamientos jurídicos tales como el español en donde es doctrina dominante, y en nuestro medio también algunas veces fue empleada:

Así la Corte Suprema reconoce como "autores", -coautores-, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera:” *El primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como no falleciera, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre; ultimándola el tercero de tres machetazos*”<sup>204</sup>. Es indudable que cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio<sup>205</sup>.

## **1. Indefinición o indeterminación**

Una crítica antigua que ya fue superada por Gimbernat de forma contundente: el que un criterio jurídico no sea fácil de determinar o precisar no significa que sea incorrecto; la distinción entre acto preparatorio y acto ejecutivo, la crítica tiene menos entidad que lo pueden tener otros problemas, pues es el propio tipo penal el que obliga, eso sí en un terreno distinto a la autoría y la participación, a distinguir entre acciones preparatorias y acciones ejecutivas, pues éstas son las que dan lugar a la tentativa y no las primeras que, además, son impunes en el caso del autor individual. Lo

---

<sup>204</sup> Ejecutoria 30/11/1960; Lima – Perú

<sup>205</sup> HURTADO POZO, José. Op. Cit. p. 310.

mismo cabría decir del concepto de acción típica que maneja la otra versión de la teoría objetivo formal: por mucho que sea difícil determinar qué es acción típica, sobre todo en los tipos puramente resultativos, por mucho que sea discutible que se trate de algo distinto a la acción ejecutiva, ello cuando hay autoría, sino que a lo sumo demostrará que es un criterio difícil de utilizar, necesitado de explicaciones.

La discusión sería muy interesante pero en este punto nos limitaremos a decir brevemente que toda acción ejecutiva no es acción típica<sup>206</sup>, por ejemplo, no es lo mismo apuntar con una arma de fuego a un individuo, a que accionar el gatillo para disparar contra el individuo, es decir, hay dos momentos claves: la acción ejecutiva se presenta de forma inmediata y la acción típica se puede dar en plano mediato que presentaría la no ejecución de la acción pero si quedaría en tentativa, por ejemplo: el intento de homicidio con arma de fuego, fácilmente se hará responsable al sujeto con la tentativa, ello ya implica una autoría sin efectuar toda la realización de la acción típica.

## **2. La no explicación de la autoría mediata**

Es una crítica que género que varios de sus seguidores en Alemania y España abandonaran la teoría objetivo formal, ya que consideraron fundamental desarrollar criterios jurídicos que puedan justificar la autoría mediata. En realidad, desde

---

<sup>206</sup> COBO / VIVES, PG, 2º, 1987, p.517: en contra de esta versión de la teoría objetivo formal, y afirmando que la realización de acciones ejecutivas es comienzo de realización del tipo.

la perspectiva de la teoría objetivo formal la autoría mediata debería ser una figura inexistente, pues, desde la literalidad de la ley penal, el autor mediato no ejecuta la acción descrita por el verbo rector del tipo penal<sup>207</sup>. Con razón afirma RODRÍGUEZ MOURULLO que “la pretendida incompatibilidad entre concepción restrictiva de autor y autoría mediata sólo puede seguir para quienes identifique incorrectamente realización del tipo con ejecución física (directo-corporal) del mismo. La base de concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de realización – y no la de ejecución física de la correspondiente figura delictiva”<sup>208</sup>. En ese sentido, se debe entender que no es necesario que el hombre de atrás ejecute literalmente lo descrito por tipo penal; GIMBERNAT: explica que no hay problema para incluir en el verbo típico la actuación del autor mediato, pero no justifica materialmente cómo se debe subsumir la conducta del autor mediato en el tipo penal, no obstante, ha expresado que la única forma de hacerlo es mediante el criterio del dominio del hecho, en tenor literal de los tipos resultativos<sup>209</sup>.

Sin embargo, la teoría objetivo formal que, para explicar la autoría mediata, tiene que acudir a un concepto de autor diferente, pues ésta no explica bien con alusión a la ejecución, y este se fundamenta en criterios que normalmente

---

<sup>207</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. 1996, p. 25.

<sup>208</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, 1969, p. 476; comentarios I, 1972, p. 811 (Cit. por Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 467.)

<sup>209</sup> GIMBERNAT, Op. Cit. pp. 225-249.

no convencen, perdiéndose así las ventajas que a primera vista presentaba la teoría objetivo formal<sup>210211</sup>.

En resumen, se considera que las acciones ejecutivas, típicas, no tienen que cometerse de un modo distinto al directo-corporal o de propia mano, para decir que necesariamente el autor mediato tiene que realizar la conducta directamente,

---

<sup>210</sup> GIMBERNAT, Op. Cit. p. 39.

<sup>211</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, pp. 475-476. Expresa la ideas de VIVES por establecer que el autor mediato también ejecuta la acción descrita en el tipo penal: “utiliza VIVES un argumento que, al menos aparentemente, no deja lugar a dudas sobre si el autor mediato ejecuta, realiza actos de ejecución: la compatibilidad entre autoría mediata y ejecución directa es forzosa si se parte del concepto legal de tentativa. Pues considerar que el autor mediato comete tentativa ya al actuar sobre el instrumento es ya consustancial a la autoría mediata; VIVES señala que la postura de considerar que hay tentativa de autoría mediata en cuanto se actúa sobre el instrumento no es unánime en Alemania, ello se debe a que la figura de la autoría mediata sigue conservando en cierta medida el carácter de fenómeno “tapaagujeros”, de evitación de lagunas de punibilidad (...). Lo importante en la afirmación de VIVES me parece ser que en ella late la siguiente idea: si se acepta que la autoría mediata puede ser solo intentada y no necesariamente consumada (y esto es algo generalmente aceptado) y la tentativa supone un comienzo de ejecución, es decir la realización de alguna acción ejecutiva, no puede haber duda que autor mediato ejecute. Ello me parece también verdad en el caso que se afirme que la tentativa del autor mediato comienza sólo cuando a su vez haya un principio de ejecución por parte del instrumento: efectivamente, según tal postura, la tentativa de autoría mediata comienza más tarde, pero comienza, lo que significa, dado que la tentativa es principio de ejecución, que el autor mediato ejecuta (aunque sea más tarde). Dicho de otro modo: si el autor mediato realiza (mediatamente) el tipo y la tentativa comienza con la disposición directa a tal comisión, es evidente que, más tarde o más temprano el autor mediato se dispondrá a realizar tal comisión, por lo que ejecutará”.

pero aun así lo principal, quedando de alguna u otra forma resuelto el problema de forma superficial, no demuestra si toda acción ejecutiva da lugar a una autoría.

### **3. La no explicación de la coautoría**

Seguidamente, se suman a las críticas hechas a la teoría objetiva-formal la no determinación de la coautoría, o que la explicación brindada por dicha teoría no es suficiente o que simplemente no se explica bien, como el famoso ejemplo del jefe de la banda que no acomete acciones ejecutivas. Por lo tanto, lo que se plantea básicamente en la crítica es que ni la realización, inmediata o mediata, de cualquier acción ejecutiva o típica bastan para determinar que un sujeto es autor o coautor.

### **4 Singular consideración de la tesis de Díaz y García-Conlledo**

Miguel Díaz y García-Conlledo, al igual que su maestro Diego Luzón Peña<sup>212</sup> defienden una variante del dominio del hecho, entendido como la “determinación objetiva y positiva al hecho”. Señalan que lo importante no es la determinación negativa (poder de interrumpir la comisión del delito), sino la determinación positiva, es decir, el poder de decidir el cuándo y cómo de la comisión del delito. Tal planteamiento basado en el

---

<sup>212</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en Estudios Penales, PPU, 1991.

aspecto objetivo le permite unificar los grados de intervención delictiva tanto en el delito doloso como imprudente<sup>213</sup>.

#### **A) ¿La ejecución es autoría?**

En un concepto restrictivo de autor lo relevante es la delimitación del tipo, producido por el principio de accesoriedad limitada, y esto da cabida a la ventaja de fundamentar que autor será solo aquel que ataque la norma directa de prohibición o mandato de conductas contenidas en cada tipo de delito, en ese sentido, sólo ese tipo de conductas merecen y necesitan de responsabilidad. Es así que las acciones ejecutivas típicas reunirán características que consideren la autoría, siempre y cuando vulneren de forma determinante la norma de prohibición. Pues bien, las acciones no típicas no reúnen esas características, no vulneran la prohibición de la norma, la ley no tiene un mayor interés en evitarlas.

Sin embargo, las acciones ejecutivas demuestran cierto grado de confrontación con la norma, acercándose a lo que la norma quiere evitar, con un gran aumento de riesgo de producción de una conducta que vulnere la prohibición establecida por la ley, por lo que conviene imponerles una amenaza penal como la del autor, pero, a diferencia, de la de éste, no autónoma. Siendo ello así se aprovecha la mayor combinación del concepto restrictivo de autor y las exigencias de prevención. Por lo tanto, la realización de

---

<sup>213</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoraciones de las aportaciones causales, Revista de Derecho de Circulación, 1984, p. 278.

cualquier acción ejecutiva no fundamenta autoría de ninguna clase<sup>214</sup>.

## **B) ¿La realización del tipo es autoría?**

En la doctrina mayoritaria se considera autor a todo aquel que realiza la conducta prohibida en el tipo penal, y esto por lo menos en calidad de autor directo, entendido como aquel quien de propia mano se encarga de configurar el resultado delictivo. Los puntos de solución varían de acuerdo al tipo penal, pues existen algunos tipos que exigen una única conducta prohibida, mientras otras exigen varias.

Para ello parte aclarando que imputación objetiva y autoría no implican lo mismo, salvo como criterios del tipo objetivo<sup>215</sup>, y ello porque la imputación objetiva en común denominador del autor y del partícipe. Con lo que llega a afirmar que, para ser autor no basta la realización de cualquier acción típica, sino de la acción a realizar. En otras palabras, cuando existan varias conductas exigidas por el tipo penal se tendrá que identificar el “centro de

---

<sup>214</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 486: explica que “la alusión a la punición de la tentativa puede servir para demostrar que la ley considera altamente merecedora y necesitada de pena las conductas de realización de acciones ejecutivas, aunque las mismas no pertenezcan al núcleo del tipo, pero no sirve para justificar que cualquier acto de ejecución fundamenta autoría (coautoría). (...) ellos es así porque el castigo de la tentativa cumple una función distinta, tiene otro fundamento (...)”.

<sup>215</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 495.

gravedad del injusto del hecho”<sup>216</sup>. En los delitos de resultado se hace indispensable precisar cuándo se produce la realización de la conducta prohibida<sup>217</sup>.

## **5. Examen de la tesis de Ruiz Antón**

### **A) Exposición**

La tesis de este autor, en principio, no parece coincidir con ninguna que defienda la teoría del dominio del hecho. En tal sentido, al partir este autor de la regulación positiva se acerca más a la teoría objetivo formal, y relaciona con el concepto restrictivo de autor<sup>218</sup>. Aunque luego se observa que adopta algunos criterios rectores de la teoría del dominio del hecho.

En tal sentido, autor será “aquél cuyo comportamiento se corresponde con la verificación del injusto típico. Ello implica que el bien jurídico protegido en el precepto afectado sea susceptible de ser atacado directamente por el propio sujeto. Esta idea debe tenerse muy en cuenta, pues puede suceder que se realicen formalmente los elementos de la descripción típica y sin embargo no se sea autor a efectos penales, como se verá inmediatamente. Por eso la teoría objetivo formal debe ser corregida con un criterio material y tal vez la idea de la realización directa del desvalor que fundamenta el injusto típico suministre una base firme. El pensamiento del

---

<sup>216</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 513.

<sup>217</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 514.

<sup>218</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, pp. 514-515.

dominio del hecho, entendido como principio rector, qué duda cabe que vendrá a confirmar lo que se acaba de exponer, ya que la persona que realiza directamente y por sí el injusto típico, tendrá generalmente el dominio de la realización típica. Pero no puede afirmarse lo contrario; que todo sujeto que domina el hecho realice directamente el desvalor del injusto, porque puede ser que el bien jurídico no se preste a ser atacado directamente por él, esto es, como autor, sino sólo como partícipe”<sup>219</sup>.

No tiene problema en reconocer la figura del autor mediato, cuando señala que “la conducta del autor mediato, en atención a consideraciones lógico sistemáticas, se corresponde con la verificación directa del desvalor que fundamenta el injusto típico. La determinación del comportamiento realizado por el instrumento y su valoración dogmática penal es decisiva para considerar si el hecho es o no constitutivo de una autoría mediata. De ahí que la condición de autor mediato en rigor esté más en función de la conducta del instrumento que de la conducta del hombre que actúa en la sombra, en contra de lo que afirma la teoría del dominio del hecho”<sup>220</sup>.

Para ocuparse de la figura de la coautoría recurre al principio de división de trabajo, bajo esos parámetros “los coautores son autores, y por tanto la conducta de todos ellos origina colectivamente el desvalor que fundamenta directamente el injusto típico; por el contrario, el cooperador necesario, en nuestro sistema positivo, sólo puede atacar

---

<sup>219</sup> RUÍZ ANTON, Luis Felipe. *El agente provocador en Derecho penal*, Edersa, Madrid 1982. p. 120.

<sup>220</sup> RUÍZ ANTON, Op. Cit. pp. 161-163.

mediatamente el bien jurídico afectado; es decir, en la medida en que existe un hecho principal realizado por otra persona”<sup>221</sup>.

## **B) Valoración**

Algunos autores<sup>222</sup> que se han dedicado a estudiar el planteamiento de Ruíz Antón comparten su punto de partida formal, a partir de un concepto restrictivo de autor. Y también el punto de vista material, mediante el cual autor será quien configura el injusto típico, que ataque directamente al bien jurídico. No obstante, como bien indica DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO este planteamiento material de afectación directa al bien jurídico se queda en un punto medio, pues aquella no debe ser interpretada de acuerdo a las características del sujeto (por ejemplo en los delitos especiales), sino también de la acción que aquel realiza<sup>223</sup>. De ahí que el planteamiento de este concepto de autor no convence en todos sus derivaciones, sea mediante la autoría mediata y coautoría.

## **6. Conclusiones y aproximación provisional al concepto de autor**

En las conclusiones, y siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO partimos del concepto restrictivo de autor<sup>224</sup>. En base a ello podemos encontrar algunas ventajas de la teoría

---

<sup>221</sup> RUÍZ ANTON, Op. Cit. p. 172.

<sup>222</sup> Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 518.

<sup>223</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 519.

<sup>224</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. 592.

objetivo formal, como por ejemplo, el vínculo normativo que logra al identificar la autoría con el tipo penal. Sin embargo, su aplicación llega al extremo porque no pueden configurar de la mejor manera el criterio de la autoría mediata, por ejemplo.

Las formas de intervenir en el delito hacen que la doctrina haya debatido tanto respecto a las formas y calidad de intervención de cada persona. Así aparece la teoría restrictiva de autor, la cual en algunos casos se desprende hacia la teoría objetivo-formal y en la teoría objetivo-material. De otro lado, está aquella teoría, amparada en la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el sentido que tanto autor como partícipe no pueden diferenciarse en el campo objetivo. Planteamiento que hizo que se acerque a un criterio subjetivo (*animus auctoris* y *animus socii*). A esta teoría se la denomina como concepto extensivo de autor. Y también están los planteamientos funcionalistas como el de Jakobs, para quien los grados de intervención en el delito están sujetos al ámbito de competencia que tiene cada persona, amparada en su rol social. Si aquel rol es común por todas las personas estaremos ante un delito por un defecto de organización, y si aquel rol es especial (por ejemplo, delitos cometidos contra la administración pública) estaremos ante un delito por defecto de un deber institucional.

Hasta este punto, y luego de analizar algunas posiciones en la doctrina, podemos identificar el criterio de la autoría con el tipo penal, y por ende como criterio de la imputación

objetiva<sup>225</sup>. Esto permitirá establecer responsabilidad en grado de autoría y participación basándose en todos los criterios de imputación objetiva, como por ejemplo el riesgo prohibido, el ámbito de competencia, etc.

### **III. Teoría objetivo-material del concepto restrictivo de autor**

La teoría objetivo-material a diferencia de la teoría objetivo-formal muestra cambios relevantes, por ejemplo, la primera conduce al criterio del dominio del hecho, sin embargos ambas pueden compartir la definición de un concepto restrictivo de autor.

#### **A. Caracterización general**

En este sentido, esta teoría, como su mismo nombre lo indica (objetivo) vincula el criterio que va distinguir entre autores y partícipes elementos objetivos, y no a elementos subjetivos como *animus autoris* o *animus socii*. No obstante, en muchos casos el punto de partida no es correcto, así algunos adoptan la teoría causal<sup>226</sup>.

Como característica general y didáctica vale destacar nuevamente que el campo de desarrollo se encuentra orientado hacia un criterio objetivo, pero, el punto neurálgico viene ahora por

---

<sup>225</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 717 y ss.

<sup>226</sup> Más detalles, Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 536.

determinar cuál es ese criterio objetivo que servirá como órgano diferenciador entre quien es autor y quien es partícipe.

## **B. Diversas teorías objetivo–materiales**

### **1. La teoría de la necesidad**

Esta teoría se basa en la condición necesaria realizada por el autor para la comisión del delito. Autor será aquel que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar<sup>227</sup>.

Ante tal planteamiento se han presentado críticas razonables, principalmente por la base causal que la fundamenta, porque en el ámbito de la causalidad no cabe hacer distinciones entre autores y partícipes<sup>228</sup>.

### **2. La teoría de la simultaneidad**

Para esta teoría son autores todos los que participan en la ejecución del delito. Se buscaba con ello que la comisión del delito se encontrara lo más cercano posible al resultado<sup>229</sup>. Lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el

---

<sup>227</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 58.

<sup>228</sup> Crítico, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, pp. 60-61; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 538.

<sup>229</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, pp. 538-539.

hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad<sup>230</sup>.

### **3. Teorías que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad**

Estas teorías se centran en la dirección que cumple la causalidad, y mediante ello buscan distinguir entre quien es autor y quien es partícipe. Autor será aquel en quien recae una dirección directa de causalidad, y cómplice, por ejemplo, una dirección indirecta, porque la imputación llega a través del autor<sup>231</sup>. Esta teoría, denominada por Roxin como causalidad física y causalidad psíquica, distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente (autoría) o sólo a través de la acción independiente de otro (participación)<sup>232</sup>.

### **4. La teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe o de la coordinación o igualdad de los coautores**

Esta teoría viene a determinar que la identificación del autor siempre está relacionado a un grado de superioridad o supremacía

---

<sup>230</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. pp. 61-62.

<sup>231</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, p. 539 y ss.

<sup>232</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 65.

en palabras de ROXIN<sup>233</sup>, mientras que el partícipe se ampara en el término de subordinación al autor del delito.

A pesar de sus desaciertos sistemáticos y metodológicos esta teoría mostró los primeros pasos hacia la teoría del dominio del hecho, teoría actualmente dominante en la doctrina y jurisprudencia.

#### **IV. Teorías mixtas**

Estas teorías son aquellas que no respetan o no adoptan el estado puro de las demás teorías, sino que los combinan, para en muchos casos darles una orientación ecléctica. Así, como bien señala ROXIN esta posibilidad es amplia, “cabe enlazar la teoría objetivo-formal con la teoría del dolo, o con criterios objetivo-materiales, mezclar entre sí los distintos criterios objetivo-materiales o conectarlos con la teoría subjetiva, alcanzando así construcciones nuevas, artificiosamente complicadas”<sup>234</sup>.

##### **A. La concepción de *Schmidhäuser***

El planteamiento de este autor puede denominarse como la teoría de la totalidad o globalidad<sup>235</sup>. En tal sentido, no se puede acudir a un criterio único adoptándolo como regla general para identificar cuándo estamos ante un autor o un partícipe. Para este autor ello se hace acudiendo al caso concreto, y a partir de allí establecer

---

<sup>233</sup> ROXIN, Claus, Op Cit. p. 69.

<sup>234</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 77.

<sup>235</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, T. II, Civitas, Madrid, 2014, p. 78.

reci3n el criterio m3s acorde para identificar al autor y, por ende, tambi3n al partcipe<sup>236</sup>.

Aunque se debe destacar que m3s que criterios este autor establece circunstancias que deben concurrir en el caso concreto, as3 por ejemplo: presencia en el lugar de los hechos, proximidad temporal entre la aportaci3n del sujeto y el resultado, importancia de la contribuci3n para la producci3n del resultado, configuraci3n del curso del hecho seg3n lugar y tiempo, magnitud del dominio del acontecimiento, intensidad de la preparaci3n del hecho, grado de individualidad de la contribuci3n al hecho, necesidad de la colaboraci3n y sustituibilidad del interviniente, entre otros<sup>237</sup>.

No obstante, esta teor3a no ha sido de recibo por la doctrina ni por la jurisprudencia<sup>238</sup>, quiz3 por su poca relevancia pr3ctica y por la mezcla excesiva de varias teor3as.

## **B. La concepci3n de Stein**

Este autor encuadra una concepci3n dentro de la sistem3tica funcional del delito, y en base a ellas las relaciona con las normas de conducta. As3, respecto a las formas de autor3a se3ala que “las normas de conducta referidas al autor inmediato proh3ben modos de comportamiento, cuya peligrosidad no se produce a trav3s del comportamiento futuro de otras personas. Las normas de conducta referentes al autor mediato comprenden aquellos modos de comportamiento, cuya peligrosidad se produce a trav3s del comportamiento futuro de un tercero, siendo 3ste (scil. 3ltimo) comportamiento conforme a deber o incluso contrario a deber, cuando sin embargo el deber de comportamiento impuesto al

---

<sup>236</sup> Cfr. D3AZ Y GARC3A CONLLEDO, 1991, p. 699.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> Cfr. ROXIN, Claus, 2014. Op. Cit. p. 78.

sujeto de delante no es ‘completo’, y/o existe una falta de capacidad de cumplimiento del deber en el sujeto de delante. Las normas de comportamiento referentes a la coautoría prohíben modos de comportamiento, cuya peligrosidad se produce a través del comportamiento futuro de otro contrario a deber, siendo afectado sin embargo en determinado modo el efecto controlador de la conducta de dicho deber”<sup>239</sup>. “Distingue entre autoría mediata en razón de la falta de dolo, en razón de la falta de comprensión del (o lo) insto y en razón de la falta de capacidad de control”. Esta distinción al parecer de Roxin lo hace retornar a la figura del dominio del hecho<sup>240</sup>.

El gran aporte de Stein es que trae a colación una fundamentación normativa de los grados de participación en el delito<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> La cita de Stein puede verse en, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en el Derecho penal*, 1991, pp. 702-703.

<sup>240</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, T. II, Civitas, Madrid, 2014, p. 140.

<sup>241</sup> Crítico, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op. Cit. p. 703 y ss.

## **CAPÍTULO IV**

### **DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

#### **I. Teoría objetiva de la autoría y participación**

En la actualidad puede considerarse como tendencia mayoritaria en la doctrina la adopción de un criterio objetivo al momento de distinguir entre autor y partícipe<sup>242</sup>, con lo que se deja de lado cualquier distinción subjetiva.

En ese sentido, es imprescindible abordar la teoría que actualmente es doctrina dominante en la mayor parte del mundo en lo que respecta a la intervención delictiva o autoría y participación es decir nos referimos a la teoría del dominio del hecho.

#### **II. Teoría del dominio del hecho**

La teoría del dominio del hecho constituye la posición dominante en la doctrina actualmente, y ha sido defendida por autores como MAURACH (1995), GALLAS (1968), ROXÍN (1963), WEBER (1935),

---

<sup>242</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 129 y ss.; Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 373.

JESCHECK (1981), GIMBERNAT (1966) por solo citar alguno. Así varios teóricos han intentado aproximarse a una definición concreta en torno a la teoría del dominio del hecho, sin embargo, se han destacado algunos autores por sus enunciados, que pretenden obtener, en lo posible, la uniformidad de un criterio único, que sirva de fundamentación a la aplicación de la teoría en su estado más reciente<sup>243</sup>.

No podemos concretizar el precedente preciso de la concepción actual del “dominio del hecho”, aunque resulta de mucho entender que las concepciones originarias partieron de Hegler y Welzel, así señala BOLEA BARDÓN al afirmar que: “ fue Hegler quien utilizó por primera vez el término “dominio del hecho”, pero no para el terreno de la autoría, sino en el de la culpabilidad; siendo Welzel en 1939 el primero en defenderla para distinguir entre autores y partícipes; y Roxin ha sido quien esencialmente la ha impulsado<sup>244</sup>”.

Aun cuando no sea relevante concretar el precedente exacto del concepto actual de “dominio del hecho”, sí que resulta orientativo partir de que su formulación originaria se debe, sin duda, a WELZEL al plasmarla en su trabajo intitulado “*Studien zum System des Strafrechts*” (Estudios sobre el sistema del Derecho penal) de este origen remoto pone de manifiesto, en primer lugar, la inicial vinculación de la teoría del dominio del hecho con el concepto de autor derivado de la teoría de la acción finalista, lo cual, ciertamente, no ha impedido que sea sustentada desde otras

---

<sup>243</sup> SCHELLER D´ANGELO, André. *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana*, en Revista de Derecho N° 35, Barranquilla 2011, p. 246

<sup>244</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 61-62

posturas dogmáticas. No es de extrañar, por tanto, que en Alemania la teoría del dominio del hecho hundiera sus raíces en la teoría subjetiva hasta entonces acogida en la jurisprudencia, si bien, también se ha podido decir que, por otra parte, surge como reacción a esta teoría y por contradicción al concepto causalista de autor<sup>245</sup>. Por último, incluso se apunta, como motivo de su aparición, la necesidad de salir del paso ante el estancamiento provocado por las –hasta entonces–, dominantes teorías objetivo-formales, en temas como la autoría mediata, por su fijación en el impreciso criterio de la ejecución<sup>246</sup>.

La teoría del dominio del hecho se encuentra inmerso en la concepción del concepto restrictivo de autor<sup>247</sup>. A diferencia de las teorías unitarias de autor, que consideran toda forma de intervención como autoría, esta concepción parte de distinguir los diferentes grados de participación en el delito, sea en calidad de autor o partícipe.

La teoría del dominio del hecho encuentra su asiento en un concepto restrictivo de autor. Por tanto, esta concepción parte de una idea limitada de autor, y por ende, orientada hacia una teoría objetiva de la participación<sup>248</sup>. Aunque es de destacar que el concepto restrictivo de autor también es adoptado por la teoría

---

<sup>245</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015, p. 52

<sup>246</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 30

<sup>247</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 109; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesario) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 134; GÓMEZ BENÍTEZ, José, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, 1984, p. 126; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Grijley, 3ª ed., 2005, p. 856.

<sup>248</sup> JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Olmedo Cardenete, Editorial Comares, 2002, p. 697.

objetivo-formal, sin embargo, ya vimos los problemas de esta última teoría, por lo que aquí no cabe repetirla.

La teoría del dominio del hecho, entendido como criterio objetivo, permite distinguir entre autores y partícipes. Siendo doctrina dominante<sup>249</sup>. Por lo que será autor quien tenga el dominio central del acontecer típico. Ámbito concreto de autoría como figura central que será compartido por las demás formas de autoría (autoría inmediata, autoría mediata y coautoría).

La teoría del dominio del hecho, constituye una forma bastante adecuada de establecer la participación en el delito, y resulta ser el principal instrumento en el desarrollo de figuras como la del cómplice o las diversas formas de participación<sup>250</sup>

Para Welzel, dentro de su concepción finalista de dominio del hecho, «señor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón a una decisión de su voluntad»<sup>251</sup>. El dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad. El dominio del hecho corresponde aquí en común a todos: no a un individuo, ni tampoco a varios individuos en concreto, sino que todos juntos son titulares de la decisión,

---

<sup>249</sup> WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Conrado Finzi, Ediciones Depalma, 1980, p. 156; JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, pp. 701-702; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2007, p. 432.

<sup>250</sup> RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús. *Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en el código penal guatemalteco*, Guatemala 2007.

<sup>251</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez, y Yáñez, 1976, p. 145; Una de las principales consecuencias del dominio del hecho desde la concepción final, en materia de autoría, es su no aplicación para delitos imprudentes (TAVARES, Juarez, *Teoría del delito*, trad. de Nelson Pessoa, Hammurabi, 1983, p. 86).

constituyendo la actividad de cada uno, junto con las de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario. La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho. En los delitos dolosos es autor sólo aquel que, en virtud de la dirección con finalidad consciente del acontecimiento causal que va a desembocar en el resultado típico, es señor de la producción<sup>252</sup>. Esta interpretación fue perfeccionada por Roxin, para quien autor es «la figura central del suceso concreto de la acción»<sup>253</sup>.

Sin embargo, para WELZEL el “dominio final del hecho” no es necesariamente el único criterio de la autoría, sino que entiende que, en ocasiones, la autoría también depende de otros requisitos –objetivos y subjetivos-. De ahí que, en los tipos de la Parte Especial donde se prevean dichos requisitos, sólo si se verifican unos y otros, el autor tiene el dominio del hecho en sentido más amplio. Es decir, no sólo un dominio del hecho final, sino también “social”. Así pues, WELZEL evoluciona del requisito del dominio del hecho final al del dominio social del hecho, esto es, al dominio del hecho en su desvalor ético-social completo, para lo que no sólo sería preciso el dominio final sobre el suceso sino que, en su caso, el autor cumpliera con todos los elementos personales, es decir, objetivos y subjetivos. Estos rasgos elementales de la propuesta de WELZEL, son los que, se mantienen a lo largo de su obra<sup>254</sup>

Por otra parte, en los delitos imprudentes, WELZEL niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, puesto que cualquier causación evitable del resultado –cualquier acción

---

<sup>252</sup> RODRÍGUEZ MEZA, Op. Cit. p. 7

<sup>253</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 569.

<sup>254</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015, Op. Cit. p. 55

descuidada que contribuya causalmente al resultado-, configura la autoría. En consecuencia respecto de estos delitos se hizo preciso adoptar otro concepto de autor<sup>255</sup>

El gran adelanto metodológico que logra ROXIN para la teoría del dominio del hecho, más allá de la mezcla de criterios ontológicos y teleológicos, es que aquel no funciona como criterio de determinación en el caso concreto, sino como un concepto general de autor<sup>256</sup>, en tal sentido el dominio del hecho abarca a la autoría directa o inmediata, a la autoría mediata y, por ende, también a la coautoría. Así, para que un autor sea considerado como señor del hecho tiene que actuar como figura central en la configuración del evento delictivo.

En este sentido, ROXIN señala que debe tomarse en cuenta como punto de partida la teoría formal - objetiva, por considerar que también para la teoría del dominio del hecho es autor el sujeto de la descripción del delito de la parte especial, pero insistir en que la realización del tipo no ha de ser necesariamente de propia mano, sino que puede también darse por medio de la utilización de un “instrumento” humano que actúa sin dolo o forzado (autoría mediata) o también del trabajo conjunto de varias personas (coautoría)<sup>257</sup>.

El criterio de la “figura central” debe caracterizar, por un lado, el baremo prejurídico de diferenciación y, por otro, el punto de vista

---

<sup>255</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015, *Ibidem*.

<sup>256</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2000, p. 130.

<sup>257</sup> LÓPEZ, Hernán. *La Autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas*. En: *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2011, p. 108

legal valorativo decisivo para delimitar al autor<sup>258</sup>. En este sentido, constituye un criterio formal de modo que, puede decirse, que, en su punto de partida, la concepción de ROXIN se aproxima a las teorías objetivo-formales. Lo cierto es que esta apreciación no va desencaminada, habida cuenta que el citado autor parte de que el legislador describe al autor por medio del concepto de “ejecutar”. Sin embargo, al propio tiempo, el citado autor entiende que el concepto de “figura central” es un recurso a una idea plástica inserta en la conciencia común, cual es, que todas las formas de autoría (autor, coautor y autor mediato) son las figuras principales del suceso. Dicha figura refleja una diferenciación prejurídica y quedarían al margen de ella el inductor y el cómplice. No obstante, en la delimitación del concepto de figura central que inicialmente realiza ROXIN no indica cuáles son los criterios materiales con los que ha de colmarse, pues a ellos hace referencia, posteriormente, a través de las características del dominio del hecho, de la infracción de deber esencial o de la actuación de propia mano, en atención al delito de que se trate<sup>259</sup>.

Sin embargo, la “figura central” no es el único criterio rector adoptado por ROXIN para explicar, conforme a la idea de dominio del hecho, la autoría y las formas fundamentales en que ésta se manifiesta. En efecto, –como se ha indicado–, dicho autor parte de la configuración del dominio del hecho como un concepto abierto. En propiedad, se trataría de una descripción que se contrapondría a la posibilidad de considerar al dominio del hecho como una definición exacta, fija o un concepto indeterminado. Entendido el dominio del hecho como una descripción, frente a cualquier concepto ofrece –a juicio del citado autor– la ventaja de poder

---

<sup>258</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Op. Cit. p. 585.

<sup>259</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 62.

adaptarse a los casos concretos cambiantes y, por tanto, a los nuevos casos que se puedan presentar en el futuro. Y ello porque la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, no está definitivamente concluida sino que constituye un común centro de sentido que habrá de detallarse. De esta forma, ROXIN se ratifica en su oposición a un concepto fijo o fijado de autor que configurara al dominio del hecho como una definición conceptual exacta en sentido técnico. Se trataría, por el contrario –y abundando en lo dicho–, de una descripción que presenta la ventaja de poder ajustarse a los datos materiales de la constelación de casos concretos que pueden plantearse en la realidad. Bajo este entendimiento cobra sentido hablar de dominio del hecho como un concepto “abierto”. Configurado así el dominio del hecho, ROXIN justifica que haya sido imposible, a los diversos defensores de esta teoría, definir dicho concepto de forma acabada, de modo que el fracaso en este sentido no significaría –según el citado autor que el concepto de autor defendido fuera inútil<sup>260</sup>

El dominio del hecho en la autoría directa se manifiesta en aquel que realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal<sup>261</sup>. La teoría del dominio del hecho no es puramente objetiva, sino también subjetiva, por tanto, objetiva-subjetiva. Aquello lo ha destacado claramente Roxin cuando sostiene que “naturalmente este caso sencillo enseña que aquí no se trata de un concepto de dominio del hecho puramente objetivo, pues al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos

---

<sup>260</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 63

<sup>261</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 151.

estamos imaginando un comportamiento dirigido finalmente”<sup>262</sup>. Entonces, el concepto de dominio final de WELZEL se encuentra muy presente en el dominio de la acción que fundamenta el dominio del hecho en la autoría directa.

En el campo de la autoría mediata (como veremos más adelante) el dominio del hecho se hace presente como dominio de la voluntad<sup>263</sup>. Es el hombre de atrás, quién mediante el dominio de la voluntad del hombre ejecutor del delito, que actúa bajo la influencia del error o coacción, realiza la conducta delictiva.

En la coautoría el criterio orientador se muestra a través del dominio funcional del hecho<sup>264</sup>, es decir, el dominio compartido en varias figuras centrales en el hecho delictivo. Todos los sujetos comparten el dominio del hecho, es por eso que es funcional.

Como queda claro de los párrafos anteriores, el dominio del hecho sólo lo posee quien es autor, en todas sus variantes (autor directo, autor mediato y coautor). Por tanto, el partícipe carece de tal criterio, pues para aquellos rige el principio de accesoriedad, mediante el cual para que un partícipe (instigador, cómplice primario o secundario) responda penalmente tiene que estar sujeto o vinculado a un autor.

### **III. Teoría funcionalista de la autoría**

En la actualidad se está elaborando un «concepto funcional» de autoría, que enlaza el concepto de autor con la esfera de

---

<sup>262</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 154.

<sup>263</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 165.

<sup>264</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 308 y ss.

responsabilidad del sujeto, de forma que aquella se determinará en razón a la pertenencia del hecho al ámbito de la responsabilidad del sujeto conforme a un análisis de la función que le corresponde. Esta nueva concepción pretende, entre otros extremos, solucionar desde otra perspectiva, los problemas planteados por la autoría y dentro de ésta, también la problemática que suscitan las actuaciones en el ámbito empresarial<sup>265</sup>.

El máximo representante de la teoría funcionalista de autor es el profesor JAKOBS<sup>266</sup>, quien parte de la idea de libertad de organizarse que tiene cada persona en el mundo normativo. La presencia del derecho penal se hace necesario cuando existe una mala administración de esta libertad de organizarse, puesto que la libertad otorga no sólo derechos sino también deberes. La mala organización vulnera el riesgo permitido y esto hace que sea imputado penalmente. La diferenciación entre autor y partícipe en sentido funcionalista no está ligado a conceptos ontológicos, sino a consideraciones normativas, es decir, que su base no se encuentra en consideraciones del mundo real sino en valoraciones jurídicas. Según JAKOBS, la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta en el quebrantamiento de un papel o representación que cumple cada persona, en el cual pueden distinguirse dos categorías: de un lado, roles especiales que obligan a determinadas personas al cumplimiento de cierto deberes, así el padre, la madre, el servidor público, o el cónyuge, que vulneran sus roles cometen delitos de “infracción de deber”, con lo cual solamente los titulares de estos roles son responsables de los

---

<sup>265</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. pp. 32-33

<sup>266</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 742 y ss.

quebrantamientos realizados a título de autor, de tal forma que aquellas personas no abarcadas o comprendidas dentro de dicho rol pueden aparecer como partícipes pero no como autores<sup>267</sup>. De otro lado, la responsabilidad puede ser abarcada por obligaciones de carácter general o común de las personas en sociedad.

A los que JAKOBS denomina actos organizativos del titular de un ámbito de organización; esta organización se denomina “dominio”, por tanto a estos actos se les conoce como delitos de dominio. Se identifican con los deberes comunes a todos dentro de la sociedad los de respetar los bienes ajenos, de no abusar de los derechos propios. De esta manera, serán autores todos los que concurran a ejecutar la acción punible en tanto que, por acción u omisión, quebranten el papel común a toda persona<sup>268</sup>.

Así, según la teoría funcional del concepto de autor, cuando una sola persona organiza y ejecuta el hecho siempre será autora; si varias personas toman parte del hecho de manera coordinada en sus ámbitos de organización, de tal manera que planean en conjunto un delito, aportando actos de la misma importancia, se trata de coautores; si los aportes son de menor importancia, se trata de partícipes, y finalmente, si existe sometimiento al ámbito de organización de otro, se considerará que éste es autor mediato<sup>269</sup>.

Sin embargo, también existen delitos donde no basta con una mala organización para su configuración, sino que aquella debe

---

<sup>267</sup> SCHELLER D´ANGELO, Op. Cit. p. 252

<sup>268</sup> SCHELLER D´ANGELO, Op. Cit. p. 253

<sup>269</sup> *Ibidem*.

estar orientada a vulnerar un deber institucional<sup>270</sup>, así por ejemplo el deber paterno-filial, de funcionario público, etc.

Entonces según el punto de partida de JAKOBS para la delimitación entre autores y partícipes es la determinación de las competencias de las diferentes personas que intervienen conjuntamente en un hecho delictivo. La determinación de esas competencias debe realizarse de acuerdo con dos modelos: por una parte, el modelo de los delitos de infracción de deber; y, por otra, el modelo de los delitos de dominio<sup>271</sup>.

Entonces autor siempre será aquel que quebranta un rol, ya sea este general (deber de organización) o especial (deber institucional). Como indica JAKOBS la regla de convivencia social es siempre la “de comportarse como una persona dentro del Derecho, es decir, de respetar los derechos de otros como contrapartida al ejercicio de derechos propios”<sup>272</sup>.

Los grados de intervención en un delito por organización defectuosa puede ser variada, así por ejemplo puede ser compartida (coautoría), o fenomenológicamente también autoría mediata. Es por esto que los delitos de organización según el planteamiento de JAKOBS vendrían a ser los delitos de dominio en el planteamiento de ROXIN. Por su parte, en los delitos por la infracción de un deber institucional no existe posibilidad de

---

<sup>270</sup> Cfr. JAKOBS. Derecho penal. Parte general, 1997, p. 791.

<sup>271</sup> JAKOBS citado por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. pp. 32-33

<sup>272</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 62.

compartir el injusto, ni en grado de coautoría. Todo aquel que vulnera un deber institucional será siempre autor.

Podríamos decir que JAKOBS resalta el carácter objetivo de la imputación en los distintos grados de la intervención delictiva, incluso más allá del criterio del dominio del hecho, la cual en último término viene a ser objetivo-subjetivo. Ese grado objetivo de análisis se sustenta en que los grados de intervención delictiva para este autor son vistos como problemas de imputación objetiva<sup>273</sup>.

Así sustenta JAKOBS la intervención delictiva desde el punto de partida funcionalista, entonces, conforme a ello<sup>274</sup>:

1. En la medida en que la competencia del autor está fundada sólo a través de la lesión de deberes protegidos institucionalmente y que afectan exclusivamente a los titulares de un determinado *status* -que no pueden ser meros partícipes- se trata de delitos de infracción de deber.

2. En la mayor parte de los delitos, sin embargo, la competencia no se vincula a deberes especiales, sino a actos de organización del titular de una esfera de organización y, en ellos, es característica de la autoría, la organización decisiva o determinante: por ese motivo, se denominan delitos de dominio.

---

<sup>273</sup> Cfr., de similar opinión, ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 120; de modo aún más radical, véase, LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 49 y ss.

<sup>274</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 33

Lo fundamental es la idea de competencia que hace ceder a la idea de dominio; el hecho del dominio no es *per se* relevante, sino en la medida en que está basado en la plena competencia. Autor es el que tiene competencia decisiva. Desde ese punto de vista, el dominio no es por sí sólo relevante, para ser autor. No obstante, tener el dominio es la manifestación de que se tiene la competencia. El desglose en esferas de dominio sustancialmente distintas no reúne de forma nominal elementos heterogéneos, es decir, la coautoría o la autoría mediata no son formas heterogéneas que se engloban en el concepto de autoría, sino que son todos elementos homogéneos en cuanto que todos son actos de organización que fundamentan la plena competencia<sup>275</sup>. En realidad, la autoría mediata y la coautoría no son formas de dominio que se asimilan a la forma de dominio de la «autoría de propia mano», que constituiría una forma de autoría *standard*. Por el contrario, en todos los casos -también en la autoría mediata y en la coautoría- se da la característica determinante de la autoría, que es la competencia decisiva y de la que se deriva el dominio.

#### **IV. Criterios legislativos de distinción**

##### **A. Sistema del Código penal español**

Lo que parece quedar claro es que en el derecho penal español no se admite el concepto unitario de autor. Siendo unánime el código penal español parte de un sistema diferenciador de autoría y participación, amparadas en el concepto restrictivo de autor y en el principio de accesoriedad<sup>276</sup>. Sin embargo, es en cuanto a la distinción

---

<sup>275</sup> JAKOBS citado por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 34

<sup>276</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Fundamentos de Derecho penal*. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 399.

entre quien es autor o partícipe hay existe disputa entre la teoría objetivo-formal<sup>277</sup> y la teoría del dominio del hecho<sup>278</sup>.

El artículo 27 del código penal español distingue entre autores y cómplices, aunque como bien señala ZUGALDÍA ESPINAR, debió señalar la diferencia entre autores y partícipes.

Por su parte, del artículo 28 se desprenden las 3 formas de autoría, cuando señala: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Se está refiriendo claramente a la autoría directa, coautoría y autoría mediata. Este mismo artículo 28, en su segundo párrafo, establece otro ámbito de autores: “a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. No obstante, a pesar que tienen la terminología jurídica de autores no lo son<sup>279</sup>, puesto que implican simplemente grados de

---

<sup>277</sup> GIMBERNAT, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 73 y ss.; con algunos cambios, GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 344 y ss.

<sup>278</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 401.

<sup>279</sup> De igual forma se pronuncia MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, 2005, p. 367. Este autor parte de una variante de dominio del hecho, de ese modo sostiene que “son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización” (pp. 374-

participación en sentido estricto, es decir, inductor y cooperador. Pero el ámbito de intervención delictiva no termina ahí, debido a que también se regula en el artículo 29 a los cómplices, quienes no hallándose comprendidos en el artículo 28, segundo párrafo, cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, obviamente como partícipes.

En resumen, el código penal español en su artículo 28, primer párrafo, regula la autoría directa, autoría mediata y coautoría. Además reconoce 3 formas de participación (claro está sujetas al principio de accesoriedad), así la inducción se desprende del artículo 28, segundo párrafo, numeral a); la complicidad necesaria o primaria del artículo 28, segundo párrafo, numeral b); y la complicidad secundaria o simple del artículo 29.

## **B. Posición del Código penal peruano**

### **1. Código penal de 1991**

PEÑA CABRERA<sup>280</sup>, comentando el Código Penal de 1924, artículo 100 hacía mención a varios intervinientes en el delito: autor directo, autor mediato, coautor, instigador, cómplice. Bajo esta interpretación, refiriéndose ahora al actual Código penal de 1991, resalta la presencia de

---

374); En sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS, José. *Derecho penal español. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 333-334.

<sup>280</sup> Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano. Parte general*, Lima, 1977, pp. 274-282.

distintas formas de autoría y participación (artículos 23, 24 y 25)<sup>281</sup>.

En tal sentido, del código penal peruano adopta el sistema diferenciador entre autoría y participación<sup>282</sup>, de manera similar a la regulación en el derecho penal español. El artículo 23 regula, en sentido similar al sistema penal español, las clases de autoría: autoría inmediata, coautoría y autoría mediata. El artículo 24 regula a la figura de la instigación, y el artículo 25 la figura de la complicidad primaria y secundaria.

La doctrina mayoritaria adopta la figura del dominio del hecho como característica general que permite establecer la distinción entre autor (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y partícipes (instigación, complicidad primaria y secundaria). De esa forma se señala que “autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado”<sup>283</sup>.

Este parecer es reconocido por el Tribunal Constitucional:

---

<sup>281</sup> Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3° ed., corregida y aumentada, Grijley, Lima, 1997, p. 336 y ss.; También HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3° ed., Grijley, Lima, 2005, p. 849 y ss.

<sup>282</sup> VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2014, p. 376.

<sup>283</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 469.

***“El artículo 23 de Código Sustantivo establece que “[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción”. A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros”<sup>284</sup>.***

***“(...) es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución”<sup>285</sup>.***

***“La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos.***

---

<sup>284</sup> STC, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005.

<sup>285</sup> STC, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005.

***Así, define como autor de delito doloso a "[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo". Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive*"<sup>286</sup>.**

Respecto a la participación, de la mano de la doctrina mayoritaria, se reconoce el principio de accesoriedad, por el cual para que un instigador (art. 24) o cómplice primario o secundario (art. 25) responda penalmente debe estar sujeto a un autor, sea autor directo, autor mediato y coautor.

Un rasgo característico de la adopción de los delitos de infracción de deber es el artículo 25, último párrafo, donde se destaca la adopción de la teoría de la unidad de imputación.

## **C. Panorama legislativo en Europa**

### **1. Alemania**

En el derecho penal alemán también se observa la adopción del sistema diferenciador. Se distingue así entre quienes son autores y quienes son partícipes.

El § 25 prevé las clases de autoría: en su numeral 1 se regula la figura de autoría directa o inmediata cuando señala que "Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo", y en el mismo numeral luego regula la figura

---

<sup>286</sup> STC, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005.

de autoría mediata, con el término “a través de otro”. El numeral 2 regula la figura de la coautoría, con la referencia a “si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor”.

En su artículo § 26 se hace referencia a la instigación, a quien se le impondrá la misma pena que al autor.

“Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico”.

La complicidad se encuentra prevista en el artículo 27. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, el sistema penal alemán sólo regula la complicidad secundaria o simple, tal vez sea por ello el poco interés en la diferencia de coautor con el cómplice, puesto que el problema deriva de la figura de la complicidad primaria, criterio que no lo regulan.

“Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico”.

## **D. Panorama legislativo en Latinoamérica**

### **1. Argentina**

El código penal argentino hace referencia a las tres clases de autoría y las distingue de los actos de participación en sentido estricto. Así se tiene el artículo 45, cuando se refiere

a los que tomasen parte en la ejecución del hecho y a los que hubiesen determinado a otros a cometerlo. Rige, por tanto, la figura del dominio del hecho<sup>287</sup>. También se destaca las formas de participación, como instigación y complicidad.

### **3. Brasil**

El código penal brasileño regula el tema de la intervención delictiva en su artículo 29: “Quien, de cualquier modo, concurre en el delito incide a las penas aquí conminadas, en la medida de su culpabilidad”.

En el párrafo 1 se destaca que si la participación es de menor importancia la pena será menor, y aumentada en los casos graves.

Parece observarse que el código penal brasileño no refleja un desarrollo claro de un sistema diferenciador entre autores y partícipes. Creemos incluso que puede ser interpretado desde el punto de vista del sistema unitario de autor, pues reconduce la mayor o menor pena al grado de intervención en el delito.

---

<sup>287</sup> Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 777 y ss.

#### **4. Colombia**

El código penal colombiano también adopta el sistema diferenciador entre autoría y participación, como se observa en el artículo 28<sup>288</sup>.

El artículo 29 distingue 3 clases de autoría<sup>289</sup>, es decir, autor inmediato (“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo”), autor mediato (“utilizando a otro como instrumento”) y coautor (“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”).

El artículo 30 prevé las clases de partícipes, para la cual habla de determinador y cómplice, similar al código penal argentino.

“Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

---

<sup>288</sup> “Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”.

<sup>289</sup> Para más detalles, vid. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Autoría*, Bogotá, 2007, p. 213 y ss.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

## **5. Ecuador**

De igual modo el código penal ecuatoriano prevé un sistema diferenciador entre autoría y participación. El artículo 42 hace referencia a la autoría directa (numeral 1.a), autoría mediata (numeral 2), coautoría (numeral 3). Y en el artículo 43 a los cómplices.

## **6. Paraguay**

También el código penal paraguayo adopta un sistema diferenciador entre autoría y participación. En el artículo 29 regula las clases de autoría: autoría inmediata (“el que realizara el hecho obrando por sí”), autoría mediata (“valiéndose para ello de otro”) y coautoría (“También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”).

La instigación está regulada en el artículo 30 (“el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”). Mientras que el artículo 31 regula la

figura de la complicidad (“el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso”).

## **9. Costa Rica**

Como se desprende del artículo 45 del código penal de Costa Rica, existen 3 clases de autores: autor directo (“quien lo realizare por sí”), autor mediato (“sirviéndose de otro u otros”) y coautor (“los que lo realizaren conjuntamente con el autor”).

En el grupo de los partícipes se identifica al instigador en el artículo 46 (“Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible”).

Por su parte, en el artículo 47 se regula a los cómplices (“Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible.”)

## **CAPÍTULO V**

### **CO-AUTORÍA**

#### **I. Delimitación conceptual**

Son diversas las formas en las que el comportamiento humano se puede estructurar a fin de configurar una autoría criminal. Ésta no termina con la realización directa y de propia mano de los hechos descritos en los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal (*autoría inmediata por dominio de la acción*), ni tampoco con la ejecución de éstos por intermedio de una persona que lleva adelante la voluntad del “hombre de atrás” al haber sido reducida por éste a la categoría de instrumento (*autoría mediata por dominio de la voluntad*). La fenomenología de la codelincuencia nos muestra que el quebrantamiento de las normas penales, puede realizarse también a través de la actuación conjunta de varias personas (*coautoría como dominio del hecho funcional*)<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> ROSALES ARTICA, David Emanuel. *La coautoría en el Derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2012, p. 10

Esta última forma de vulneración de la norma penal se suele denominar en el Derecho penal como *coautoría*. Tanto de su regulación en los Códigos Penales como de su propia naturaleza, la coautoría se explica como una figura de intervención en el delito mediante la cual la determinación del sujeto del hecho contenido en los tipos penales se *extiende* a aquellos que toman parte del dominio colectivo del hecho y su ejecución, con el fin que todos ellos puedan ser considerados como autores del hecho conjunto. En este sentido, la coautoría es una forma de *extensión de la responsabilidad*, siendo este el motivo para que se haga referencia a ella como modalidad impropia o imperfecta de participación, en contraste con sus manifestaciones propias: *instigación* y *complicidad*.

La coautoría es entendida como la obra de varias personas de un colectivo típico o de infracción, tradicionalmente se afirma que en la coautoría el delito es realizado por dos o más personas, cada uno de los cuales toma parte en la ejecución de los hechos, compartiendo entre todos ellos el dominio del hecho (**dominio funcional del hecho**).

La coautoría es una forma más de autoría<sup>291</sup>. Claramente se puede indicar que “coautor es el que, como autor inmediato o mediato, realiza el hecho punible conjuntamente con otros autores”<sup>292</sup>. Aquí

---

<sup>291</sup> DIEZ RIPOLLES, José Luís. *Derecho penal español. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 354; PEREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesario) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 202; GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 344.

<sup>292</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo y CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal, I*, (artículos 1-22), Ariel, Barcelona 1972, p. 821.

varias personas intervienen en la comisión del delito, no es suficiente con la intervención de un autor individual.

Una de las características que se observa en estas situaciones delictivas es la división de trabajo<sup>293</sup>. En base al principio de división de trabajo acordada, las piezas parciales se disuelven en una prestación colectiva unitaria, de forma que cada individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo<sup>294</sup>.

Se considera a los coautores como autores en virtud de que cometen el hecho típico entre todos. Ninguno realiza por sí solo completamente el hecho, y a ninguno se le puede considerar participe sino que la comisión del delito es repartida entre todos. En la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones. Se trata de un principio extensivo de la imputación, el cual señala que todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable extensiblemente a todos los demás.<sup>295</sup> Este principio se fundamenta en la división del trabajo, para justificar la responsabilidad de todo el delito tanto el de los coautores, como el de los partícipes. El coautor responde como autor por todo el delito, al igual que el cómplice responde como cómplice por todo el delito. De esta forma se considera a cada autor como autor de la totalidad. En otras palabras, este principio

---

<sup>293</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 63.

<sup>294</sup> PEREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesario) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 210.

<sup>295</sup> GRUNDRISS, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en Op. Cit. p. 58; asimismo refiere que Binding decía "Lo que cada uno hace, dentro de lo convenido, lo hace por todos y todos lo hacen a través suyo".

de la división del trabajo lo que hace es justificar porqué se es coautor del delito total.

Así según ROXIN<sup>296</sup> el núcleo del dominio funcional del hecho radica en que el coautor debe responder en medida suficiente al esquema orientador de toda clase de autoría, según el cual es autor quien constituye la figura central del acontecimiento cuyo núcleo es una acción. Para que dos o más sujetos se conviertan en figuras centrales del hecho se requiere, en primer término, que sólo puedan actuar conjuntamente en la etapa de ejecución del delito, por lo que coautor será aquél cuyo aporte en el estadio de la ejecución del hecho aparece como indispensable para la realización del resultado perseguido, con lo que no es necesario que el coautor se halle presente en el lugar del hecho y, al mismo tiempo, no todo aquél que está presente en el lugar del hecho es por ello coautor: a su aporte debe corresponder de tal manera una función autónoma en el marco del plan; y en segundo término, se requiere la coautoría una resolución común orientada a la ejecución, adoptada por todos los coautores, lo que motiva que quien desconoce el carácter conjunto de la intervención queda excluido de la imputación a título de coautor, ello de acuerdo a lo sustentado por esta teoría. A decir de ROXIN<sup>297</sup> el aporte en la fase de ejecución es uno de los pilares sobre los que se asienta la coautoría de modo que por más importante que sea una contribución durante los actos preparatorios, no se tiene dominio del hecho, porque “llega un momento en que se tiene que dejar en

---

<sup>296</sup> ROXIN, Claus; citado por VAN WEEZEL, Alex; *Coautoría en delitos de organización*; Op. Cit. pp. 279 - 280

<sup>297</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo/ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; Op. Cit. p. 77

manos de otra persona la realización del delito”. Por consiguiente, solo se puede tener el co-dominio del hecho cuando se actúa en la fase ejecutiva. Toda contribución durante los actos preparatorios, que no sea actualizada durante la ejecución, constituye complicidad.

Por lo que a la luz del dominio del hecho, para que cada uno sea responsable por igual, se requiere que exista una determinación conjunta o acuerdo previo entre los intervinientes en el hecho, de tal manera que dicho acuerdo convierte a las distintas contribuciones en partes de un plan global unitario. Como elemento esencial de la coautoría se requiere además el elemento del codominio del hecho. Se trata pues de un dominio "funcional" del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde de acuerdo a la división del trabajo realizada. El codominio del hecho es consecuencia de la decisión conjunta a la realización del hecho, de tal manera que el trabajo se vincula funcionalmente con los distintos aportes al hecho mismo. Ejemplo, uno sujeta a la víctima mientras otro le sustrae sus bienes. Las contribuciones aunque diferentes son tareas acordadas en una decisión conjunta. Sin embargo refiere VAN WEEZEL<sup>298</sup> que si el fundamento de la responsabilidad en la coautoría descansa de todos modos el dominio sobre la acción típica, no se puede desconocer que sólo quién la ejecuta posee el dominio sobre dicha acción (al igual que quien no ejecuta posee al menos el dominio sobre su aporte) y que ninguna dependencia recíproca es capaz de suprimir este dominio exclusivo del que actúa. Pero también es cierto que quien no realiza la acción típica puede tener en sus manos el éxito del hecho total, en la medida en

---

<sup>298</sup>VAN WEEZEL, Alex; *Coautoría en delitos de organización*; Op. Cit. p. 290.

que, si no realiza su prestación, puede impedir el hecho. Lo que no significa que a su vez detente el dominio sobre las acciones de los demás intervinientes<sup>299</sup>.

Así bajo esta perspectiva la coautoría exige la presencia de los siguientes requisitos:

- Determinación conjunta o acuerdo previo,
- Aporte objetivo de cada interviniente y
- Dominio funcional (codominio) del hecho.

KINDHÄUSER<sup>300</sup> señala que mientras el autor directo en cierta medida tiene un total dominio del hecho, los coautores sólo ejercitan un dominio funcional del hecho. El dominio funcional representa un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en el marco del cual los coautores ejercitan una medida esencialmente equivalente de dominio del hecho. Un *plus* de dominio de decisión puede compensar un *minus* de dominio de configuración, y viceversa.

A decir de ROXIN<sup>301</sup> lo realmente específico en la coautoría consiste en que cada uno de los partícipes individualmente en su cooperación con los otros domina el suceso en su conjunto lo que significa que el coautor no tiene ya, únicamente el dominio del hecho en su conjunto pero tampoco ejecuta solamente un dominio parcial del hecho, sino que el dominio total del hecho se encuentra en manos de varias personas, de tal manera que solo

---

<sup>299</sup> *Ibidem.*

<sup>300</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*. Op. Cit.

<sup>301</sup> ROXIN Claus. Op. Cit. p. 304.

pueden actuar conjuntamente porque sólo de esta manera funciona el plan; lo que implica, que el elemento que en mayor medida parece otorgar entidad propia a la coautoría, el que parece caracterizarla más claramente, es la existencia de un acuerdo de voluntades entre los coautores<sup>302</sup>. En ese sentido debe precisarse que la distribución y coordinación de tareas acordada en la decisión común produce el contexto entre los aportes y fundamenta a su vez el doble dominio que constituiría la coautoría: el poder negativo de evitación sobre la empresa delictiva en su conjunto y el dominio parcial positivo sobre el propio aporte<sup>303</sup>. Ello nos conduce a afirmar que la distribución de roles es al mismo tiempo reparto de dominio y con ello, limitación del mismo respecto del individuo. Por lo que a partir del dominio funcional del hecho, la coautoría se sustenta básicamente en dos pilares: el acuerdo previo y el aporte en la fase de ejecución que son los que a la postre van a determinar el dominio del hecho.

Entonces el acuerdo de la voluntad de los partícipes en relación a la realización del hecho y a la ejecución de sus consecuencias constituye un requisito imprescindible de la coautoría; debido a que los coautores son dependientes los unos de los otros, por lo que tienen que estar necesariamente de acuerdo para obrar conjuntamente. Así todos los coautores deben conocer y asumir la intervención del resto, normalmente se tratará de un acuerdo expreso y previo. De modo que el dominio del hecho del coautor descansa en que él, a través del dominio de su parte, domina al

---

<sup>302</sup> RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Op. Cit. p. 230.

<sup>303</sup> VAN WEEZEL, Alex; *Coautoría en delitos de organización*; Op. Cit. p. 294

mismo tiempo el hecho total<sup>304</sup>. En suma se puede afirmar que desde la teoría del dominio del hecho, el coautor debe ostentar un dominio funcional del hecho típico, de modo que el éxito del plan dependa de su contribución.

Esta teoría del dominio funcional del hecho ha sido objeto de críticas muy fuertes como las esgrimidas por SCHRÖEDER<sup>305</sup>, quien sostiene que en la coautoría todo coautor domina únicamente su parte en el hecho delictivo, pero no el conjunto del suceso.

Por lo que si el dominio sobre el suceso en su conjunto constituye, por un lado, el criterio determinante del autor, pero, por otro lado, ese criterio se configura por el colectivo en sí mismo, lógicamente no se puede calificar con ayuda de dicho criterio, como autor al único partícipe. En este sentido VAN WEEZEL<sup>306</sup> acertadamente señala que la circunstancia de que el hecho sea dominado en recíproca dependencia por quienes lo ejecutan no debe ocultar la realidad normativa de que ninguno de ellos ha realizado en sí mismo (en absoluto o al menos no por completo) la acción descrita en el tipo. Pero en esta situación se encuentra también el cómplice, cuya responsabilidad –por cierto– también se fundamenta en forma accesoria y respecto del cual por esta misma razón se afirma casi unánimemente que es indiferente si ha actuado en la fase de preparación o de ejecución del hecho.

---

<sup>304</sup> Loc. Cit. 290, quien a su vez refiere: “por lo que según esta teoría no posee el dominio del hecho el colectivo que constituyen los intervinientes, sino cada interviniente por sí y para sí”.

<sup>305</sup> SCHRÖEDER Cristhian. citado por LESCH, Heiko. *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?* En Revista del Poder Judicial. 3ª época. número 57 año 2000 (I). p. 90

<sup>306</sup> VAN WEEZEL, Alex; Coautoría en delitos de organización; Op. Cit. 289

En todo caso cabe afirmar que el fundamento del injusto penal constituye una cuestión de imputación objetiva por lo que aparece como irrelevante la verdadera disposición psíquica de la voluntad del autor<sup>307</sup>. Resultando por ello cuestionable por qué el fundamento de un delito colectivo deba depender de la existencia de una determinación conjunta de los partícipes hacia el hecho.

Lo que nos hace advertir, que desde el dominio del hecho el criterio delimitador entre la coautoría y otros supuestos distintos de intervención en el delito, como serían la autoría accesoria u otros supuestos de autoría y participación radican básicamente en un acuerdo subjetivo, en cuyo caso debe quedar claro que la intervención delictiva no puede hacerse depender en ningún supuesto de elementos exclusivamente de carácter subjetivo, a riesgo de volver a conceptos subjetivos de autoría ya abandonados y al menoscabo a la seguridad jurídica que conllevan. En ese sentido es de advertir que si bien es cierto el criterio delimitador se basa en la determinación conjunta o acuerdo previo, este acuerdo así formulado no genera una dependencia objetiva<sup>308</sup>, puesto que ella no descansa en el acuerdo de los intervinientes, por lo que ningún acuerdo está en condiciones de convertir en dependientes aportes que objetivamente no lo son.

Al respecto JAKOBS refiere que el coautor no tiene que explicar más allá de su aportación, sino que éste debe simplemente realizar su aporte en el marco de una empresa delictiva única y no necesariamente aportar un especial movimiento corporal para la producción del resultado. En esencia él debe expresar el sentido

---

<sup>307</sup> LESCH, Heiko. Op. Cit. p. 89

<sup>308</sup> VAN WEEZEL, Alex; *Coautoría en delitos de organización*; Op. Cit. p. 282

de una co-realización, lo que incluso desde una perspectiva de las ciencias naturales puede ser la causa del resultado<sup>309</sup>.

## **II. Requisitos legales**

### **A. Subjetivo**

El aspecto subjetivo radica en la decisión común, situación que resulta imprescindible como primer elemento para que los sujetos puedan ser responsabilizados penalmente como coautores. No es suficiente una decisión unilateral de querer cometer un delito, porque aquella requiere la intervención de otras personas. Este primer requisito es el que otorga sentido a la ejecución del delito y, a su vez, delimita la tipicidad<sup>310</sup>. Como acertadamente señala JESCHECK, la resolución común de realizar el hecho es la abrazadera que integra en un todo las diferentes partes<sup>311</sup>. Este aspecto subjetivo sirve de límite a la responsabilidad penal porque cada sujeto será imputado de acuerdo a la decisión acordada, queda así excluido las situaciones de excesos<sup>312</sup>.

Debemos indicar que el momento en que debe ser prestado este aporte subjetivo (acuerdo común) es interpretado de

---

<sup>309</sup> JAKOBS, Günther. (manuscrito).

<sup>310</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 785.

<sup>311</sup> JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 614.

<sup>312</sup> Cfr. JESCHECK, Op. Cit. 1993, p. 617.

manera amplia, por tanto, podrá darse antes de la comisión del delito, durante, y hasta después (en aquellos delitos donde todavía no se encuentren consumados)<sup>313</sup>.

Es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les dé un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Ejemplo: A apunta con la pistola mientras B toma el dinero de la caja. El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado «antes» de la ejecución o «durante» la ejecución (que se denomina «coautoría sucesiva»). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en «escena». Cuando falta el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo, nos hallamos ante la llamada autoría accesoria y no ante coautoría<sup>314</sup>.

## **B. Objetivo**

El aspecto objetivo permite la materialización de la coautoría, de ese modo, como exige la doctrina mayoritaria, los sujetos cumplen el plan o acuerdo común (aspecto subjetivo). Este aporte objetivo se funda para algunos autores en el criterio de la división de trabajo<sup>315</sup>. Resulta

---

<sup>313</sup> JESCHECK, Hans, Op. Cit. p. 618.

<sup>314</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p.64

<sup>315</sup> RUIZ ANTON, Op. Cit. p. 176.

importante fijar los límites del aporte brindado por los coautores, de este modo nadie de manera individual puede cumplir o configurar todo el tipo penal, porque sería autor. Entonces requiere la configuración parcial del tipo penal por cada uno de los coautores.

La coautoría no es una suma de autores, sino una suma de acciones que contempla la autoría<sup>316</sup>. Es fundamental establecer la calidad de aporte así como el tiempo de su prestación, porque en muchos casos tal precisión permitirá diferenciar la coautoría de la complicidad primaria.

En suma, en la coautoría es preciso que exista un co-dominio del hecho, esto es, que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como señala ROXIN «el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo», pues, «cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo». El dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe aunque cada persona que interviene no realice por sí sólo y enteramente el tipo, pues, es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes. De ahí que se hable del “dominio funcional del hecho”<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid 1997. p. 939.

<sup>317</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 65.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del *momento en el que se produce la aportación* del interviniente: el coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, sólo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca<sup>318</sup>.

### **1. El co-dominio del hecho**

Aquí también se hace presente el dominio del hecho, pero entendido como dominio funcional del hecho. Este dominio funcional del hecho viene a ser el criterio fundamentador de la coautoría, el que permite responsabilizar penalmente a los distintos intervinientes en el delito.

El delito solo lo pueden realizar conjuntamente y no de manera individual, sin embargo, cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación<sup>319</sup>. La estructura de la coautoría se basa en que cada autor tiene una posición clave en el acto delictivo<sup>320</sup>.

Existe co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el

---

<sup>318</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 66.

<sup>319</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 309.

<sup>320</sup> *Ibidem*

estadio ejecutivo, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse<sup>321</sup>.

Se refiere a la realización de una acción típica, quien realiza tal acción es coautor quien realiza cualquier acción fuera del momento de la ejecución será considerado cómplice, vale decir que “el hecho tiene que ser realmente obra del autor.”<sup>322</sup>

De lo expuesto hasta ahora se desprende que siguiendo su orientación finalista el dominio del hecho exige para la coautoría la conjugación de un elemento subjetivo y de un elemento objetivo, de modo tal que el elemento subjetivo va estar dado por que los coautores deben de tener la voluntad absoluta de ejecución delictiva y la decisión común del hecho; mientras que el elemento objetivo exige que cada coautor deba completar el todo con un aporte, realizando una acción de ejecución acordada en un plan común decidido por todos los coautores.

Si bien es cierto que el dominio del hecho se configuró inicialmente de esa manera, a partir de los trabajos de WELZEL, cabe resaltar que posteriormente esta teoría un desarrollo ulterior, que conllevo a la profundización de los conceptos en ella esbozados con la labor del profesor ROXÍN, de modo tal que él determina que, para la concurrencia de coautoría, el dominio del hecho debe ser funcional, afirmando en consecuencia que:

---

<sup>321</sup> BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho penal, p. 366

<sup>322</sup> WELZEL, Hans, Op. Cit., p. 115

**“Se trata de un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división de trabajo”<sup>323</sup>. Y es precisamente esta concepción la que ha sido admitida por nuestra judicatura como es de verse en la siguiente ejecutoria:**

**“Conforme aparece de autos, los encausados, para perpetrar el delito de robo agravado han actuado en calidad de integrantes de las agrupaciones delictivas, con pleno dominio funcional del hecho al haber tomado parte en las fases de preparación, ejecución y consumación, habiéndose implementado de armas, aumentando así su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del objetivo, el mismo que al haber sido ejecutado violentamente conforme a una distribución de funciones, facilito la consumación exitosa del ilícito.(R.N. N° 2975-99 PIURA; Lima 05/11/99)”<sup>324</sup>**

Para ROXIN la coautoría no es más que una autoría en forma de cooperación, “ya que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”<sup>325</sup> esto quiere decir que en la coautoría los intervinientes

---

<sup>323</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES Luís Miguel; Op. Cit., p. 411.

<sup>324</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia Penal*, pp. 217-221.

<sup>325</sup> ROXIN, Claus; Op. Cit., p. 305.

tienen necesariamente que cooperar los unos con los otros de tal manera que en base a esa cooperación la realización de tipo se lleve a cabo, ello en atención a que el interviniente no puede actuar por sí solo, ya que el plan sólo funciona si todos actúan juntos, y si el interviniente no sigue el plan y retira su aporte, el plan se anula. Es decir los coautores dependen uno del otro, completando la ejecución del tipo, cooperándose mutuamente para que el plan funcione. Este criterio se repite a menudo en las resoluciones judiciales como la que a continuación se presenta:

***“Estando plenamente acreditado en el proceso, que sin ayuda de los acusados condenados como cómplices de homicidio, no se habría podido perpetrar ese delito, la situación jurídica de los mismo es la de coautores y no la de cómplices.”(EXP N° 2096-81 – AYACUCHO; 21/09/81)***<sup>326</sup>

Ahora es menester precisar que, a esta forma de actuación conjunta se denomina dominio funcional del hecho, porque es un “dominio conjunto”<sup>327</sup> de todos los intervinientes que resulta de la función individual acordada en el plan.

Así, uno de los aspectos que distingue a la coautoría, radica en que quien es coautor no conoce voluntad superior o distinta a la suya (que ya se apreciaba desde

---

<sup>326</sup> ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto; Op. Cit., p. 552

<sup>327</sup>ROXIN, Claus; Op. Cit., p. 308

WELZEL) por tanto la decisión de realización es autónoma, en tanto “al participé le falta voluntad incondicionada de realización<sup>328</sup>, de modo que el aporte objetivo de cada interviniente es sustentado por su voluntad. De lo señalado por ROXIN podemos afirmar que si el interviniente actúa bajo la voluntad de otro se podría confundir la figura de coautoría, con la de autoría mediata (dominio de la voluntad) o por la de instigación. Al respecto cabe revisar la siguiente ejecutoria:

***“La calidad de los agentes debe de calificarse como la de coautores, mas no la de cómplices, cuando el interés demostrado por éstos y la decisión de disposición la realizan con total autonomía y sin sujeción de dependencia alguna.”(EXP N° 201-99 -LIMA; 25/03/99)<sup>329</sup>***

Entonces, de acuerdo a las ejecutorias revisadas hasta el momento, se desprende que nos encontramos frente a un dominio funcional del hecho, cuando en la realización del tipo no hay un único autor o figura central del delito sino varias figuras centrales del delito, valga decir una pluralidad de agentes, pluralidad de señores del hecho, y todos estos agentes poseen una parte del dominio del hecho total a través de una contribución o aporte prestado; lo que implica que

---

<sup>328</sup> Ibidem.

<sup>329</sup> ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto; Op. Cit., p. 551

entre todos los agentes o intervinientes compartirán entre sí dicho dominio, veamos la resolución que al respecto se presenta:

***“No existe duda alguna sobre la responsabilidad penal del acusado en los hechos materia de incriminación, por cuanto él, en horas de la noche, conjuntamente con ocho sujetos interceptaron al agraviado, encargándose de propinar una patada en las piernas de la víctima para hacerlo caer al suelo, mientras los demás procedían a apoderarse de sus pertenencias.”***<sup>330</sup>

Concurre así un dominio funcional del hecho en donde se aprecia, que, en base al principio de división de trabajo, se acuerda la forma en que cada individuo obtiene una parte del dominio de la realización del tipo, a través del aporte prestado. Situación que se presenta en el siguiente caso:

***“...Que siendo así ambos agentes han obrado en coautoría, en base a una división de funciones que fue planificada previamente a la comisión del evento delictivo y ejecutada conjuntamente, del que resultan lesionados dos bienes jurídicos como son la vida y el***

---

<sup>330</sup> R.N. N° 412-2004 – LIMA (14/06/04)

**patrimonio” (R.N. N° 764-98 -HUAURA; Lima 14/05/98).**<sup>331</sup>

MAURACH, al fundamentar el dominio del hecho, refiere que éste sólo es posible en el caso de delitos dolosos<sup>332</sup>; lo que nos conlleva a afirmar desde esta perspectiva, que en una actuación delictiva conjunta – coautoría-; los coautores deben actuar con dolo compartiendo el dominio funcional del hecho; estos postulados han sido recogidos también por nuestra jurisprudencia, conforme se advierte de la ejecutoria siguiente:

**“Los procesados tienen la calidad de coautores, al concurrir un dolo común o mancomunado y la ejecución común del hecho, que son los elementos que caracterizan a la coautoría, que en el caso de autos a quedado demostrado que cada uno de los referidos acusados a prestado un aporte en la realización del plan, por lo que distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado final debe atribuirse a cada autor independientemente de la identidad material de su intervención,**

---

<sup>331</sup> ROJAS VARGAS FIDEL, *Jurisprudencia Penal*, Tomo I, p. 294,295.

<sup>332</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*. Tomo II, Traducción y notas de Derecho Penal Español por Juan Córdoba Roda , Ediciones Ariel, Barcelona 1962. p. 343.

***en virtud al reparto funcional de roles  
(ejecutoria suprema del 26/03/99)***<sup>333</sup>

Pero resulta sumamente importante aclarar al respecto, que, no debe confundirse dolo, con dominio del hecho. El dominio del hecho es la expresión de la finalidad dolosa del autor, y por ello es un criterio de imputación en los delitos dolosos, de ahí que los partícipes, si bien actúan dolosamente, no alcanzan a dominar el hecho.<sup>334</sup>

Queda claro entonces, que jurisprudencialmente se ha determinado, que existe dominio funcional del hecho, cuando los autores o intervinientes prestan un aporte objetivo en la comisión de un delito, producto de un acuerdo previo que se sustenta en la división de trabajo.

Aspectos a saber: uno subjetivo y otro objetivo, de modo tal que el aspecto subjetivo en el dominio funcional debe de ser entendido como la sumatoria de voluntades (acuerdo común, acuerdo previo, plan común, etc.) y, el aspecto objetivo, entendido como la sumatoria de contribuciones (aportes) efectuado por

---

<sup>333</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal Parte general*, Op. Cit., p. 484.

<sup>334</sup> PEÑA CABERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal - Estudio programático de la parte general Tomo II*, 2ª edición, p. 304.

cada uno de los intervinientes para la ejecución final de la realización del tipo. Lo que nos lleva a afirmar que en el dominio funcional, resulta casi imposible hacer una separación del aspecto objetivo con el subjetivo, pues ambos aspectos van siempre de la mano, de modo tal que la coautoría solo será posible a partir de una ejecución conjunta a través de aportes individuales acordados previamente, es decir solo a través de una decisión conjunta se ejecutaría finalmente la realización del tipo; basta con revisar la siguiente ejecutoria, para comprobar lo afirmado.

***“El acusado tiene la calidad de coautor, al concurrir el dolo común y la ejecución común del hecho que son los elementos que caracterizan la coautoría, que en el caso de autos a quedado demostrado que cada uno de los referidos acusados ha prestado un aporte en la realización del plan, por lo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independiente de la entidad material de su intervención en virtud del principio del reparto funcional de roles. (Exp. N° 5088-98-Lima, 26/01/99)”***.<sup>335</sup>

---

<sup>335</sup> Actualidad Jurídica N° 137, Gaceta Jurídica, Lima, Abril de 2005, p. 125.

BRAMONT-ARIAS TORRES<sup>336</sup> refiere que para aplicar el concepto del dominio funcional del hecho se debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- El transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad; el agente tiene una relación interna con el hecho el cual se manifiesta en el “dominio conjunto del curso del acontecer”.
- La capacidad de hacer continuar y de impedir el hecho; Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del delito de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan.
- Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría; el autor es consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso, es decirse se da un conocimiento fundamentador del dominio, el agente debe sentirse como amo y señor del hecho.

De lo esbozado previamente, se desprende que la fundamentación de la coautoría a través de un dominio funcional del hecho, requiere necesariamente la presencia de tres elementos:

---

<sup>336</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel, Op. Cit., p. 403 y ss.

- a. Plan común, acuerdo común, acuerdo previo o determinación conjunta.
- b. Contribución o aporte de cada interviniente [criterio objetivo pero sobre la base del primer elemento (plan común puesto que es un aporte acordado).
- c. Actuar en la fase de ejecución (el aporte debe realizarse en esta fase).

A continuación corroboraremos lo afirmado, al revisar una selección de ejecutorias expedidas por tribunales peruanos en donde se advierte la exigencia de los requisitos antes señalados para determinar la existencia de la coautoría:

***“Tres requisitos básicos configuran la coautoría a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución de funciones; b) aporte esencial, de modo que si uno de los intervinientes hubiera reiterado su aporte pudo haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene dominio parcial del acontecer” (R.N. N° 6017-97 Lima.11/03/98)<sup>337</sup>.***

---

<sup>337</sup> ROJAS VARGAS Fidel, *Jurisprudencia Penal*, Tomo I, Op. Cit., pp. 161.

***“Los requisitos que configuran la coautoría son: a) decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar el delito, en la que cada uno ha realizado actos parciales que ha posibilitado una división del trabajo o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial. El aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados, ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte, pudo haber frustrado el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada acusado ha desplegado un dominio parcial del acontecer, la circunstancia que da precisamente contenido real a la coautoría” (Exp. N° 3900-97 Lima; 20/11/97)<sup>338</sup>.***

***“La conducta de los encausados reúne los tres requisitos que configuran la coautoría. Esto es, decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado y el tomar parte en la ejecución desplegando un***

---

<sup>338</sup> *Ibidem.*

**dominio parcial del hecho”(Exp3005-2000-Lima18/10/00)<sup>339</sup> .**

**“El procesado tuvo plena participación en el plan urdido para desojar al agraviado de su pertenencia, por lo que su conducta reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, esto es, decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer.”(Exp.N° 4814-2000 HUÁNUCO, Lima 26/02/01).<sup>340</sup>**

**“La coautoría se caracteriza porque quienes toman parte en la ejecución del delito obren con dominio funcional. En el caso sub judice, en el que los agentes perpetraron los robos con una decisión común, en cuya ejecución cada interviniente dio un aporte esencial, cabe unificar la imputación para todos ellos a título de coautores y no solo de cómplices secundarios. El delito investigado reúne los tres requisitos de**

---

<sup>339</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias Supremas y Superiores 1998 - 2001*, Jurista Editores; Lima 2002. p. 185.

<sup>340</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel; Op. Cit., pp. 246-249.

**la coautoría: a) decisión común [...]; b) Aporte esencial [...]; c) tomar parte en la fase de ejecución [...]" (Exp. N° 5315-98 La Libertad, 11/03/99).<sup>341</sup>**

Ha sido indispensable haber realizado este recorrido jurisprudencial, porque nos ha permitido analizar el contenido de cada uno de los elementos que exige el dominio funcional del hecho o co- dominio del hecho, y esto para determinar la presencia de la coautoría como manifestación de la intervención delictiva.

#### **4. Aportación en fase ejecutiva**

Los coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, en co-dominio del hecho (dominio funcional del hecho)<sup>342</sup>. Desde la perspectiva objetiva la aportación de cada coautor debe alcanzar una determinada importancia funcional, debiendo ser cada aporte una pieza fundamental en la realización del plan común, manifiesto por medio del dominio del hecho<sup>343</sup>.

Cada contribución debe ser un fragmento de la ejecución del hecho<sup>344</sup>, así cada sujeto configura parte del tipo penal; de lo contrario sería autor. Rige el

---

<sup>341</sup> Vid. Actualidad Jurídica N° 137; Op. Cit. p. 125.

<sup>342</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 481.

<sup>343</sup> JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 614.

<sup>344</sup> JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 620.

principio de imputación recíproca, por lo tanto, se descarta la accesoriedad de la participación, ya que todas las personas responden penalmente por todas las conductas realizadas de acuerdo al plan común.

De ese modo de ver, será coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido<sup>345</sup>.

Ahora, el aporte brindado no siempre tiene que ser de propia mano, o mejor dicho de manera directa y presencial, pues puede ser coautor alguien que no esté presente al momento del acto delictivo pero que por el contrario domine el suceso delictivo, cabecilla de la banda por ejemplo<sup>346</sup>.

El dominio funcional del hecho, exige que quién lo ostente preste su aporte (de coautor) en el momento de la ejecución del tipo, ósea que el aporte acordado dentro de la división del trabajo se dé en la fase de la ejecución. Así ROXIN refiere que el interviniente única y exclusivamente deberá de aportar en la fase de ejecución, y que ese aporte debe de representar un “requisito indispensable para la realización del resultado pretendido”<sup>347</sup>, además determina que quien no ejecuta no es coautor, graficando su afirmación en

---

<sup>345</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. pp. 310-311.

<sup>346</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 311.

<sup>347</sup> ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho...* Op. Cit., p. 308

el supuesto siguiente: en una paliza el que se limita a aconsejar e incentivar, por intenso que sea su interés en el suceso, y su influencia sobre quien sí ejecuta libremente la paliza, no será coautor<sup>348</sup>, pues no ejecuta nada.

Lo que implica “que lo importante en – el dominio del hecho- no es quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, sino quién domina la ejecución de esta.”<sup>349</sup> Valga decir la importancia del dominio funcional, radica en quién domina la ejecución final del tipo. Esto debido a que el resultado final de la acción en la realización del tipo depende de la fase de ejecución; este es el sustento del porqué el dominio funcional del hecho halla su existencia en esta fase. De tal manera que quien domina el hecho en el momento de su ejecución es autor<sup>350</sup>, si el aporte se da en cualquier otra fase de la realización del tipo no hay dominio por tanto nos encontramos frente a un partícipe. Por ello “lo importante es saber si la co-realización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Sólo en el último caso puede existir una coautoría”.<sup>351</sup> De lo contrario estaríamos ante un partícipe. Al respecto véase la siguiente ejecutoria:

---

<sup>348</sup> Loc. Cit., p.309

<sup>349</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro; Op. Cit., p. 40

<sup>350</sup> Loc. Cit., p. 42, asimismo MÁRQUEZ señala que el dominio del hecho hace referencia al momento de la ejecución.

<sup>351</sup> ROXIN citado por: MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. Op. Cit., p. 71.

**La intervención dolosa del acusado en la ejecución de los ilícitos se califica como esencial y no accesoria o secundaria, cuando se actúa con dominio funcional del hecho en la etapa de ejecución, esto es, dando un aporte significativo cuya ausencia hubiera determinado el fracaso del plan de ejecución, consideraciones estas que permiten unificar la imputación a título de coautores .” (EXP.N° 3335-98 – HUÁNUCO; 19/10/98)<sup>352</sup>.**

De lo que se tiene que, si bien es cierto que la coautoría vista a la luz del dominio funcional del hecho requiere que el aporte que preste cada interviniente se de en la fase ejecutiva del injusto, esto como regla general admite excepciones, como las que se presentan cuando que exista una compensación es decir, en palabras de WELZEL cuando “El *minus* en la participación objetiva, debe ser compensado por el *plus* en la comprobación particular de la coparticipación en la decisión del delito, si no el objetivamente menos participe podría ser penado solamente como cómplice.”<sup>353</sup> Y esto se advierte en la comprensión del que muchas veces no interviene en la fase ejecutiva del delito, veamos lo que los tribunales Peruanos señalan sobre el particular:

**“Si bien el procesado no participó en la fase ejecutiva del delito, ha planificado su**

---

<sup>352</sup>Vid. CARO JHON, José Antonio. *Diccionario de jurisprudencia penal*. Op. Cit., p.85.

<sup>353</sup> WELZEL, Hans, Op. Cit. p. 117

**realización, como también aportó los elementos necesarios para su ejecución, fundamentos por los cuales es coautor” (EXP. N° 3900-97-LIMA; 20/11/97)<sup>354</sup>.**

Así KINDHÄUSER nos enseña que: “Un *plus* de dominio de decisión puede compensar un *minus* de dominio de configuración, y viceversa.”<sup>355</sup>. Esto es así por cuanto del dominio del hecho es la sumatoria de: dominio de decisión y dominio de configuración, con lo cual la fórmula sería:

**DOMINIO DE DECISIÓN + DOMINIO DE CONFIGURACIÓN = DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO**

Esta fórmula representa los supuestos necesarios para la definición del coautor<sup>356</sup>; y así lo han entendido nuestros jueces:

**“Los únicos supuestos en los que cabría calificarlo de coautor en virtud de lo que se denomina “dominio por la decisión” o**

---

<sup>354</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Op. Cit., p. 293

<sup>355</sup> KINDHÄUSER, Urs; *Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*, Op. Cit.

<sup>356</sup> *Ibidem*; así, estos criterios de dominio del hecho se articulan diferenciadamente en atención a cada una de las específicas formas de autoría.

**“dominio por la configuración [...]” (R.N N° 3026-2005-Arequipa; 28/10/05)<sup>357</sup>**

Cabe precisar que el **dominio de decisión** que se señala, está referido al aspecto subjetivo es decir al plan común en donde se conciertan voluntades y a la decisión del si se comete o no el hecho; y **el dominio de configuración** se refiere a la contribución material de cada coautor en la realización del tipo, esto es; la contribución o aporte acordado en el plan o determinación conjunta (acuerdo previo). De tal manera que si una persona realiza un aporte mínimo o que dicho aporte no sea esencial, este puede llegar a ser considerado coautor siempre y cuando se determine que el poder de decisión o de voluntad que ostente en el acuerdo común sea superior en relación a los demás, es decir que ostente un poder de decisión o una voluntad trascendente; es así que se considera que el dominio de decisión se encuentra en el concierto de voluntades, en el cual se acuerdan los aportes que serán base de la ejecución final- fase en la cual acontece el resultado final de la acción- del tipo. Es así que en base a este criterio, jurisprudencialmente se pueden configura las llamadas coautorías ejecutivas, que son aquellas en donde el aporte se realizó en la fase de ejecución, y las no ejecutivas: que serán aquellas en las que el dominio o poder de decisión y de voluntad es mayor que el aporte objetivo acordado.

---

<sup>357</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2006, pp.486-487 y en: CARO JHON, José Antonio, Op. Cit. p. 88.

Pero, ahora bien, la utilización de este criterio de compensación (*plus - minus*), exige un minucioso análisis del aspecto subjetivo, por lo que hay que urdir en lo más profundo del aspecto subjetivo, de tal manera que se puede dilucidar una mayor contribución en cuanto al dominio de decisión del participante un colectivo típico, para lo cual no hay ningún criterio fijo, ni exacto que determine que dominio de decisión de un interviniente es de calidad superior a un aporte acordado y efectuado en la fase ejecutiva; es por eso que por **regla general**; desde la perspectiva del dominio funcional del hecho, el aporte previamente acordado se debe de efectuar en la fase de ejecución; por cuanto este criterio resulta más práctico que realizar un minucioso análisis de lo subjetivo.

Por su parte ROXIN determina que la conjunción de los aspectos subjetivos- objetivos determinan el transcurso y el resultado de la ejecución del hecho, siendo el subjetivo “la dirección de voluntad interna”<sup>358</sup> de cada interviniente y el objetivo el comportamiento de éstos, lo que determina la “dependencia funcional de los intervinientes”<sup>359</sup>(obviamente a través de los aportes); dominando así conjuntamente todos los intervinientes el curso del acontecer, por lo que ambos aspectos (subjetivos- objetivos) van de la mano , ya que la sola voluntad no es suficiente para fundamentar coautoría,

---

<sup>358</sup> ROXIN, Claus; Op. Cit., p. 337

<sup>359</sup> *Ibidem*

teniéndose que sumar a esta el aporte acordado y planificado.

En ese orden de ideas ROXIN afirma que “quien prepara el hecho no es coautor”<sup>360</sup> ya que quien prepara no domina el hecho, porque en determinado momento deja la realización en manos de quien ejecuta y por tanto sale de la jugada, dejando el dominio del hecho en manos de quien sí ejecuta, ósea el que prepara sólo ve pasar entre sus manos el dominio del hecho de momento para dejarlos luego en manos de quien realmente lo ostentara, el ejecutor; señalando además que un arreglo de autoría o dominio del hecho en la fase preparatoria, lleva a una inminente puesta en “peligro a los límites entre autoría y participación”<sup>361</sup> que de ocurrir nos conduciría a tomar decisiones totalmente equívocas.

En esencia, lo que sucede es que el dominio funcional del hecho supone que, es en la fase de ejecución en la cual se hace realidad el dominio de decisión y el dominio de configuración, ósea sólo en la ejecución podrá haber dominio del hecho, porque es en esa fase donde el autor puede o no evitar la realización del tipo, puesto que si el autor no realiza la contribución o el aporte acordado dentro del plan común se desbarata, el plan común se viene abajo; y por último es en esta fase que acontece el resultado final de la acción, puesto que el dominio funcional del hecho está referido a que

---

<sup>360</sup> ROXIN, Claus; Op. Cit., p. 323 y 324

<sup>361</sup> ROXIN Claus, Op. Cit., p. 333

es autor quien domina la ejecución final de acción típica, la misma que sólo será posible en la fase de ejecución; ya que según esta teoría, sólo en esta fase se demuestra el poder de configuración obtenido a partir del acuerdo común. De modo tal que si uno de los autores no realiza su aporte el plan total fracasa.

Es por tal motivo, que en base a la condición planteada por el dominio funcional del hecho -aporte en la fase de ejecución- la persona que vigila o hace guardia en el lugar de los hechos (*campana*) debería ser considerado nominalmente como coautor, puesto que, él se encuentra presente en el lugar de los hechos y realiza su aporte -previamente acordado en la fase ejecutiva-, Ahora bien, lo particularmente relevante en la intervención del campana, radica en que un sector importante de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera han oscilado calificando dicha conducta como una de participación<sup>362</sup>; el traslado del título de imputación del campana, de autor a partícipe, y la problemática que ella engloba ha sido solucionada por el profesor ROXIN señalando que: “*el que vigila por encontrarse presente y aportar en la fase de ejecución de la realización del tipo, por regla general es autor*”.<sup>363</sup>, así también la doctrina

---

<sup>362</sup> Cfr. VILLA STEIN; Op. Cit. p. 333; HURTADO POZO; Op. Cit. p. 910; BRAMONT - ARIAS TORRES; Op. Cit. p. 418; PEÑA CABRERA; Op. Cit. p. 320, 321; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. Cit. pp. 630, aunque pone como condición de que el campana no comparta con el autor el dominio del hecho.

<sup>363</sup> ROXÍN, Citado por VAN WEEZEL, Alex, *Coautoría en delitos de organización* en Op. Cit. p. 286.

mayoritaria<sup>364</sup> señala que el aporte del que se queda vigilando es el de brindar el sentimiento de seguridad necesario a los demás para la ejecución y con eso ya tiene para ser coautor. Para darnos cuenta de la aceptación de esta postura, basta con revisar la siguiente ejecutoria

***La intervención del acusado en el evento delictivo es la de actuar vigilante, según la división de tareas acordada previamente y por tanto le alcanza responsabilidad en calidad de coautor funcional, por cuanto conjuntamente con sus procesado planificaron y acordaron la comisión de dicho evento delictivo, distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos en la ejecución del mismo y teniendo el co-dominio del hecho al momento de su perpetración. La realización en común del delito por parte de todos los co-procesados, en la relación de interdependencia funcional fundamentada sobre el principio de la división del trabajo, da origen a una imputación recíproca, en el sentido de que lo realizado por los ejecutores en sentido estricto le son también imputables a los otros (Exp. N° 4647-95 Lambayeque, 25/01/96)***.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> Por todos MIR PUIG; Op. Cit. p. 415

<sup>365</sup> ACTUALIDAD JURÍDICA, N° 137 Op. Cit. p. 126

Lo que implica que desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, el actor vigilante será coautor, si es que en la división del trabajo se le designa esa función, caso contrario, ósea si es que no se le asigna función alguna dentro del plan común sólo será un partícipe. Por ello es que nominalmente será considerado coautor, si es que previamente se le considero como actor vigilante en el acuerdo común. Y es aquí donde surge de nuevo la polémica, **que ocurre con el jefe de la banda** aquel que se supone es quien dirige la realización del tipo por completo, bueno cuando él se encuentra presente y aporta en la ejecución, desde esta teoría no hay problema alguno, puesto que su voluntad está inmersa en la sumatoria de voluntades, aporta esencialmente y en la fase de ejecución, cumpliendo así con los 3 requisitos de configuración de coautoría, por lo que conforme al dominio funcional del hecho nos encontraremos frente a un coautor; la controversia en este punto surge cuando el jefe de la banda no aporta en la fase de ejecución, – pero la solución a este problema será abordada en el siguiente apartado, cuando abordemos la figura del autor intelectual-; y este criterio se advierte en la siguiente resolución:

***“Ha quedado acreditado que los acusados han participado activamente en los latrocinios que se les atribuye, en distintas zonas de lima entre el ocho de julio de mil novecientos noventa y siete y el veintiuno de setiembre del mismo año; se debe tener***

**presente la naturaleza de los hechos, los medios empleados-utilización de armas de fuego y vehículos motorizados- así como el empleo de violencia, lo cual evidencia toda una organización delictiva con roles y funciones precisas. Para los efectos de la imposición de la pena a los acusados debe tenerse en cuenta sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo; por lo que, aun cuando el grado de responsabilidad penal de los acusados, es a título de coautores y por lo cual deben ser sancionados con la misma pena, no es menos cierto que el acusado quien jefaturaba la organización e incluso impartía las ordenes al momento de la ejecución en los latrocinios debe graduársele la pena.” (R.N. N° 459-99 Lima 06/04/99).<sup>366</sup>**

Pero, también es pertinente precisar que en ocasiones nuestra jurisprudencia, ha determinado que el aporte debido a su importancia también puede darse en la fase de preparación fundamentando así la existencia de coautoría y no una mera participación, determinado de esta manera la **existencia de las autorías ejecutivas y las no ejecutivas**, las primeras en las que el aporte se da en la fase de ejecución y las segundas en las que se da en la fase de preparación. Sin lugar a dudas, el

---

<sup>366</sup> Vid. R.N. N° 459-99, en CHOCANO RODRIGUEZ Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; *Jurisprudencia penal – Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia 1997 - 2001*, 1ª edición, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 221 y ss.

admitir la existencia de una autoría a partir de actos no ejecutivos, ya de por sí constituye un avance jurisprudencial interesante, aunque el problema notorio que se advierte, radica en que no se fija un criterio de determinación alguno para establecer la importancia del aporte y al parecer la diferencia radica en el análisis subjetivo-objetivo a discrecionalidad del operador del derecho. En vista de ello, ponemos a vuestra consideración la siguiente ejecutoria:

***“Todos los imputados tienen la calidad de coautores, pues el conjunto de su actuación denota que planificaron y acordaron su comisión distribuyéndose los aportes sobre la base del principio de reparto funcional de roles, sea en los actos preparatorios y en la organización del delito, lo que significa que todos tuvieron un dominio sobre la realización del hecho descrito en el tipo penal. Así las cosas, se concreto, de un lado , una coautoría ejecutiva parcial pues se produjo un reparto de tareas ejecutivas , y de otro lado, como en el caso se produjo una coautoría no ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes a la realización del delito, éste último no estuvo presente en el momento de ejecución , pero desde luego le corresponde un papel decisivo en la ideación de la organización del delito, en la determinación***

***de su planificación y en la información para concretar y configuras el rescate.”<sup>367</sup>***

En este orden de ideas tenemos que la coautoría ejecutiva, puede su vez ser directa o parcial, directa cuando los aportes van a lo largo de dicha fase, es decir el interviniente realiza todos los actos ejecutivos, y parcial en donde los aportes se dan sólo en parte complementándose hasta el final, produciéndose así un reparto en las tareas ejecutivas, he aquí otro gran avance en cuanto a desarrollo jurisprudencial se refiere, pero nuevamente incidimos en que un avance sin determinación de criterios básicos no resulta positivo del todo, pero no por ello es absolutamente negativo. Además habría que tener en cuenta que, en este caso, el criterio para la determinación de estas premisas es la importancia que se da al plan común en la realización típica, ya que desde la perspectiva del domino del hecho “el plan común da sentido al comportamiento de los coautores”<sup>368</sup>. En esencia se puede concluir que estas premisas se encuentran un tanto inspiradas en la *compensación* formulada por WELZEL<sup>369</sup>, de un *plus* en dominio de decisión en compensación a un *minus* en dominio de configuración prevaleciendo en estos casos el plus del aspecto subjetivo. Así la jurisprudencia refiere que:

***“La coautoría no solo es la ejecutiva -directa y parcial, sea que todos los autores realicen***

---

<sup>367</sup> R.N. N° 488-2004 – LIMA (07/05/04)

<sup>368</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op. Cit. p.487

<sup>369</sup> WELZEL, Hans, Op. Cit. p. 117

***todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas- sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en baso al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos” (R.N. N° 2220-2004-Ayacucho; 29/12/04)<sup>370</sup>***

### **C. Delimitación con respecto al cómplice**

La distinción está en que coautor es aquel que posee dominio del hecho, y el cómplice no. Es necesario distinguir entre cómplice primario y secundario. Cómplice primario es aquel aporte escaso e indispensable, sin el cual no se hubiese materializado el acto delictivo. Dicho aporte debe darse en los actos preparatorios, antes de la ejecución del acto delictivo. Por otra parte, cómplice secundario es aquel aporte que no es tan escaso o indispensable, por lo cual puede darse incluso en la ejecución del acto delictivo<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op. Cit. p.487

<sup>371</sup> Cfr. PEREZ ALONSO, 1998, p. 409 y ss.

Es también oportuno destacar que el cómplice primario o necesario puede recibir la misma pena que el coautor, pero no igual que el cómplice secundario.

### **III. Consecuencias de la coautoría**

La consecuencia de la coautoría es que todos los sujetos intervinientes responden como autores. Lo que necesariamente no quiere decir que todos recibirán la misma pena. Por ejemplo: Pedro y Pablo convencen al menor de edad Andrés para robar la casa de su vecino, pero a los días son intervenidos por la policía. Pedro y Pablo podrían recibir la misma pena, pero Andrés no, por el hecho que éste último no puede ser juzgado por el Código Penal sino por el Código del Niño y Adolescente.

### **IV. Diferencias en la coautoría**

#### **A. Coautoría con acuerdo común**

El primer elemento, el plan o acuerdo común entre los sujetos, se concibe de distintas maneras, pero la mayoría de los autores se conforma con una especie de “conocimiento o dolo común”, es decir, con que cada sujeto sepa que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. En mi opinión, tal acuerdo mínimo (que, como se deriva de lo señalado, no requiere ser expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, y que estimo que habría que concebir como acuerdo sobre la realización de la acción descuidada en la coautoría imprudente) es efectivamente un requisito de la coautoría: primero, en la coautoría dolosa, porque nadie puede responder a título de dolo por lo que no

conoce o no quiere (esto ocurre también en las formas de participación: un partícipe no puede responder por hechos del autor que no conoce); pero además, en la coautoría dolosa y en la imprudente, ese acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por lo que hace él, sino también por lo que hacen los otros coautores. Más concretamente, el acuerdo, unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos, es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forma una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta es básica en la coautoría, en la que se produce una imputación recíproca entre los coautores.

Pero que el acuerdo sea necesario, no significa que sea suficiente, pues de acción conjunta por el acuerdo y la división del trabajo o acumulación de esfuerzos se puede hablar también en supuestos de coparticipación (cuando lo que se realiza conjuntamente sea una acción de participación), e incluso en los supuestos en que intervienen diversos sujetos, uno o varios como autores y uno o varios como partícipes, podría hablarse de una superior acción conjunta que comprendería todo el proceso delictivo. Por tanto, será importante que la acción conjunta que se realice sea de autoría (o sea, se trate de la acción –o acciones- típica nuclear)<sup>372</sup>.

La doctrina mayoritaria todavía comparte que es necesario el acuerdo común (elemento subjetivo) para configurar la coautoría<sup>373</sup>. Aquel criterio subjetivo es importante porque

---

<sup>372</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op. Cit., p. 14

<sup>373</sup> Puntualmente, ROXIN Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 316; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 2005, p. 390.

permite delimitar responsabilidad penal de cada interviniente, así no se responde por los excesos producidos. El exceso se produce cuando un coautor a título personal va más allá de lo acordado, cometiendo un hecho distinto o más grave, que no puede ser imputado a los demás coautores si no era conocido por todos o alguno de los intervinientes<sup>374</sup>.

Como ya se vio, el acuerdo común o decisión conjunta permite fijar la división de trabajo de cada interviniente en el acto delictivo, porque cada sujeto se divide parte de la configuración del tipo penal.

Otro punto importante del acuerdo o decisión común es que su falta de presencia en los delitos imprudentes impide que en ella se pueda diferenciar entre autores y partícipes. En esta situación se trata a todos como autores únicos.

Entonces, para que se configure la *coautoría* es necesario que entre los coautores se presente un acuerdo común, es decir una sumatoria de voluntades acordadas y destinadas a la ejecución final de la realización del tipo. Al respecto ROXIN señala que, el acuerdo de voluntades<sup>375</sup> es un requisito indispensable y que los coautores tienen imprescindiblemente que estar de acuerdo para así poder obrar conjuntamente, de tal manera que si un aporte ha contribuido al resultado y éste no fue acordado previamente

---

<sup>374</sup> ZUGALDIA ESPINAR, Miguel (et. al.) *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 4º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 405.

<sup>375</sup> ROXIN, Claus; Op. Cit. p. 314; para quien; el acuerdo de voluntades es un requisito efectivo de la coautoría.

con los demás intervinientes, se determinará que quién coopera sin que su aporte haya sido acordado no puede ser considerado coautor, a lo mejor es responsable penalmente pero individualmente, debido a que carece del conocimiento de la relación mutua entre coautores.

Estas consideraciones han servido como punto de apoyo a los magistrados para la elaboración de sus resoluciones, - como las que a continuación presentamos- de modo tal que el acuerdo común como requisito de la coautoría, siempre se encuentra presente en la jurisprudencia Peruana, la misma que entiende al acuerdo común como plan global.

***“Carlos Alfonso Orihuela (chofer), Iván Ángel Flores Richter (copiloto), Marcelo Samaniego Velásquez (representante de la empresa intervenida), quienes actuaron en concierto de voluntades por el mismo objetivo delictivo” (R.N N° 808-2004 – HUANUCO; 01/12/04)<sup>376</sup>***

***“Que de la revisión y análisis de los actuados ha quedado probado que los ilícitos patrimoniales han sido perpetrados por una pluralidad de agentes, los que en concierto habrían planificado los hechos delictivos, estando particularmente la participación del acusado (...)”(R.N. Exp N° 177-2004- Lambayeque, Lima 08/06/04).<sup>377</sup>***

---

<sup>376</sup> CASTILLO ALVA, José Luís; Op. Cit., p. 518

<sup>377</sup> CASTILLO ALVA, José Luís; Op. Cit., p. 274 y 275

**“... se infiere que los hechos sub-materia fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego reales [...]”<sup>378</sup>.**

Para el dominio funcional del hecho la importancia de acordar conjuntamente la realización del tipo radica en que así se asegura el éxito del plan, de tal manera que en este acuerdo común, conjunto y previo confluyan las voluntades de los intervinientes, de tal manera que en la ejecución los unos dependan de los otros, pero esta dependencia deberá de ser horizontal ósea sin sujeción a voluntad superior, permitiendo así que el plan funcione y se ejecute conjuntamente, de no haber un concierto de voluntades que permitan que los aportes sean repartidos, cada interviniente andaría por su cuenta y delinquiría sólo, mejor dicho el acuerdo común une y ata entre sí a todos los coautores; para mayor referencia véase la siguiente ejecutoria:

**“En cuanto al título de su intervención, sin duda alguna, los acusados tienen la condición de coautores, pues de común acuerdo- tanto más si se trataba de un asesinato en el que debían extremar las medidas que era del caso implementar para garantizar el éxito de su objetivo, planificarlo debidamente y contar con varios autores**

---

<sup>378</sup> R.N. N° 6017-97, LIMA(11/03/98)

***materiales-, llevaron a cabo todas las acciones imprescindibles que según el plan criminal acordaron debían realizarse, que la ejecución del hecho importó como se ha sostenido, el concurso de numerosas personas dedicadas a seguir el vehículo de la víctima, fijar la cobertura de seguridad – en el ataque y la huida- de los delincuentes, interceptar el automóvil, interrumpir violentamente en él [...] y , finalmente huir sin mayores dificultades y con el menor perjuicio posible a sus integrantes” (R.N. N° 1260-2004-LIMA, 21/07/04)***<sup>379</sup>.

Así, el dominio funcional del hecho asume que el acuerdo común integra los aportes de cada interviniente, ya que estos aportes son acordados dando sentido real al principio de división de trabajo, ósea desde el punto de vista de esta teoría, el acuerdo común es el elemento configurador de tal dominio funcional. Por el acuerdo común, los coautores dominan el hecho en parte y en todo. Verificándose así un “dominio conjunto”<sup>380</sup> que resulta de la función individual de cada agente acordada en el plan, esta comprensión también ha sido asumida por nuestra judicatura al expedir la siguiente ejecutoria:

---

<sup>379</sup> ÁVALOS RODRIGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery; *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2005. pp. 138 y ss.

<sup>380</sup>Cfr. ROXIN Claus; Op. Cit. p.308

***“[...] Existió la decisión común en los participantes para la materialización del tipo descrito en el artículo 170° del Código Penal, al haberse distribuido roles en su participación [...]” (R.N. N° 516-2004, ICA, Lima, 01/06/04)*<sup>381</sup>.**

Así mismo en la coautoría la ejecución final de la realización del tipo de realiza de forma consciente primero y luego en forma conjunta; de modo tal que “el co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho”<sup>382</sup> esto quiere decir que: el acuerdo común fundamenta el dominio funcional del hecho, de tal manera que; “mediante la decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo, así cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta”<sup>383</sup>. En este sentido los tribunales peruanos han resuelto:

***“...Esto último no impide atribuir la realización de la muerte a todos los participantes del hecho, en tanto que ellos, de común acuerdo se han repartido funcionalmente los roles en cuya virtud actuaron en la ejecución del hecho típico, de suerte es de colegir que estaba en el plan común la posibilidad de matar a una de las víctimas”.*<sup>384</sup>**

---

<sup>381</sup> CASTILLO ALVA, José Luís; *Jurisprudencia Penal*, Op. Cit., p. 244 – 245.

<sup>382</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal – Parte general*; Op. Cit., p. 472

<sup>383</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro; Op. Cit., p. 65 y ss.

<sup>384</sup> R.N. N° 3182-2004 – Huánuco ; Lima(15/12/04)

**“El acuerdo común convierte a las distintas contribuciones en partes de un plan global, y da origen al principio de la imputación recíproca, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a los demás”.<sup>385</sup>**

**“...Cada coautor complementa su parte al hecho en que todo lo que haga cada uno de ellos es imputable a los demás.” (Exp. 2874-94, Lima.)<sup>386</sup>**

**“En virtud del principio de reparto funcional de roles, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor”<sup>387</sup>. (Exp. N° 490-99, Cono Norte -Lima- 06/04/00).**

Sobre el acuerdo debemos precisar, que “excluye los excesos”<sup>388</sup> es decir aquel interviniente que va más allá de lo acordado para el éxito del plan, responde individualmente por este exceso; por *ejemplo*: si lo acordado era robar y uno de los coautores mata, este resultado de muerte le es atribuible única y exclusivamente a él, porque sobrepaso los

---

<sup>385</sup> MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal Parte general*. 8ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires 2008. p. 395.

<sup>386</sup> Anales judiciales, T. LXXXIII, p. 310.

<sup>387</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Op. Cit., p. 484.

<sup>388</sup> GARCÍA CAVERO, Percy; Op. Cit., p.575

límites de lo acordado comúnmente, y obviamente en cuanto al robo, sin discusión alguna se afirma que todos son coautores. En ese sentido cabe revisar la siguiente ejecutoria:

***“Fue el procesado quien cogió del cuello fuertemente al agraviado, lo que le produjo la muerte por asfixia, mientras que los demás encausados le sustrajeron sus pertenencias personales y dinero en efectivo, luego de lo cual el procesado deja el cuerpo de lado de la vía carrozable. Por tanto el ejecutor material fue dicho procesado, siendo que dicho hecho no puede imputarse a los co-procesados, al no haberse acreditado que su comisión estaba prevista en el plan común, por lo que es el caso de absolverlos de la acusación fiscal en esos extremos.” (R.N. N° 346-2004- CUZCO; 10/06/04)***<sup>389</sup>

También al respecto cabe afirmar que, *el exceso rompe el principio de imputación recíproca entre los coautores -ya que el acuerdo común es fundamento de la imputación recíproca- de tal manera que dicho exceso es atribuible sólo a quien excede el acuerdo*<sup>390</sup>, por haber roto la vinculación supuesta en el plan, de tal manera que quien excede va más allá de la cooperación requerida por los demás, puesto que el plus

---

<sup>389</sup>ÁVALOS RODRIGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery; Op. Cit., p. 148

<sup>390</sup> GARCÍA CAVERO, Percy; Op. Cit., p.575

aportado –llámese exceso- no era lo que todos querían, sino que se trata de una actuación dirigida por la voluntad propia más no por la voluntad común, lo cual quiebra el nexo subjetivo que existía en el plan, puesto que la voluntad propia no es consentida por los demás; en este punto se presenta algo interesante, puesto que también si el resto consiente el exceso o éste se puede prever, siendo tal situación integrable al plan; el exceso deja de ser exceso y se convierte en parte del plan, por lo que no existe inconveniente alguno en imputar al colectivo el exceso. Al respecto nuestra judicatura ha resuelto que:

***“No existe prueba categórica que establezca fehacientemente que en el plan común de los intervinientes comprendió asimismo el hecho de matar a alguna persona con las armas que portaban si es que surgía alguna dificultad en su ejecución- acuerdo precedente- [...] es claro que el imputado y su co-procesado no sólo portaban en ese momento armas de fuego ni pidieron a sus coimputados que hagan usos de ellas. Por lo que el exceso de los demás coautores, fuera del plan acordado sin que los demás lo consientan, no puede imputársele a ambos, en tanto el que más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca, y no puede inferirse necesariamente que este exceso era previsible por todos, supuesto***

**en el que sí cabría la imputación íntegra del suceso típico”(RN N° 3694-2004; 05/04/04)<sup>391</sup>**

**“Es de puntualizar que cinco individuos participaron en el robo, habiéndose establecido previamente la intervención de tres de ellos; que asimismo no se ha identificado cuál de los intervinientes en el hecho disparó y mató al agraviado; esto último no impide atribuir la realización de la muerte a todos los que intervinieron en el hecho, en tanto que ellos de común acuerdo se han repartido funcionalmente los roles en cuya virtud actuaron en la ejecución del hecho típico, de suerte que es de colegir que estaba en el plan común la posibilidad de matar a unas de las víctimas –ello por lo demás, explica las armas de fuego que portaban- si se oponían decisivamente a la concreción del robo, de suerte que el disparo que uno de ellos efectuó no puede calificarse como un hecho aislado o extraño y fuera del plan delictivo.” (RN N° 2054-2003-APURIMAC; 12/08/04).<sup>392 393</sup>**

---

<sup>391</sup> ÁVALOS RODRIGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery; Op. Cit. p. 145

<sup>392</sup> ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto; Op. Cit., p. 557

<sup>393</sup> Cabe resaltar que la ejecutoria puesta a consideración, nos enseña en qué casos el exceso se puede imputar al colectivo, y ello sólo será posible cuando el exceso es consentido por los demás o es previsible, entonces se convierte en parte del acuerdo común y se mantiene la reciprocidad de la imputación a

En lo expuesto hasta ahora, se ha tratado de mostrar al acuerdo común como elemento específico del dominio funcional del hecho, puesto que para esta teoría, el acuerdo común es el elemento más importante ya que en base a él es posible:

- Que los aportes sean acordados y divididos, quedando así repartido el dominio total del hecho, en función de cada uno de los coautores.
- Que la ejecución final del hecho sea exitosa de tal manera que todo el plan urdido en concierto de voluntades funcione.
- Que el acuerdo común es el fundamento de imputación recíproca entre coautores y excluye los excesos; y
- Que el acuerdo común es la expresión de la sumatoria de voluntades constituyendo así el nexo subjetivo que posteriormente desembocara en la ejecución de la realización final del tipo

De estas consideraciones se establece lo funcional del dominio, puesto que, es en el acuerdo común en donde se

---

todos los coautores, de tal manera que el nexo subjetivo ata a todos y los vincula en una actuación conjunta.

dividen y acuerdan los aportes; y el éxito del plan delictivo depende de qué tan bien acordado esté el plan y que tan bien acordados estén los aportes en él; de tal manera que dicho plan funcione exitosamente y como cada interviniente participa en la ejecución final de la realización del tipo, valga decir el interviniente con su aporte (ya acordado) hace que el plan funcione, de modo tal que el interviniente tiene así entre sus manos una parte del dominio total, ahora según lo propuesto por el dominio del hecho, la importancia de este acuerdo es que si el coautor no realiza lo acordado, el plan se desbarata y todo lo acordado fracasa.

## **B. Coautoría sin acuerdo común**

Existe algunos autores<sup>394</sup> que no creen necesario el elemento subjetivo (acuerdo o decisión común) para configurar la coautoría, por creerla superficial y en muchos casos bastaría con una resolución de adaptación unilateral.

Siguiendo esa línea de interpretación encontramos a LESCH<sup>395</sup>, para quien el criterio de acuerdo o decisión común se reduce a un problema que debe ser resuelto por la imputación objetiva. Continúa señalando que “Responsabilidad accesoria no es sobre todo consecuencia ni de una efectiva comunicación real, ni de un acuerdo efectivo de voluntades entre los intervinientes, sino muy por el contrario el producto de la imputación objetiva, esto es, el

---

<sup>394</sup> Véase, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, 1997, p. 76 y ss.

<sup>395</sup> Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 15.

significado social normativo del suceso”<sup>396</sup>. Lo que importa es la persecución de un objetivo común supraindividual, que transforma el aporte individual en colectivo<sup>397</sup>. Sin embargo, estos planteamientos han sido muy criticados<sup>398</sup>.

En la doctrina española, GARCÍA DEL BLANCO también se muestra en contra del acuerdo o decisión común<sup>399</sup>, aunque en un planteamiento distinto y crítico de la posición de JAKOBS y LESCH. Se ampara en la teoría objetivo formal.

## **V. Supuestos complejos de coautoría**

### **A. Autoría accesoria**

Este criterio era denominado por WELZEL como autoría concomitante<sup>400</sup>. Se diferencia de la coautoría porque aquí no existe el plan o acuerdo común, por lo que cada sujeto – autor accesorio– comete el delito independientemente y sin vinculación al otro sujeto. Bajo esta perspectiva encuentra sentido que MAURACH<sup>401</sup> señale que son supuestos de

---

<sup>396</sup> LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 116.

<sup>397</sup> LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 89.

<sup>398</sup> DÍAZ GARCÍA Y CONLEDO, 1991, pp. 650-659, y pp. 662-663. GUTIÉRREZ RODRIGUEZ. *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 247, pp. 259-260.

<sup>399</sup> GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 636 y ss.

<sup>400</sup> WELZEL, Hans. 1976, Op. Cit. p. 159.

<sup>401</sup> Cfr. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal, T. I*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 348-349.

coincidencia causal de varios sujetos que actúan de manera individual.

## **B. Coautoría sucesiva.**

La regla generalmente indica que el acuerdo común es anterior a la realización o ejecución conjunta del hecho delictivo, pero existen situaciones donde el acuerdo común se presenta al mismo momento de la ejecución conjunta<sup>402</sup>.

En este caso, hay un acuerdo común donde los coautores realizan su propio aporte potencial que resulta idóneo para la comisión típica, siendo sólo una de ellas la que se ejecutará, excluyendo la posibilidad a las restantes<sup>403</sup>.

Esta situación se da en delitos de resultado, pues es indispensable que el delito todavía no se encuentre consumado, puesto que no es punible la intervención de un sujeto después, salvo que exista un delito específico como por ejemplo el encubrimiento real. El sujeto que interviene al momento de la ejecución conjunta no responde de las conductas anteriores, sino desde el momento de su intervención, por tanto, tampoco responde de los excesos que se hayan dado antes de su intervención.

---

<sup>402</sup> PEREZ ALONSO, Esteban, 1998, Op. Cit. p. 292. .

<sup>403</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 488.

Un ejemplo de esto se da cuando un grupo de personas, luego de haber destruido la cerradura de una casa para ingresar a sustraer las cosas, llevan las cosas a la casa de un amigo que decide regresar con los demás para sustraer más cosas. En este caso, el último participante responde en coautoría por el delito de hurto, pero solo por la modalidad simple; no siéndole de aplicación la agravante de destrucción de obstáculos en la que no tuvo participación por no ser parte del delito en ese momento<sup>404</sup>

### **C. Coautoría alternativa**

Aquí existe acuerdo común. Estos son los supuestos de realización comisiva alternativa de los aportes de cada interviniente en calidad de coautor<sup>405</sup>, donde se busca todas las formas para asegurar la materialización del acto delictivo. En la doctrina se pone el ejemplo clásico de los 2 sujetos que acuerdan matar a una persona, y para ello se separan para así encontrarlo y su plan delictivo no tenga falla alguna. Siendo el acto delictivo ejecutado sólo por uno de ellos, quien será autor, mientras que el otro sujeto responderá como partícipe<sup>406</sup>, aunque para otros ambos responder como coautores<sup>407</sup>.

Este supuesto se presentaría si, por ejemplo, Antonio, Bernardo y Carmelo se pusieran de acuerdo para matar a

---

<sup>404</sup> TORRES JIMÉNEZ, 2013, Op. Cit. p. 78.

<sup>405</sup> Véase, PEREZ ALONSO, Esteban. 1998, p. 318.

<sup>406</sup> DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, Op. Cit. p. 684.

<sup>407</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, Op. Cit. p. 78.

Demetrio cuando éste regresara en la noche de trabajar. Si Demetrio pudiera utilizar tres caminos para llegar a su casa, y Antonio, Bernardo y Carmelo se dividieran para esperarlo en cada una de las posibles rutas, siendo Antonio quien lo matara de un disparo; habría que analizar que Antonio, Bernardo y Carmelo se repartieron funciones consistentes en esperar cada uno en las posibles rutas de la víctima; siendo sólo Antonio quien habría realizado la conducta típica del homicidio. En este caso, la doctrina señala que los demás intervinientes tienen un aporte esencial, consistente en asegurar las posibilidades de la producción del delito (la espera en cada una de las rutas asegura el resultado); razón por la que, tomando en cuenta que ex ante son contribuciones esenciales y, por tanto, necesarias; son considerados coautores<sup>408</sup>.

#### **D. Coautoría aditiva**

En este supuesto también existe acuerdo o decisión común, la diferencia con la coautoría está en que aquí la ejecución conjunta es de manera simultánea, de ese modo sólo algunos configurarían el acto delictivo. El caso más común en la doctrina es el caso de fusilamiento, donde varias personas disparan contra un sujeto, pero solo 2 logran alcanzar al cuerpo y causarle la muerte. Todos son coautores, los 2 que causaron la muerte en grado de consumación y los demás como tentativa.

En la coautoría aditiva varios sujetos, siguiendo el plan común, realizan la acción ejecutiva, pero solamente algunas

---

<sup>408</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 80.

de esas acciones producen el hecho, teniendo la actuación conjunta y simultánea la finalidad de incrementar el riesgo de la lesión al bien jurídico y así asegurar el objetivo de los autores<sup>409</sup>.

Un ejemplo de esto se produce cuando, para matar a una persona, varios sujetos acuerdan disparar a la vez, pero sólo el disparo de uno es el que causa la muerte a la víctima; en este caso, el aporte de todos es necesario, ya que independientemente de quién sea el que efectivamente realice el disparo mortal, todos colaboran para obtener esa finalidad acordada, por lo que son coautores del delito<sup>410</sup>.

## **VI. La coautoría en el Código penal español**

El Código penal español distingue entre quienes son autores de los que son partícipes. El artículo 27, luego de la reforma de 2015 que eliminó la figura de las faltas señala: “son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”. Ello es un punto de vista general que regula la intervención en el acto delictivo, el cual desarrolla los grados de autoría en el artículo 28.1 del CP, específicamente la coautoría cuando señala que: “son autores quienes realizan el hecho conjuntamente”.

En la doctrina se reconoce que la teoría del dominio del hecho<sup>411</sup> no se presenta como criterio dominante. Al respecto existen varios

---

<sup>409</sup> HUERTA BARRÓN, Rocío y VEGA LLAPAPASCA, Rafael; Autoría, *Cuestiones preliminares, Tipos de Autoría*. En: Autoría y Participación, Caballero Bustamante, Lima, 2010. p. 31

<sup>410</sup> TORRES JIMÉNEZ, Lima, 2013, p. 82

<sup>411</sup> Aceptan esta teoría: entre otros, ZUGALDIA ESPINAR (et. al.), 2010, pp. 401-402: “La teoría del dominio del hecho resulta válida para determinar la

planteamientos que buscan fundamentar el concepto de autor y a partir de ello su diferenciación con las distintas formas de participación: Así, MIR PUIG<sup>412</sup> desde una teoría del dominio del hecho entendida como pertenencia al hecho señala que son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. La propuesta de MIR PUIG no abandona por completo el ámbito de la teoría del dominio del hecho, si bien añade un nuevo criterio corrector a la misma, como es la pertenencia que, como enseguida veremos, utiliza para delimitar la figura de autor. La lectura que MIR PUIG realiza de la teoría del dominio del hecho está motivada, como punto de partida, por la conveniencia de superar la perspectiva ontológica en la que –a su entender–, sigue anclada dicha teoría. Y ello porque la teoría del dominio del hecho<sup>413</sup> “... desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor”<sup>414</sup>

En los delitos de acción, lo anterior significa, como mínimo que el sujeto ha “... (Co)-causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la imputación objetiva y subjetiva del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la

---

autoría solamente en los delitos doloso y comunes (que constituyen la mayoría de delitos de la Parte Especial). No es de aplicación, como veremos, ni a los delitos imprudentes ni a los delitos de infracción de deber (Roxin), en los que la autoría se determina a través de otros criterios”.

<sup>412</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, B de F, Buenos Aires, 7° ed., 2004, p. 390.

<sup>413</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 83

<sup>414</sup> *Ibidem*.

imprudencia”. Sin embargo, el anterior concepto no basta para delimitar al autor porque lo mismo puede predicarse de los partícipes que inducen o cooperan con aquél. De ahí que, al decir de MIR PUIG, “... sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito<sup>415</sup>

Aun cuando –quizá por obvio-, de ordinario no se repara en ello, se considera que en esta reflexión de MIR PUIG, se evidencia claramente que, además del nuevo criterio que propone otorga importancia a la idea de la imputación en la delimitación del autor. Sin embargo, no construye su teoría sobre la imputación –o por lo menos no lo hace abiertamente-, sino sobre la crítica a determinados aspectos del dominio del hecho. Así considera que el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Sobre esta premisa, ofrece una nueva perspectiva para orientar el problema de la distinción entre autoría y participación. En efecto, considera que el delito pertenece al sujeto como suyo. Así pues, autor, para MIR PUIG, sería el que, reuniendo las condiciones personales requeridas en el tipo, aparece como el protagonista del mismo, como sujeto principal de su realización

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ quién parte desde una concepción significativa de acción desde la orientación de VIVES ANTÓN, la cual se asienta sobre la base de la teoría objetivo-formal: “en lo que atañe a la coautoría, hay que tener en cuenta que la conducta realizada por los coautores no podrá ser fraccionada en

---

<sup>415</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7° ed., B de F, Buenos Aires, 2005, p. 373

contribuciones materiales e individualizables, sino que habrá de ser examinada en su conjunto, como una conducta a la que cabe atribuir el sentido de acción que se desprende del tipo”<sup>416</sup>.

Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS asume un concepto integrado de autor, donde para la coautoría el aspecto de acceso se caracteriza por alcanzar el injusto específico mediante la ejecución incompleta o parcial del tipo, quedando el fundamento en el dominio del suceso en solitario y sin aprovechamiento de ninguna otra persona<sup>417</sup>.

Una de las principales características del derecho penal español que viene apoyando la doctrina es el correspondiente a la distinción de grados de intervención en delitos imprudentes o culposos<sup>418</sup>. DÍEZ RIPOLLÉS partiendo del concepto legal de autor, que lo lleva a un concepto restrictivo de autor, aplicable tanto a delitos dolosos como imprudentes<sup>419</sup>. De igual modo, aunque partiendo de la teoría de la determinación objetiva y positiva al hecho planteada originariamente por LUZÓN PEÑA<sup>420</sup>.

## **VII. La coautoría en el Código penal peruano**

---

<sup>416</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 486.

<sup>417</sup> DIEZ RIPOLLES, 2016, Op. Cit. p. 365.

<sup>418</sup> MIR PUIG, 2004, p. 377.

<sup>419</sup> DIEZ RIPOLLES, José. *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal*, en *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1, 1998, pp. 33-39.

<sup>420</sup> ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 501 y ss.

La figura de la coautoría se encuentra regulada en el artículo 23 del Código penal peruano: “los que lo cometan conjuntamente”. La cual es una fórmula bastante amplia que abarca dos sentidos, el primero porque permite establecer la decisión colectiva de realizar la infracción, y en segundo, la colaboración conjunta de manera consciente y voluntaria<sup>421</sup>.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la figura del dominio del hecho como elemento directriz entre autor y partícipe<sup>422</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la doctrina mayoritaria adopta el dominio funcional del hecho como elemento fundamentador de la coautoría<sup>423</sup>. Se exige, de la misma forma que en otros países del sistema europeo-continental, la presencia de un elemento subjetivo (acuerdo de voluntades) y objetivo (ejecución conjunta). El co-dominio del hecho presupone además concierto de voluntades para realizar el plan global unitario<sup>424</sup>.

Aunque también existe parte de la doctrina que apunta a la falta de necesidad del acuerdo previo o de voluntades para configurar la coautoría, en ese punto es claro MAZUELOS COELLO al sostener que la “coautoría no se fundamenta más en la decisión común

---

<sup>421</sup> Cfr. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general, I*, Grijley, Lima, 2005, p. 875.

<sup>422</sup> STC, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005.

<sup>423</sup> Véase, VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 481 y ss.; HURTADO POZO, 2005, p. 877 y ss.; VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2014, p. 383.

<sup>424</sup> VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2014, p. 384.

hacia el hecho en el sentido de un acuerdo mutuo, sino desde el concepto de decisión de adaptación, que sirve de conexión entre la contribución de aquel que no actúa directamente, pero que interviene co-ejecutando el hecho, de tal forma que lo configura con el hacer de quien ejecuta el hecho directamente”<sup>425</sup>.

Tal interpretación mayoritaria del dominio del hecho también es compartida por la jurisprudencia:

***“La coautoría requiere que quienes, con una decisión común, toman parte en la ejecución obren con dominio funcional”<sup>426</sup>.***

***“La intervención dolosa del acusado en la ejecución de los ilícitos se califica como esencial y no accesoria o secundaria, cuando se actúa con dominio funcional del hecho en la etapa de ejecución, esto es, dando una parte significativa cuya ausencia hubiera determinado el fracaso del plan de ejecución, consideraciones estas que permiten unificar la imputación a título de autores”<sup>427</sup>.***

---

<sup>425</sup> MAZUELOS COELLO, Julio. *El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 2003, p. 458.

<sup>426</sup> Ejecutoria Suprema, Exp. N° 4484-97, del 09 de octubre de 1997.

<sup>427</sup> Ejecutoria Suprema, Exp. N° 3335-98, del 19 de octubre de 1998.

## **CAPÍTULO VI**

### **AUTORÍA MEDIATA**

#### **I. Fundamentos y requisitos**

En temas de intervención delictiva la autoría mediata puede ser considerada como el criterio más debatido, y esto porque a diferencia de las demás figuras de autoría no exige una ejecución directa del delito sino a través de otro. De ahí que, por ejemplo, para la teoría objetivo-formal la autoría mediata termina siendo una autoría ficticia, por lo que se buscaba introducirla en la inducción<sup>428</sup>. Debe destacarse que la autoría mediata es una forma de autoría, que conjuntamente con la autoría directa y coautoría, comparten el criterio de figura central sobre el delito para responder penalmente como tal.

Desde otra orientación el dominio del hecho entiende a la autoría mediata como figura extraña a la inducción y, por tanto, como una forma más de autoría. En esa línea el dominio del hecho es entendido como dominio de la voluntad, tesis que fundamenta su contenido. Este dominio de la voluntad se dirige al ejecutor del delito. Entonces, autor mediato será aquel autor que domina la voluntad del ejecutor directo que de mano propia comete el hecho delictivo.

---

<sup>428</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 165.

Existirá dominio de la voluntad en los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás<sup>429</sup>, es decir, el autor mediato. Además, debe quedar en claro, y como bien sostiene ROXIN, que “el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley”<sup>430</sup>.

Este dominio de la voluntad puede darse a través de varios supuestos, por ejemplo, cuando el autor mediato u hombre de atrás se aprovecha del error del ejecutor o autor directo para que éste último cometa el delito. También están los supuestos de coacción, mediante la utilización de inimputables, entre otros.

Otra característica de la autoría mediata, que lo diferencia de otras figuras afines es que el ejecutor del delito, quien actúa como autor al ejecutar de propia mano el hecho delictivo, nunca responde penalmente, y esta decisión se fundamenta en la circunstancia que el dicho autor directo actúa bajo error o coacción.

Una última característica es que el instrumento o ejecutor del delito siempre tiene que ser una persona humana. Se instrumentaliza la voluntad humana y no un objeto. En casos que se instrumentaliza un objeto, como por ejemplo un perro, estaremos ante supuestos de autoría directa.

---

<sup>429</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2000, p. 168; de igual manera, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 2004, p. 379; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 150 y ss.

<sup>430</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 170.

## **II. Delimitación de categorías conceptuales**

### **A. Instigación**

Si bien actualmente estos dos criterios son muy distintos, guardan similitud en cuanto a la posibilidad de poder recibir la misma pena, es decir, tanto el autor mediato como instigador o inductor pueden estar sujetos a la misma pena. Más allá de esta característica todas las demás son diferencias, la primera es su grado de ubicación sistemática, mientras la autoría mediata se guía por el dominio del hecho entendido como dominio de la voluntad, por tanto, autor mediato es la figura central, el instigador se ubica dentro de la participación, no rigiendo en su ámbito el dominio del hecho, sino el principio de accesoriedad. El instigador nunca puede tener el dominio del hecho, pues ello lo convertiría en autor inmediatamente, en cualquiera de sus formas.

La autoría mediata representa un aliud y no un plus respecto a la instigación, pues ambas formas de intervención delictiva presentan una estructura propia<sup>431</sup>.

Como se ha explicado, en la autoría mediata el verdadero autor no realiza directamente el delito, sino que lo realiza a través de otra persona. Esta situación se asemeja a la inducción, donde un individuo también hace que otro cometa el delito, sin intervenir el primero en los actos de

---

<sup>431</sup> BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 145.

ejecución, por lo que es necesario hacer una distinción entre ambas figuras<sup>432</sup>.

Esta precisión deviene en importante, no por la pena, pues conforme con el código penal peruano, al inductor se le aplica la misma pena abstracta que al autor; sino por sus consecuencias prácticas, como la accesoriadad de la participación. Así, por ejemplo, si en un caso, a pesar de intervenir varios sujetos en el hecho, sólo uno es portador de un elemento de la autoría o de un elemento subjetivo, de no ser considerado autor este sujeto, decaería la posibilidad de participación por faltar el hecho principal; asimismo, si concurriese una agravante (como la alevosía en un homicidio) sólo en el ejecutor y no en el hombre de atrás, no podría imputarse inducción a un asesinato. Por ello es importante determinar con claridad cuál sujeto es el autor del delito, ya que en la autoría mediata será autor el hombre de atrás, mientras que en la inducción será autor el ejecutor material del delito<sup>433</sup>.

Ahora bien, tanto la instigación, cuanto la autoría mediata, coinciden en que en ambos supuestos ni el instigador ni el autor mediato participan en la comisión de delito, logrando su objetivo criminal a través del acto de otra persona; así, en el primer caso, lo convencen de cometer el delito; mientras que, en el segundo, dominan su voluntad

---

<sup>432</sup> TORRES JIMÉNEZ, Luis Eduardo, *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, p. 145

<sup>433</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 145.

La diferencia entre ambas figuras es que, en la instigación el “hombre de atrás” convence al ejecutor de cometer el delito, por lo que la realización del delito depende de la decisión de este último, siendo así quien tiene el dominio del hecho; mientras que, en la autoría mediata, el hombre de atrás domina la voluntad del ejecutor, por lo que él “impulsa” la realización del delito sin depender de la decisión libre de este último, siendo el hombre de atrás quien tiene el dominio del hecho<sup>434</sup>.

Lo anterior se explica en que, en la instigación, tanto el instigador cuanto el autor, conocen el delito que se quiere cometer, y tienen la intención de que se cometa el mismo, ostentando la decisión respecto de cometerlo, únicamente el ejecutor. En cambio, en la autoría mediata no existe ese conocimiento o decisión común, puesto que, al encontrarse el ejecutor, por ejemplo, bajo error o bajo coacción, desconoce que va a cometer un delito; es decir, no tiene poder de decisión libre sobre la comisión del mismo, teniéndolo únicamente el hombre de atrás, lo cual, como ya comentamos, le da el dominio del hecho.

Es por ello que, en el caso de que una persona quisiera que otro cometa en su lugar un delito y, por ejemplo, ofreciera dinero a un sicario a cambio de matar a su enemigo; se presentaría una instigación, puesto que sólo si el sicario acepta cometer el delito, éste se podrá llevar a cabo<sup>435</sup>; mientras que, en la autoría mediata, como se ha mostrado en los diferentes supuestos, el hombre de atrás impulsa la

---

<sup>434</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 146.

<sup>435</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. señalan como uno de los medios utilizados por el instigador el ofrecimiento de recompensas.

ejecución del delito sin necesitar la aceptación del ejecutor, ya que no la necesita al dominar su voluntad<sup>436</sup>.

Se ve entonces que la diferencia que existe entre la instigación y la autoría mediata es el dominio del hecho que se tiene en el ejecutor; siendo que la falta de éste no implica necesariamente que se haya configurado una instigación. Así, la inducción no es componente de la autoría mediata, pudiendo configurarse otras formas de participación, o incluso constituir una conducta no punible<sup>437</sup>.

## **B. Complicidad**

Casi los mismos fundamentos que los señalados para la distinción entre autor mediato e instigador son aplicados para este supuesto. En lo referido a la pena sólo el cómplice primario puede responder de igual modo que el autor mediato, más no el cómplice secundario.

La complicidad (primaria o secundaria) forma parte de la participación, por lo que los partícipes no poseen el dominio del hecho, primando entonces el principio de accesoriedad.

## **III. Supuestos de autoría mediata**

---

<sup>436</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 147.

<sup>437</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 148.

### **A. Autoría mediata por coacción**

Uno de los supuestos de autoría mediata que la doctrina califica como «indiscutible» viene constituido por el ejercicio de la coacción sobre el sujeto de delante. Sin embargo, la utilización de la violencia para conminar a otro a que ejecute un delito no es algo privativo de la autoría mediata. La doctrina ha venido admitiendo que el empleo de medios violentos para la determinación dolosa de otro a cometer un delito, puede constituir también la base de una inducción, lo cual no es extraño porque tanto la inducción como la autoría mediata en su desarrollo histórico presentan un tronco común en la «autoría intelectual». Sin embargo, para algunos autores, la delimitación entre autoría mediata e inducción, en general o cuando se coacciona a realizar un hecho punible, se considera innecesaria, carente de toda significación práctica, pues tanto a uno como a otro caso corresponde la misma penalidad<sup>438</sup>.

Precisamente por esto, la discrepancia no estriba en otra cosa que en encontrar un criterio que determine cuándo supone autoría —mediata o inmediata— el ejercicio de la coacción sobre una persona, respecto al delito cometido por ésta, y cuándo participación, pues, aunque en principio la penalidad no varíe, estar ante un hecho de autoría o ante uno de participación sí podría provocar consecuencias jurídicas distintas. Es cierto, respecto de la autoría mediata, que el grado de violencia no puede verificarse en una ausencia total de acción en el instrumento —fuerza irresistible—, o que elimine un marco de libertad en el que

---

<sup>438</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. pp. 138-139.

pueda sustanciarse la resolución delictiva —más o menos libre— del inducido, dejando intactas las posibilidades tanto de una autoría mediata como de una inducción. Y esta delimitación me parece conveniente y necesaria<sup>439</sup>.

Luego de ver estas consideraciones generales, debemos enmarcar claramente que la doctrina mayoritaria, *-es la que precisamente acabamos de exponer líneas arriba-*, al postular que el hombre de atrás responda como autor mediato, se sustenta en el aprovechamiento de la coacción, lo que justifica el dominio de la voluntad del instrumento. El ejecutor del delito o también denominado instrumento actúa bajo la influencia de la coacción dirigida por el hombre de atrás o autor mediato<sup>440</sup>. A entender de ROXIN éste resulta ser el caso más sencillo<sup>441</sup>. El que obra coaccionado lo hace con dolo, por ende, domina la acción delictiva como ejecutor del delito<sup>442</sup>.

Para una mejor comprensión de esta figura, es preciso por ello tener en cuenta las circunstancias en que se ejerce la coacción; por ejemplo, si se crea una situación de necesidad para el instrumento o, ya dada, se aprovecha de ella el sujeto de atrás para obligarle a lesionar un bien jurídico. Dependiendo de la existencia o no del dominio del hecho, puede darse la autoría tanto para el sujeto de atrás como para el de adelante (actuación al menos típica de éste),

---

<sup>439</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 139.

<sup>440</sup> Cfr. JESCHECK. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993, pp. 609-610; MIR PUIG, 2005, p. 381.

<sup>441</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, T. II, Civitas, 2014, p. 85.

<sup>442</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, ARA, 2004, p. 477.

inducción para el sujeto de atrás y autoría para el sujeto de delante (no hay situación de justificación o de disculpa), autoría para el sujeto de atrás e intervención impune del sujeto de delante (coacción a la autolesión). Sobre todas estas situaciones profundizaremos más abajo, quedándonos por el momento con la cuestión de cómo puede fundamentarse el dominio del hecho en un sujeto que ejerce coacción sobre otro si éste, en virtud de ella, comete un delito<sup>443</sup>.

La imagen normativa de la instrumentalización no se corresponde únicamente con los supuestos en que el derecho libera de responsabilidad a quien actúa delante, sino también cuando actúa culpablemente con responsabilidad atenuada. Por tanto, la falta de libertad en el dominio a través de la coacción se corresponde con que la instrumentalización fáctica alcance un reconocimiento en la plasmación de un déficit de libertad reconocido por el derecho, porque éste reconoce también una responsabilidad atenuada<sup>444</sup>.

### **C. Autoría mediata por error**

Esta se circunscribe como la segunda forma de autoría mediata. A entender de ROXIN<sup>445</sup> aquel se da en varios supuestos: a) cuando el ejecutor del delito actúa sin dolo, b)

---

<sup>443</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 141.

<sup>444</sup> Véase, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 164.

<sup>445</sup> Cfr. ROXIN, 2014, p. 92; en sentido parecido MIR PUIG, 2005, p. 381.

cuando el ejecutor actúa en error de prohibición, error sobre las causas de exculpación, entre otros.

Aquí debe hacerse hincapié en que la estructura normativa de la autoría mediata por error, en todas sus formas, es distinta que, por ejemplo, la autoría mediata por coacción.

Un supuesto clásico de autor mediato por error es cuando el hombre de atrás aprovecha que la empleada entrega todos los días a las siete de la mañana el desayuno a su suegra, así que coloca veneno en el café que llevará la empleada, causando de esta manera la muerte de su suegra.

En estos casos el instrumento desconoce las circunstancias objetivas entre las que se desenvuelve su actividad, o bien el sentido o la trascendencia jurídica de su actuación, factores ambos que permiten al sujeto de atrás utilizarle para lesionar un bien jurídico<sup>446</sup>. Aquí el instrumento actúa sin dolo<sup>447</sup>.

#### **D. Autoría mediata a través de inimputables**

La tercera modalidad clásica de autoría mediata se trata del supuesto en el que, el hombre de atrás se sirve de un inimputable para la comisión del delito, por ejemplo, de un menor de edad, una persona embriagada o un enfermo mental; donde si bien aquí el intermediario realiza una conducta típica y antijurídica, ésta no es culpable, por lo que no puede aplicársele una pena, respondiendo únicamente el

---

<sup>446</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 171.

<sup>447</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 476.

hombre de atrás, el cual responde como autor debido a que domina la voluntad del inimputable<sup>448</sup>

Este son los casos donde el instrumento o ejecutor del delito carece de capacidad de culpabilidad. Por ejemplo, están aquellas situaciones delictivas donde el hombre de atrás utiliza a un menor de edad o a una persona que tiene anomalía psíquica o algún trastorno mental

Un ejemplo de este supuesto se presenta cuando Antonio le entrega un arma real a un niño de 5 años y le dice que su papá, Bartolomé, le ha dicho que quiere jugar con él a los vaqueros, así que debe encontrarlo y dispararle con la pistola, lo cual hace el niño, disparándole y causándole la muerte, logrando así Antonio el delito deseado por medio del menor<sup>449</sup>.

En este caso, debido a que el intermediario es un inimputable, no tiene el discernimiento o la capacidad mental para entender las consecuencias jurídicas de sus actos, sirviéndose el hombre de atrás de esto para que el inimputable realice la acción necesaria para la comisión del delito, por lo que domina su voluntad gracias al mayor conocimiento sobre el significado de las acciones realizadas por el intermediario, logrando así que participe en su plan un tercero sin su consentimiento, ya que incluso si lo diera, por su condición de inimputable, no sería un consentimiento válido<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 183.

<sup>449</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 183.

<sup>450</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. 183.

BOLEA BARDON señala que este tipo de autoría mediata se da cuando “el hombre de atrás es quien coloca al intermediario en la condición de la inimputabilidad, más no si ya encontrándose el ejecutor en esa situación, aprovecha esta circunstancia para servirse de él, puesto que sólo en el primer caso hay una manipulación de la situación por parte del hombre de atrás, lo cual le otorga el dominio del hecho<sup>451</sup>”

Y como bien señala ROXIN “en los casos de autoría mediata por medio de intermediario inimputable, el defecto puede residir en el ámbito intelectual, es decir, hay una falta de capacidad de “comprender el carácter no permitido del hecho” en el instante del hecho, por lo que desconoce la desvaloración social de su conducta, lo cual sí es conocido por el hombre de atrás, pudiendo así servirse de la acción del tercero para la comisión del delito, siendo asimilable este supuesto al de autoría mediata a través de un intermediario que se encuentra en error de prohibición, donde el intermediario tiene el conocimiento del primer grado del dominio del hecho, mientras que el hombre de atrás tiene el conocimiento del segundo grado del dominio del hecho<sup>452</sup>

Pero también puede residir el defecto en el ámbito volitivo, es decir, el intermediario tiene claro lo no permitido de su conducta pero no tiene la capacidad de “obrar con arreglo a esa comprensión”, debido a ello el hombre de atrás es autor mediato al sugerir el plan del delito al autor directo, como si estuviera instigando, ya que en estos casos al intermediario

---

<sup>451</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. pp. 332-333.

<sup>452</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 263.

le falta toda capacidad de inhibición, por lo que no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya, por más que pueda conducirse muy final y resueltamente al realizar la decisión, siendo en realidad dominado en la formación de su voluntad por el hombre de atrás, resultando ello asimilable a los supuestos de autoría mediata por coacción; precisando que, si el inimputable ya había adoptado la decisión y el hombre de atrás simplemente lo auxilia, sólo se configurará autoría mediata si la cooperación era indispensable para la comisión del delito, ya que la realización del delito depende de él, de lo contrario, si se trata de una ayuda prescindible, será sólo un partícipe; puesto que ya no depende de su aporte la comisión del delito, ni forma la voluntad del agente, por lo que no tiene el hecho en sus manos<sup>453</sup>.

También se acepta esta clase de autoría cuando el ejecutor tiene la culpabilidad considerablemente disminuida<sup>454</sup>

#### **IV. Autoría mediata y las fases de ejecución del delito**

Es importante dejar en claro que para que una persona pueda ser responsabilizada penalmente es necesario, por lo menos, que se dé inicio la ejecución del delito, pues con ello ya se pone en peligro el bien jurídico que se busca proteger.

Para esto se utiliza el iter criminis, que comprende todo el proceso psicológico de incubación del proceso delictivo, hasta la

---

<sup>453</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. pp. 262-263

<sup>454</sup> Cfr. ROXIN, 2014, Op. Cit. p. 150.

perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto<sup>455</sup>.

De este modo es el Iter Criminis Es el estudio dogmático penal, de la psiquis del sujeto activo, desde el momento en que ha ideado la consumación de un determinado injusto penal, hasta que ha logrado conseguir la misma, e incluso agotarla<sup>456</sup>.

El delito de manera estructural siempre cumple con el iter criminis, es decir, con los pasos necesarios para cometer el delito. Dichos elementos son tres: fase interna, actos preparatorios y ejecución del delito o fase externa. Tiene comienzo el iter criminis, en la llamada Idea del delito hasta llegar a su consumación y, finalmente, a su agotamiento<sup>457</sup>.

Es así que se ha considerado en la doctrina mayoritaria que el Iter Criminis está compuesto por dos fases: 1) Interna; 2) Externa. Estas fases también han sido llamadas, subjetiva la primera, y objetiva la segunda; pero es de anotarse que son diferentes entre sí, y que tienen consecuencias diversas, puesto que en la primera fase existe la impunidad para ella, en la segunda se da lugar a que se sancione y también se llega a la consumación o perfección del ilícito; a su vez, cada una de estas fases está integrada por unos estados; cada uno tiene su propia denominación. Así por ejemplo: la fase interna la constituyen, la

---

<sup>455</sup> CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 2003, pág. 213.

<sup>456</sup> CASTRO MARADIAGA, JUAN BAUTISTA. Las etapas del Iter Criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato, p. 98

<sup>457</sup> MEJÍA HUMBERTO, Análisis del Iter Criminis, p. 21

Idea, la deliberación y, por último, la resolución íntima de delinquir<sup>458</sup>.

#### **A. Fase interna**

La fase interna, perteneciente al mundo interno del sujeto es claramente impune, porque no existe ningún signo de exteriorización. Es la etapa de deliberación que culmina con la toma de decisión de como cometer el delito<sup>459</sup>.

Esta fase está integrada por varios estados, el primero de los cuales es el llamado de la Ideación, o Idea que llaman otros. Está compuesto este primer estado, por la idea de delinquir, es decir cuando aparece en la mente del agente la intención de cometer un delito determinado. Es lógico que antes de fijarse esta idea en la mente del hombre, hayan ocurrido varios momentos, los cuales son necesarios. Precisamente, esta situación fue descrita por Ferri. al apuntar que si, en el tiempo las representaciones de los sentimientos y ele las ideas éstos se agotan pasivamente, o quedan neutralizados por los sentimientos o ideas contrarias, entonces esa idea queda reducida a una simple emoción íntima que, más tarde hará parte ele los recuerdos, pero sin llegar a configurar una determinación de la voluntad que tienda a un obrar exterior y material; más si las fuerzas contrarias que actúan como moralizadoras no son lo bastante fuertes para vencer la fuerza de las primeras, entonces esas diversas sensaciones

---

<sup>458</sup> Ibidem.

<sup>459</sup> HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte general, Lima, 2005, p. 796.

entran a hacer parte del sentimiento, lo que constituye la idea letal o criminal<sup>460</sup>.

Ocurre algunas veces que la idea es repelida definitivamente, o por lo menos en principio; pero al aparecer nuevamente y ya con una fuerza más arrolladora, da lugar al segundo estado, que es el llamado "de la deliberación". Este está caracterizado por un proceso de lucha entre la idea criminosa y las normas morales que batalla contra ese deseo inmoral. Se explica esa lucha dentro del estado denominado "de la deliberación", ya porque el hombre no puede sustraerse a la influencia que sobre él tienen aquellos controles o resortes morales, que son los que lo conducen a rechazar la idea criminosa y al tallar los instrumentos éticos o factores de utilidad que se oponen al desarrollo de la idea criminosa, entonces se da lugar al apareamiento de este segundo estadio que se llama "la deliberación". Nadie puede negar que la ética, o sea lo que hemos llamado resortes morales, ejerce una inmensa influencia en la vida del hombre, a tal punto de que todo hombre debe tener necesariamente su ética, es decir, debe acomodar su actividad, a unas normas morales determinadas<sup>461</sup>. Este estado de deliberación ha sido concretamente definido como "proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella"<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> MEJÍA HUMBERTO, Op. Cit. p. 22

<sup>461</sup> MEJÍA HUMBERTO, Op. Cit. p. 23.

<sup>462</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Breve ensayo sobre la tentativa*, 6° edición, Editorial Porrúa, México 2003. p. 10

Puede transcurrir un mayor o menor espacio de tiempo, entre el momento en que aparece la idea en la mente del hombre, y su realización; ello depende de la mayor o menor fuerza o ímpetu con que ella surja en la mente del agente, así como de la clase de lucha que se cumple en la mente del sujeto; pero si la idea criminosa se salva y sale adelante en esa lucha, entonces aparece un nuevo estado que es el llamado "Resolución Intima de delinquir", el cual es el tercero de la fase interna o subjetiva<sup>463</sup>.

Para terminar los comentarios que a esta fase le hemos venido haciendo, habremos de anotar que ésta no tiene importancia en el ámbito jurídico penal, ya que al no presentarse la objetivación de la idea criminosa, bien sea en actos, o bien en palabras, se hace imposible la lesión al derecho ajeno que es protegido por la ley; siempre que la idea criminosa permanezca en la mente del hombre, en lo más recóndito, íntimo de su conciencia, la infracción al orden jurídico no puede ocurrir. Habrá lugar a la sanción de carácter religioso, pero nunca a la penal<sup>464</sup>.

Por ejemplo, el ladrón que piensa que la mejor manera de entrar a robar en la casa de su vecina es cuando aquella sale de la casa.

## **B. Fase externa**

La fase siguiente determina el ámbito externo de la fase interna. Aquí se empieza a ejecutar y se ejecuta el delito. La

---

<sup>463</sup> MEJÍA HUMBERTO, *Ibidem*.

<sup>464</sup> MEJÍA HUMBERTO, *Ibidem*.

fase externa está conformada por los actos preparatorios y los actos ejecutivos<sup>465</sup>.

Es también una regla que los actos preparatorios no se sancionan penalmente, es decir, son impunes, salvo que el propio legislador lo haya previsto como delito, así, por ejemplo, el delito de asociación ilícita.

Los actos preparatorios de la *Fase Interna* se diferencian claramente de la *Fase Externa*, y en ese sentido, el primero-acto interno- se encuentran en la psiquis del sujeto activo al momento en que este planea mentalmente la ejecución de una determinada conducta prohibida, lo cual, no supone una puesta en peligro a un bien jurídico tutelado por la norma penal sustantiva. Así pues, estos actos internos: ideación -planificación mental de la realización de un determinado injusto penal-, deliberación - análisis mental que realiza el sujeto activo, respecto de las posibilidades de ejecutar certeramente el injusto penal ideado- y la resolución - que presupone la voluntad consciente de parte del sujeto activo, de iniciar la ejecución de un determinado injusto penal-, resultan ser penalmente impunes, por cuanto, estos aún no han sido exteriorizados por el agente y no representan una ofensa -puesta en peligro- a un bien jurídico, pues en caso contrario, estaríamos en presencia de un derecho penal de autor, en el que se castiga a los ciudadanos, por su apariencia física e incluso por sus pensamientos<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> Más detalles véase en JESCHECK, 1993, p. 469 y ss.

<sup>466</sup> CASTRO MARADIAGA, Op. Cit. p. 100.

En ese sentido, para que determinados *actos preparatorios* sean penalmente relevantes y puedan ser sancionadas como actos preparatorios externos, deben estar contenidos expresamente en la norma penal sustantiva<sup>467</sup>.

Así en algunas legislaciones, los actos preparatorios son punibles, por ejemplo, en el delito de conspiración se abarca claramente este supuesto imputación, describiéndose este delito de la siguiente forma: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo”<sup>468</sup>

Regulación que expresamente requiere, para la punibilidad de la conducta, que esta sea ejecutada por una pluralidad de sujetos activos, quienes deben haber resuelto conjuntamente, el ejecutar un determinado injusto penal<sup>469</sup>.

El segundo modo de la fase externa se manifiesta por medio del inicio del acto ejecutivo del delito, lo que hace importante aquí establecer si se está ante un acto de tentativa o un delito consumado.

La tentativa, de igual modo que la consumación, exigen un tipo subjetivo completo<sup>470</sup>, en ese sentido la diferencia se encuentra en el ámbito objetivo, a la tentativa le falta cumplir con el criterio normativo del resultado delictivo, por ejemplo, la muerte en un delito de homicidio.

---

<sup>467</sup> CASTRO MARADIAGA, Op. Cit. p. 101.

<sup>468</sup> *Ibidem*.

<sup>469</sup> *Ibidem*.

<sup>470</sup> JESCHECK, Op. Cit. p. 466.

### **C. El inicio de la tentativa en la autoría mediata**

En relación con la cuestión de cuándo comienza la fase ejecutiva (o sea la tentativa) para el autor mediato se defienden prácticamente todas las posturas imaginables: para unos, comienza cuando el autor mediato empieza a actuar sobre el instrumento (matizando algunos que debe tratarse del comienzo de la actuación decisiva sobre el que actúa inmediatamente); para otros, cuando el instrumento da inicio a la ejecución de su hecho; para una tercera postura, cuando el sujeto de atrás ya “suelta de su mano” al instrumento, aunque éste no haya comenzado todavía a actuar; por fin, hay autores que distinguen según el supuesto de autoría mediata de que se trate<sup>471</sup>.

Es así que un aspecto discutible en la autoría mediata es cuándo se da inicio al delito y, por lo tanto, desde cuándo puede responder por tentativa el autor mediato. En ese sentido ROXIN diferencia dos supuestos: Si el autor mediato pierde el dominio de la acción y deja el resto a la conducta del instrumento aquí empezará la tentativa. Pero si continua con el dominio, la tentativa comenzará cuando el instrumento empiece a actuar.<sup>472</sup>

Para la doctrina mayoritaria no existe inconveniente en aceptar la tentativa en la autoría mediata<sup>473</sup>. En el parecer de ROXIN<sup>474</sup> toda tentativa tiene dos presupuestos, primero

---

<sup>471</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op. Cit., p. 13.

<sup>472</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, Op. Cit. p. 573.

<sup>473</sup> Véase, entre todos, JESCHECK, 1993, p. 612.

<sup>474</sup> Cfr. ROXIN, *Acerca de la tentativa en el Derecho penal*, en *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I, Grijley, 2016, p. 370.

la resolución al hecho y, segundo, el inicio de la ejecución. La resolución al hecho se manifiesta como expresión del dolo, lo que refleja que la tentativa únicamente se encuentra presente en los delitos dolosos, y no en los imprudentes. Y, el inicio de la ejecución es indispensable, porque como se desprende del iter criminis todo acto antes de la ejecución del delito es impune.

Así, en el caso de una sopa que es envenenada por la esposa, el inicio de la tentativa cambia si ella se va o espera a que el marido la tome. En el primer caso, la tentativa empezará cuando deje la sopa para que el marido la tome cuando quiera. En el segundo supuesto, cuando efectivamente se la sirva. MIR PUIG ha criticado este criterio de determinación del inicio de la tentativa por ser en cierta forma arbitrario, pues beneficia al autor mediato que trata de cerciorarse de la realización del resultado con una tentativa que comienza después.<sup>475</sup>

Ahora, una cosa es identificar que la tentativa en la autoría mediata se da inicio con la ejecución del delito, sin embargo, aquello todavía no soluciona el problema central. No sabemos si el inicio de la ejecución se presenta con la actuación del hombre de atrás o la del instrumento. La adopción de la primera fundamentará un planteamiento distinto (solución individual) que el segundo (solución global), es por eso que resulta importante su identificación.

---

<sup>475</sup> GARCÍA CAVERO, Op. Cit. p. 573.

Otro ejemplo para ilustrar la idea de la tentativa en la *autoría mediata* y que ha sido muy cuestionada por ROXIN, es el que propone SCHMIDHAUSER:

A mezcla veneno con el café molido de X mientras éste se encuentra de viaje. Según la representación de A, cuando X vuelva, se preparará una taza de café y como consecuencia se producirá su muerte<sup>476</sup>.

Si en el caso mencionado se afirmara la tentativa- aun cuando finalmente X no decida nunca volver- se estaría adelantando así la punibilidad a un momento en el que desde el punto de vista objetivo no concurre todavía peligro alguno y desde el punto de vista subjetivo todavía no existe un situación irreversible de acuerdo con un desarrollo normal de los acontecimientos. Por ello niega ROXIN que en este caso pueda afirmarse ya la existencia de una tentativa, y ello pese a haber hecho ya el autor todo lo necesario según su plan para que se produzca el resultado, siempre que el autor mantenga todavía el dominio sobre la situación (p. Si A espera tranquilamente sentado el regreso de X), lo cual no debe conducir a la conclusión de que lo que concurre es sólo un acto preparatorio porque también en la tentativa inacabada mantiene el autor todavía el dominio del hecho sin que ello signifique que el resultado se presente ya necesariamente próximo<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora; Córdoba 2001. p. 274.

<sup>477</sup> ROXIN, Claus, citado por DEMETRIO CRESPO, Op. Cit. p. 275.

Este tipo de inconvenientes han llevado a JAKOBS, quien en su manual de Derecho Penal, señala que el Art. 22 del Código Penal Alemán regula el comienzo de la tentativa sólo para el caso en el que el autor, según su representación, al concluir la acción ejecutiva pierde la influencia sobre el suceso o no tiene que realizar más de una acción ejecutiva para la consumación, la mera actividad es posible la tentativa acabada ( fracasada) si se ejecuta plenamente la acción en una situación inapropiada objetivamente<sup>478</sup>

Así en el siguiente caso: el autor de perjurio, al que se le ha tomado previamente juramento, declara datos falsos en el curso de su testimonio, después de que- sin que se dé cuenta el autor- se haya ordenado un breve descanso y el tribunal ya no le esté escuchando<sup>479</sup>.

Pues bien, JAKOBS matiza que en el caso de delitos cuya consumación presupone un resultado (incluido el peligro concreto) independiente de la ejecución de la acción, la delimitación entre tentativa y preparación puede modificarse para el caso en que, incluso después de concluir todas las acciones que son necesarias según la representación del autor para realizar el tipo, exista aún la posibilidad de revocación por parte del autor, según la representación de éste (*delitos con posibilidad de revocación*). Por ello llega JAKOBS a la conclusión de que en estos casos la aplicación literal de la regulación del art. 22 del Código Penal Alemán sólo sería adecuada desde el punto de vista jurídico-

---

<sup>478</sup> JAKOBS, Op. Cit. p. 889.

<sup>479</sup> DEMETRIO CRESPO, Op. Cit. p. 275.

conceptual, pero materialmente equivocada. Y ello porque la ley refiere su regulación en el supuesto básico de la comisión, mientras que el tratamiento de un proceso compuesto de comisión (acción de tentativa) y omisión (no revocación) debe llevarse a cabo también teniendo en cuenta el elemento omisivo<sup>480</sup>.

De modo que si un autor deja preparada para la víctima, cuya llegada se espera dentro de unas horas, una bebida envenenada, dispuesta para que se la sirva la propia víctima, pero se queda en el lugar con posibilidad de intervenir mientras que otro autor se mantiene preparado para servir una bebida envenenada a la víctima tan pronto como ésta llegue, no cabe fundamentar que haya tentativa en el primer caso (porque el autor ya lo ha hecho todo y la víctima sólo tiene que servirse), pero no en el segundo (porque todavía hay que servir a la víctima)<sup>481</sup>.

No debe perderse de vista en todo caso que el caso analizado por ROXIN es en realidad un *supuesto de autoría mediata* en el que el instrumento resulta ser la propia víctima, lo cual conduce a la idea de que entre tentativa acabada y autoría mediata existe una simetría estructural. En esa última los problemas surgen debido a la propia estructura típica de esta forma de autoría, que se caracteriza porque el autor (mediato) no ejecuta el tipo de propia mano, por lo que se plantea la pregunta relativa a en qué momento debe localizarse el comienzo de la tentativa ¿en la actuación del

---

<sup>480</sup> DEMETRIO CRESPO, Op. Cit. p. 276.

<sup>481</sup> JAKOBS, Op. Cit. p. 889.

autor mediato o en la actuación del instrumento? La doctrina mayoritaria estima que debe ser localizado en el momento de incidencia del autor mediato sobre el instrumento (“solución individual”). Otro sector doctrinal entiende que dicho comienzo no tiene lugar hasta que el instrumento da comienzo directamente a la realización del tipo (“solución global”). Una tercera posición lo sitúa en uno y otro momento dependiendo de que el instrumento actúe de buena fe (caso equiparable a la utilización de un instrumento doloso no cualificado y a la actuación sin elemento subjetivo del injusto de la tentativa). Finalmente ROXIN entiende comenzada la tentativa en la autoría mediata, y coherentemente con un modelo del injusto típico, también en los casos de *actio libera in causa*, cuando el autor mediato ha perdido la posibilidad del dominio responsable del desarrollo posterior del hecho<sup>482</sup>.

En ese orden de ideas, consideramos que la tentativa empieza cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que índice o ha de incidir definitivamente en el ejecutor (darle la sopa, dejarla servida, etc.).<sup>483</sup>

## **D. Comienzo de la ejecución de la autoría mediata**

### **1. Solución individual**

---

<sup>482</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, p. 276-277

<sup>483</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, Op. Cit. p. 573.

Esta teoría también denominada como la solución del autor mediato establece que el ámbito de la tentativa lo marca la actuación del autor mediato sobre el instrumento<sup>484</sup>. Es aquel el punto de orientación para su identificación, y no la actuación del instrumento hacia la configuración del delito. Lo que se fundamenta en que, si la conducta delictiva del autor mediato está vinculada a su relación con el tipo penal, es aquella conducta la que también tendrá que ser relevante para configurar los supuestos de tentativa. El autor mediato es quien ejecuta el tipo penal.

No obstante, esta solución doctrinaria no escapó a ciertas críticas. De ese modo, algunos autores<sup>485</sup> señalan que no en todos los casos el autor mediato incide directamente en el instrumento, sino que en ciertas ocasiones el autor mediato se limita a crear el peligro causal en el ámbito de actuación del instrumento, y es éste quien en último momento se relaciona directamente con el tipo penal. Estos

---

<sup>484</sup> Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Tentativa y formas de autoría*, Edisofer, Madrid 2001. p. 135. Es la posición seguida en España, por ejemplo, por RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El autor mediato en Derecho penal español*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, p. 465; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Edijus 1999, p. 109.

<sup>485</sup> Véase, FARRÉ TREPAT, Elena, *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XIII, 1990, Cursos y Congresos n° 63 Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. p. 67.

casos pueden ser interpretados como un curso causal natural<sup>486</sup>.

Si bien, FARRÉ TREPAT se muestra crítica ante esta solución clásica, toda vez que desde su punto de vista la tentativa del autor mediato no lo debería determinar el peligro inmediato, porque “si se atendiera exclusivamente al factor de la lejanía de estas conductas con respecto al resultado cabría afirmar que nos encontramos más frente a conductas de preparación que de ejecución”<sup>487</sup>. Por eso esta autora, quien comparte la solución del autor mediato, exige que el peligro inmediato sea considerado una condición objetiva de punibilidad<sup>488</sup>.

Más allá de algunas correcciones doctrinarias por parte de sus partidarios las críticas siguieron estando presentes. En primer lugar, porque el fundamento se basa en necesidades político-criminales más que dogmáticas<sup>489</sup>. Es así que “sólo desde un punto de vista político-criminal, la mayoría de la doctrina estaría conforme con que el comienzo de la tentativa para la autoría mediata se situará en el instante en que el sujeto de atrás despliega su influencia sobre el instrumento”<sup>490</sup>.

---

<sup>486</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador), *Comentarios al código penal de 1995*, Volumen I, 1º edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1996. p. 282.

<sup>487</sup> FARRÉ TREPAT, 1990, Op. Cit. p. 74.

<sup>488</sup> Cfr. FARRÉ TREPAT, 1990, Op. Cit. p. 79.

<sup>489</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2001, Op. Cit. p. 144.

<sup>490</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 105.

## 2. Solución global

Desde un planteamiento contrario se muestra la solución global<sup>491</sup>, para quien, la tentativa de la autoría mediata no comenzaría con la actuación del autor de atrás por medio de su dominio de la voluntad, sino necesariamente con la actuación del instrumento-ejecutor mediante su dominio de la acción.

Entonces para el inicio de la tentativa no bastará con la realización de la conducta desplegada por el hombre de atrás sino, además, la del instrumento, pues éste último es quien realiza la conducta típica<sup>492</sup>. Entonces se requiere la última conducta, de ahí que se denomine también a ésta como solución global.

Para MAURACH/GÖSSEL/ZIPF lo importante “es la agresión contra el bien jurídico dominado por el hombre de atrás y ejecutada por la persona del intermediario. Para la transgresión de los límites de la tentativa sólo puede resultar decisivo si el hecho global ha avanzado tanto que habrá de desembocar directamente en la realización típica”<sup>493</sup>.

De igual modo que la solución individual, también esta teoría ha sido objeto de críticas. Principalmente porque hacer depende el inicio de la tentativa con la acción del instrumento hace que, en caso que no ejerza dicha acción,

---

<sup>491</sup> Véase, JESCHECK, 1993, Op. Cit. p. 613.

<sup>492</sup> En España, véase, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, José, *Teoría jurídica del delito Derecho penal parte general*, 1º edición, Civitas, Madrid 1984, pp. 152-153.

<sup>493</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *Derecho penal. Parte general, T. II*, 1995, p. 362.

la conducta del autor de atrás será impune, al quedar identificado como un acto preparatorio<sup>494</sup>.

### **3. Propuesta de Roxin**

Como señalamos anteriormente, ROXIN<sup>495</sup> parte de la doble estructura normativa de la tentativa, por un lado, la resolución al hecho, que la identifica sólo con los delitos dolosos y, por otro lado, el inicio de la ejecución, el cual permite diferenciarlo de toda actuación en los actos preparatorios.

El planteamiento de ROXIN puede ser entendida como una variante de la solución individual<sup>496</sup>, es decir, el alcance de la tentativa se encuentra en la actuación del autor mediato u hombre de atrás. Claramente lo señala ROXIN cuando sostiene: “se presenta la autoría mediata cuando alguien, para cometer el delito, se sirve de otra persona cuya conducta puede dirigir, o sea, que la tiene “en sus manos”, de manera que el “dominio del hecho” radica en el hombre de atrás. Entonces, el “intermediario del hecho” que ejecuta la verdadera acción típica es el “instrumento” de aquel que lo dirige desde un segundo plano”<sup>497</sup>.

## **V. Autoría con intermediarios**

---

<sup>494</sup> Cfr. FARRÉ TREPAT, 1990, pp. 75-76; , 2001, p. 159.

<sup>495</sup> Cfr. ROXIN, *Acerca de la tentativa en el derecho penal*, en *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I, Grijley, 2016, p. 370.

<sup>496</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2001, p. 163.

<sup>497</sup> ROXIN, 2016, p. 384; crítico, véase, ALCÁCER GUIRAO, 2001, p. 168 y ss.

## **A. Autoría con intermediarios no responsables**

Como señalamos anteriormente, una de las características de la autoría mediata es que nunca responde penalmente el instrumento, porque actúa bajo coacción o error, entre otros. Solamente es responsable el hombre de atrás por dominar la voluntad del instrumento.

### **1. Autoría mediata por instrumento doloso sin intención**

A entender de ROXIN, su tratamiento debe ser similar al de los delitos especiales<sup>498</sup>. De ese modo se tiene el siguiente ejemplo: “con ánimo de apropiación, un labrador hace que un peón suyo, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su establo”<sup>499</sup>. El tratamiento de estos casos son complicados, debido a que no puede existir autoría mediata de un instrumento doloso sin intención que no actúe mediante coacción<sup>500</sup>.

### **2. Autoría mediata por instrumento no cualificado**

Esta situación delictiva se plasma en los casos donde, por ejemplo, un funcionario público (intra-neus) utiliza a un sujeto que no es funcionario público (extra-neus) para

---

<sup>498</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 286.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

<sup>500</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 287.

apropiarse del patrimonio que el administra. La característica relevante es que el instrumento actúa de manera dolosa, con la diferencia que no tiene las mismas características normativas, de funcionario público, como se desprende de nuestro ejemplo propuesto.

En el supuesto así denominado, un sujeto que posee la cualificación propia de un delito especial (intraneus) induce a quien no la posee (extraneus), que obra con plena libertad y pleno conocimiento de la situación, a la realización de la conducta propia de ese delito. Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, la cuestión será importante, pero no de importancia decisiva, pues al menos es seguro que al intraneus se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el extraneus. Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el extraneus que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor intraneus no podría responder como inductor, en virtud del principio de accesoriidad limitada de la participación. Por tanto, gracias a un relativamente sencillo expediente, se habría podido cometer materialmente un delito que, sin embargo, no se podría castigar, lo que supone una grave laguna de punición. Para evitarla se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el intraneus sería autor mediato del hecho y el extraneus un partícipe en el mismo (normalmente esa participación se calificará de cooperación necesaria).

Sin embargo, la afirmación de autoría mediata del intraneus me parece una mera petición de principio, por no estar fundamentada en criterio material alguno que explique que nos hallamos ante una “utilización” de un “instrumento” y que el intraneus domine el hecho. A este respecto resulta insuficiente la apelación que algunos realizan a un supuesto “dominio social” o “dominio psicológico-normativo” cuyo contenido no se explica convincentemente; tampoco convence, aunque es sugerente, la argumentación, desde la teoría de la pertenencia del hecho, de que es imposible que otro sujeto dispute la pertenencia del hecho al intraneus, porque, aparte de no parecerme correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un extraneus no puede ser autor de un delito especial, sin que sin embargo quede claro por qué deba pasar la autoría al intraneus que no realiza la acción típica<sup>501</sup>.

Para Roxin no estamos en ninguno de estos casos ante una autoría mediata, en ninguna de las posibilidades que otorga el dominio del hecho. El sujeto u hombre de atrás no tiene dominio del hecho entendido como dominio de la voluntad<sup>502</sup>. “Es inadmisibles decir que alguien domina un suceso concreto únicamente porque posea la cualificación de autor, o que alguien no domina un proceso porque mediante su actuar no vulnere deber específico alguno, puesto que el dominio se refiere al acontecer real, y el deber, en cambio, a

---

<sup>501</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op.Cit., p. 10

<sup>502</sup> Cfr. ROXIN, 2000, Op. Cit. p. 281.

la norma, de manera que no es posible hacer depender a uno del otro”<sup>503</sup>.

### **3. Autoría mediata por omisión**

También se discute si existe autoría mediata en los casos que una persona, en posición de garante, no cumpliendo su deber no impide que el instrumento cometa un delito.

La autoría mediata es negada por ROXIN cuando señala de manera contundente: “toda autoría mediata presupone que el sujeto de detrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un extraneus doloso”<sup>504</sup>. Este impulso indispensable faltaría en la figura de la omisión, por tanto, la autoría mediata sólo puede estar presente en aquellos comportamientos activos<sup>505</sup>. En un sentido parecido se muestra JESCHECK, para quien estos casos serían solucionados por la autoría directa de omisión<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. 2000, p. 285.

<sup>504</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 511.

<sup>505</sup> ROXIN, 2000, p. 511; más detalles véase, HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 348-350.

<sup>506</sup> JESCHECK, 1993, p. 613; comparte la misma opinión BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Op. Cit. p. 529.

#### **4. Autoría mediata con uso de menores de edad**

La situación de autoría mediata en casos de uso de menores de edad debe resolverse al amparo de los mismos criterios de las situaciones de coacción y error<sup>507</sup>. Se hace efectivo el dominio de la voluntad, del hombre de atrás, toda vez que se aprovecha del error o coacciona a un menor de edad, aprovechándose en todo momento de sus características psicológicas y biológicas. Es fundamental tener presente la doble función que tiene aquí el dominio del hecho<sup>508</sup>.

Sobre este punto señala LOPEZ BARJA DE QUIROJA<sup>509</sup> que: “En los supuestos del instrumento inimputable, incapaz de culpabilidad (como menores, enfermos mentales, embriagados, etc.), es preciso conocer hasta qué punto existe esa falta de capacidad, pues, si a pesar de dicha carencia puede tener el dominio del hecho, en vez de autoría mediata, se trataría de una inducción. Puede presentarse la autoría mediata, tanto si el sujeto provoca la incapacidad de culpabilidad (lo emborracha) como si se aprovecha de dicha incapacidad que conoce (del niño o del enfermo mental).

Sobre todo en relación con la menor edad, es frecuente sostener que la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad que fija la ley penal (de adultos) y la consiguiente irresponsabilidad del menor (conforme a esa

---

<sup>507</sup> Cfr. ROXIN, 2000, p. 269.

<sup>508</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 269.

<sup>509</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. p. 51.

ley) (en general, los inimputables no pueden sufrir penas, refiriéndonos a ello cuando hablamos de irresponsabilidad, aunque en algunos casos puedan ser sometidos a medidas de seguridad) fundamentan la autoría mediata de todo el que induzca o ayude a un menor a cometer un delito. Sin embargo, creo que esta apreciación es errónea, pues una cosa es la presunción legal a efectos de irresponsabilidad penal del propio menor (conforme a la ley penal para adultos, pues para ciertos menores existe responsabilidad penal, conforme a la Ley penal del menor, aunque no entraré aquí en la naturaleza de esa responsabilidad) y otra muy distinta el que esa presunción deba tener efectos a la hora de determinar si un sujeto ha instrumentalizado a otro. Y resulta que en muchos casos los menores no son materialmente inimputables y, por tanto, no puede hablarse de autoría mediata, sino de participación, de quien les induce o ayuda a delinquir (por ejemplo, cuando un adulto induce a un muchacho de diecisiete años a destrozar a pedradas el coche de un vecino)<sup>510</sup>.

## **B. Autoría con intermediarios responsables**

En este grupo de casos desarrollaremos la posibilidad de que se configure un supuesto de autoría mediata en el cual el intermediario también responda penalmente por el delito, los cuales son denominados como supuestos de “autor detrás del autor”, situación impensable en los supuestos tradicionales de autoría mediata, ya que estos consideran

---

<sup>510</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op.Cit., p. 8

que sólo es posible la autoría mediata si se controla al intermediario, por lo que éste no respondería. Lo expuesto no sería un impedimento para que ésta se presente<sup>511</sup>.

En la doctrina nacional muchos autores señalan que no es posible que se configure una autoría mediata si el ejecutor también es responsable del delito, como por ejemplo<sup>512</sup> GARCÍA CAVERO<sup>513</sup>, quien señala que si bien la regulación legal de autoría mediata no exige que el intermediario sea penalmente responsable; si se quiere hacer una distinción clara entre esta figura y la instigación debe recurrirse al criterio de responsabilidad penal del ejecutor para poder lograr esto.

Efectivamente, se denomina a estos casos “autor detrás del autor” porque tanto el hombre de atrás como el ejecutor poseen un dominio del hecho, pudiendo aún configurarse la autoría mediata a pesar de la punibilidad del ejecutor, debido a que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, siendo lo decisivo el rol central que posee, es decir que tenga el dominio sobre la realización del delito; por lo que si se determina que el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que tuvo dominio directo sobre el hecho, pero que él también tuvo el dominio del hecho, estaremos ante un supuesto de autoría mediata pero con un ejecutor que es autor inmediato<sup>514</sup>.

---

<sup>511</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 187.

<sup>512</sup> Ibidem.

<sup>513</sup> GARCÍA CAVERO, Op. Cit. p. 686

<sup>514</sup> PARIONA ARANA, Op. Cit. p. 24.

## **1. Autoría mediata por error de tipo vencible**

Aquí, el hombre de atrás se sirve de un ejecutor que se encuentra en un error de tipo, pero en este caso se trata de un error vencible, es decir, de haber sido el ejecutor diligente pudo haber salido del error en que se encontraba, por lo que le será imputable el delito si se encuentra regulada su modalidad culposa<sup>515</sup>.

Parece que no existe discusión cuando el hombre de atrás se aprovecha del error de tipo del instrumento<sup>516</sup>, siempre que aquel sea invencible. Puesto que tal criterio si bien no impide que el hombre de atrás sea responsabilizado como autor mediato, sí impide que el ejecutor responda como autor directo, debido a que el error de tipo invencible le impide responder por alguna consecuencia delictiva dolosa o imprudente. Pero esto mismo planteamiento no se aplica en caso que el instrumento actúe en error de tipo vencible, porque de existir una figura imprudente aquel será imputado por ese delito. En este último caso estamos ante un instrumento que actúa sin dolo<sup>517</sup>.

Un ejemplo de este supuesto se da cuando el jefe de una construcción (Adán) le ordena a un obrero (Benito) que arroje unas tablas desde el quinto al primer piso, donde se encuentra trabajando Cristian, con la finalidad de que este último muera como consecuencia de ese hecho; Benito, quien no se percata de la presencia de Cristian, al no verificar si había alguien en el primer piso antes de lanzar

---

<sup>515</sup> TORRES JIMÉNEZ, Lima, 2013, p. 196

<sup>516</sup> También, JESCHECK, 1993, p. 607.

<sup>517</sup> JESCHECK, 1993, p. 607; Más detalles, ROXIN, 2000, pp. 294-295.

las tablas, cumple con lo ordenado, muriendo Cristian instantáneamente al ser golpeado por las tablas<sup>518</sup>.

Aquí, le es imputable a Benito un homicidio culposo, debido a que si hubiera tomado las medidas de precaución, como revisar si alguien podría estar cerca del lugar a donde va a lanzar las tablas, hubiera evitado la muerte de Cristian, por lo que le es imputable el resultado producido por su falta de deber de cuidado<sup>519</sup>.

En este caso, el intermediario se encuentra en un error sobre la realidad, al igual que en el supuesto analizado de autoría mediata por intermediario en error de tipo invencible, pero en este caso sí responderá por el delito si está tipificada su modalidad culposa. No obstante lo expuesto, esto no impide que se configure la autoría mediata, puesto que independientemente de que el intermediario puede ser merecedor de una sanción penal, gracias a que este se encuentra en la situación de error, el hombre de atrás puede servirse de él para lograr su objetivo, por lo que es él quien dirige el suceso, por lo que es sin duda autor mediato, pero de la modalidad dolosa del delito, en el ejemplo anterior será por un homicidio doloso<sup>520</sup>.

## **2. Autoría mediata por error de prohibición vencible**

---

<sup>518</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 197

<sup>519</sup> *Ibidem*

<sup>520</sup> *Ibidem*

La autoría mediata del que se sirve de un sujeto que actúa en error de prohibición es admitida por la doctrina mayoritaria alemana, siempre que el error pueda ser calificado de invencible. Los problemas surgen, sin embargo, a la hora de fundamentar dicha figura cuando el hombre de delante no queda totalmente exento de responsabilidad penal por tratarse de un error vencible<sup>521</sup>.

Siendo el caso más famoso el del Rey de los Gatos, mediante el cual “se llevó por parte de la señora H y de P al autor inmediato R, aprovechando su superstición, a la idea delirante de que un “Rey de los Gatos” aniquilaría a millones de seres humanos si no se le ofrecía una “víctima humana en la persona de la señora N”. En realidad, H y P pretendían matar de esta forma, por odio y celos, a N. R creía estar autorizado a matar a la señora N para salvar a millones de seres humanos, pero fracasó en el intento de apuñalarla<sup>522</sup>.

También se acepta la posibilidad de autoría mediata en el error de prohibición invencible<sup>523</sup>. Lo mismo en el error de prohibición vencible<sup>524</sup>. En cuanto a esta última figura existen 2 concepciones, la primera denominada la tesis de la participación, por el hombre de atrás termina siendo instigador y el ejecutor del delito siempre autor directo. En cambio, la denominada tesis de la autoría reconoce al

---

<sup>521</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 203.

<sup>522</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 98.

<sup>523</sup> *Ibidem*.

<sup>524</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 478.

hombre de atrás tal calidad de imputación<sup>525</sup>. Roxin comparte esta última posición, es decir, quien provoca un error de prohibición en el ejecutor para realizar de este modo un plan delictivo es en principio autor mediato<sup>526</sup>. Pero no estaremos ante un autor mediato “cuando un sujeto de atrás no provoca ni la resolución a cometer el hecho ni el error de prohibición del que actúa de manera inmediata”<sup>527</sup>.

Un ejemplo de esto se da cuando, al recordar el caso del turista engañado por Andrés sobre la licitud de la eutanasia en nuestro país, y desconecta a su padre del respirador artificial causándole la muerte. Si hubiera sido engañado en lugar del médico por una persona cualquiera que conoció en el hospital responderá por la comisión del delito, ya que debió tomar las medidas necesarias que le hubieran permitido salir de ese error, como consultar a un médico, un abogado, o investigar nuestras leyes, por lo que aquí responderá el hijo extranjero por un parricidio, aunque se le aplicará una atenuación de la pena como ya precisamos<sup>528</sup>.

### **3. Autoría mediata por error de la identidad de la víctima**

Hablamos de manipulación de un error in persona cuando el hombre de detrás consigue mediante engaño la

---

<sup>525</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 99.

<sup>526</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 100.

<sup>527</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 102.

<sup>528</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 199

variación del plan delictivo en el sentido de dirigir la actuación del hombre de delante frente a otra víctima<sup>529</sup>.

El caso es el siguiente: Fuchs se entera de que Schütz le espera en un lugar solitario del camino, por donde él habitualmente pasea, para dispararle. En vista de ello, a través de un falso telegrama, atrae a su enemigo Luchs al lugar donde sabe que está esperando Schütz, para que éste le confunda con Fuchs y resulte muerto. Hay que advertir que este caso no se presenta en una única variante. En ocasiones, se refieren los autores al «caso Dohna» pero no en su versión original, sino en una versión modificada del mismo. Así sucede con el caso reconstruido por: A está decidido a matar a O, por lo que espera escondido a que llegue para dispararle. B le convence de que la persona que se acerca es la víctima esperada, aunque sabe perfectamente que, en realidad, se trata de otra persona<sup>530</sup>.

Este es uno de los supuestos de error en persona. Así, por ejemplo, cuando A quiere matar a tiros a B, sin embargo, como consecuencia de un error en persona, mata de un disparo a C, porque D le hizo creer que venía por ese camino<sup>531</sup>. Es obvio que responde siempre como autor directo quien ejecuta de propia mano el delito (A), al no ser el error en persona excluyente de imputación, pues en último término se mató a una persona, que no haya sido la persona que él deseaba no tiene ninguna relevancia, por lo menos,

---

<sup>529</sup> BOLEA BARDON, Carolina. *La autoría mediata en algunos supuestos de error*, Revista de Derecho penal y criminología, Barcelona 2003, p. 40.

<sup>530</sup> *Ibidem*

<sup>531</sup> ROXIN, Op. Cit. 109.

para evitarle la imputación en calidad de autor. Nuevamente, en este punto no existe discusión alguna. El problema radica recién en determinar la calidad de imputación del sujeto D. Situación que, para ROXIN, será solucionado por la autoría mediata, debido a que D habría provocado el error en persona<sup>532</sup>.

De manera contraria JESCHECK, donde señala que: “quien, mediante un engaño en la identidad, le sustituye al autor su víctima por otra, es inductor si actúa sobre el autor, y si no ocurre así, autor paralelo”<sup>533</sup>.

Uno de los casos más discutidos y quizás el más representativo es el célebre «caso DOHNA<sup>534</sup>». A llega a conocer que los miembros de una organización secreta, a la que él traicionó, han decidido acecharle y darle muerte. B desempeñó un papel primordial en la adopción de tal decisión, pero desconoce el plan concreto conforme al que va a ser realizada ésta, para cuya ejecución se ofreció C. Desde tiempo atrás B viene haciendo propuestas amorosas a su amiga D, extremo éste que conoce A, quien envía a B un telegrama suscrito con el nombre de D dándole cita para la hora nocturna y lugar solitario en que A efectúa su acostumbrado paseo, que se corresponde con la hora y el lugar en que A iba a ser muerto de acuerdo con el plan trazado por C. A la hora indicada, B concurre al lugar señalado en el telegrama. C, que está al acecho le confunde con A, dispara sobre él y B resulta muerto<sup>535</sup>.

---

<sup>532</sup> ROXIN, Op. Cit. p. 110.

<sup>533</sup> JESCHECK, 1993, p. 607.

<sup>534</sup> BOLEA BARDÓN, Op. Cit. p. 40.

<sup>535</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 198.

El otro ejemplo que ilustra DOHNA es: “A ha decidido matar a su enemigo B, y cuando se dirige a su encuentro, C, conocedor de los planes de A, le señala la víctima que estaba buscando, que sin embargo resulta ser D, cosa que también conocía C <sup>536</sup>.

La estructura de estos dos supuestos (...) presenta un importante matiz diferenciador: mientras que en el caso de DOHNA el *error in personam* del ejecutor se provoca de modo indirecto, se cuenta con que incurra otro sujeto en ese error a partir de la manipulación de la víctima, en el segundo caso el error se provoca de forma directa, engañando al ejecutor; cuestión ésta que, como veremos, tiene bastante trascendencia porque reduce considerablemente el marco de las posibles soluciones que pudieran provenir del campo de la participación, ya que en un caso estamos ante un ejecutor decidido a la comisión del delito(...) y en el otro no<sup>537</sup>.

La autoría del que provoca un error in persona en el ejecutor material, incidiendo sobre él por medios comunicativos (segunda versión del «caso DOHNA»), presenta no pocos problemas cuando se parte de una idea de instrumentalización restringida a los supuestos de ausencia de responsabilidad penal en el ejecutor material. Los autores alemanes que defienden este planteamiento se ven forzados a acudir a la inducción para de este modo conseguir castigar a quien manipula la situación desde atrás con la misma pena que al autor. En España, queda abierta además la

---

<sup>536</sup> *Ibidem*

<sup>537</sup> *Ibidem*

posibilidad de castigar por cooperación necesaria, consiguiendo así por otra vía imponer al hombre de detrás la pena que corresponde al autor. La alternativa que queda en Alemania a quienes no aceptan ni autoría ni inducción del hombre de detrás es castigar por complicidad, lo que supone rebajar obligatoriamente la pena a quien hace bastante más que limitarse a favorecer la ejecución del hecho principal<sup>538</sup>.

#### **4. Autoría mediata por error sobre presupuestos de la acción relevante para el hecho**

ROXIN analiza este supuesto de hecho sobre el caso en el cual otra persona engaña al ejecutor sobre una circunstancia donde es previsible su reacción para que así realice la acción querida por el hombre de atrás<sup>539</sup>.

ROXIN esto ocurre tanto si Alberto, sabiendo que Baltazar es muy celoso, le dice que Celso ha cometido adulterio con su esposa, aconsejándole que le dé una buena paliza, lo cual ocurre; cuanto si busca que Celso, que es campeón de boxeo, sea quien le dé una paliza a Baltazar al defenderse del ataque; o cuando inventa pruebas para que Baltazar crea que su mujer le fue infiel con Celso, para que lo ataque<sup>540</sup>

Afirma ROXIN que aquí se da autoría mediata por parte del hombre de atrás, puesto que es él quien tiene el

---

<sup>538</sup> BOLEA BARDÓN, Op. Cit. p. 42.

<sup>539</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 242.

<sup>540</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 238.

conocimiento del sentido concreto de la acción, siendo asimilable a los casos de error en la identidad de la víctima, puesto que aquí, por ejemplo, Baltazar ataca a Celso por el error que tiene sobre su condición de adúltero, castigando en realidad a una persona inocente, debido al error creado por Alberto, quien debido a que conoce que Baltazar es muy celoso prevé la agresión<sup>541</sup>.

Por lo tanto aquí se trata de casos donde es el error es causal de la producción del resultado delictivo, es decir, dicho error hace que se produzca el plan del hecho del instrumento o ejecutor del delito. En la doctrina se plantea el siguiente ejemplo: “A sabe que B es muy celoso. Para perjudicar a su enemigo C, engaña a B diciéndole que C ha cometido adulterio con su mujer (de B), aconsejando a B que propine a C una buena paliza, como así hace éste”<sup>542</sup>.

Entonces aquí se hace presente también la figura de la autoría mediata, debido a que “el sujeto de atrás no modifica en cuanto al sentido de la acción una decisión ya firme, sino que imprime este sentido a una realización del tipo a la que sin él no se habría llegado”<sup>543</sup>.

## **5. Autoría mediata por error sobre la medida del injusto**

---

<sup>541</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 204.

<sup>542</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 238.

<sup>543</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 243.

En estos casos “el engaño sobre la magnitud del injusto ha de ser notable o importante para hacer aparecer como otro el hecho el hecho causado por el sujeto de atrás en relación con el que se imagina el ejecutor”<sup>544</sup>.

HERZBERG, pone un ejemplo para ilustrar este tipo de casos, el cual se plantea así: una mujer (A), movida por ansias de venganza, hace creer a otra (B) que el valioso cuadro de Kandinsky propiedad de su marido no posee ningún valor. A convence a B de que su marido sin duda se alegrará si ella destruye el cuadro y lo sustituye por otro<sup>545</sup>.

A favor de acudir a la figura de la autoría mediata en casos de error sobre la gravedad del injusto se muestra un sector importante de la doctrina alemana. En relación a este supuesto concreto, admite HERZBERG que, en atención al delito de daños, ambas mujeres actúan dolosamente, pero entiende que ello resulta de una equiparación formal derivada de la imposibilidad del legislador de encerrar todos los grados de injusto en distintos tipos. Para este autor, desde un punto de vista material B desconoce, a pesar de su dolo, un presupuesto del tipo de injusto. Por ello, propone hablar de una graduación del error de tipo (...) que varía el carácter del hecho según un baremo jurídico-objetivo, y que convierte a la persona engañada en instrumento ciego y sin libertad<sup>546</sup>.

---

<sup>544</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 106.

<sup>545</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 193.

<sup>546</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 193.

Afirma ROXIN que tiene lugar la autoría mediata cuando el inducido desconoce, porque se lo ha ocultado el sujeto de atrás, una cualidad de la acción que agrava lo injusto. Por ejemplo, alguien le induce a quemar un cuadro haciéndole creer que sólo tiene un ínfimo valor, mientras que realmente tiene un gran valor<sup>547</sup>.

Aquí se produce una división del dominio del hecho porque el sujeto de atrás maneja a un instrumento ciego respecto del injusto (...) <sup>548</sup> también debe afirmarse la autoría mediata si el sujeto en el momento de realizar la acción desconoce la calidad del objeto, no porque tenga una falsa representación, sino porque ni siquiera se ha representado su calidad; por ejemplo, cuando alguien decide quemar un cuadro valioso, pero el sujeto de atrás, mientras el otro va a buscar cerillas, le cambia el cuadro por otro más valioso, y sin comprobarlo procede a quemarlo. Ahora bien, si un sujeto ha sido inducido por otro respecto a que no va a causar un daño tan grande como el que efectivamente produce, dependerá de cómo se valore su conducta, pues si le ocurriera lo mismo, pero debido a un error suyo no inducido, si ese error fuera imputable a él y no se produjera en virtud de ese error una disminución de lo injusto, entonces cualquier instrumentalización referida a ese extremo, imputable a otra persona, tampoco tendría la virtualidad para agravar su responsabilidad<sup>549</sup>.

---

<sup>547</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Ob. Cit. p. 196

<sup>548</sup> *Ibidem*.

<sup>549</sup> *Ibidem*.

En esto supuesto ROXIN pone un claro ejemplo: “si A instiga a B a poner en la cerveza de C unos polvos que supuestamente producen dolores de estómago de corta duración, pero que en realidad hacen necesaria una estancia hospitalaria de la víctima durante meses”<sup>550</sup>. Ante este caso deben existir dos situaciones jurídicas, para las circunstancias jurídicas simples A responde como inductor, pero en cuanto a las consecuencias graves A resulta ser autor mediato<sup>551</sup>. Siendo este criterio de imputación también aplicable a las autolesiones<sup>552</sup>.

Se hace presente una división del dominio del hecho, toda vez que el hombre atrás maneja a un instrumento ciego respecto al injusto más grave<sup>553</sup>.

En sentido distinto se pronuncia JESCHECK<sup>554</sup>, para quien no existe en estos casos autoría mediata.

## **6. Autoría mediata por error sobre presupuestos cualificados**

Estos vienen a ser casos de error sobre la magnitud del injusto<sup>555</sup>. Son casos donde el ejecutor o instrumento

---

<sup>550</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 106.

<sup>551</sup> *Ibidem*.

<sup>552</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 107.

<sup>553</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 196.

<sup>554</sup> JESCHECK, Ob. Cit. p. 607.

<sup>555</sup> ROXIN, Claus, Ob. Cit. p. 108.

también actúa de manera delictiva, sin embargo, su error es relevante de otro modo para el tipo penal<sup>556</sup>.

Se trata del caso en el que el intermediario actúa con la intención de cometer un delito, lo cual es aprovechado por el hombre de atrás para que, por medio del engaño, éste se cometa pero con una circunstancia agravante, pero que al ser desconocido por el intermediario no actúa con dolo respecto a ésta, por lo que sobre ese resultado adicional el control lo tiene el hombre de atrás, siendo por ello autor mediato del delito finalmente cometido<sup>557</sup>.

Un ejemplo de esto se presenta cuando Antonio elabora un plan para robar en la casa Bonifacio, quien se iba a encontrar sólo esa noche, planeando dispararle un dardo tranquilizante para que pueda ingresar tranquilamente a sustraer las cosas sin problemas, solicitando ayuda a su amigo Cristóbal para que le consiga los dardos, pero como Cristóbal odia a muerte a Bonifacio, aprovecha la ocasión y le entrega a Antonio unos dardos con una sustancia que en realidad le iban a producir a Bonifacio la muerte de una forma muy dolorosa y lenta, lo cual llega a ocurrir<sup>558</sup>.

La diferencia con el supuesto anterior es que, en el caso de error sobre la medida del injusto, el hombre de atrás convence al intermediario a realizar una conducta haciéndole creer que ésta tendría una reacción penal menor, cuando en realidad no es así y si es conocido por el hombre de atrás, sirviéndose del intermediario para que realice la

---

<sup>556</sup> ROXIN, Claus, Ob. Cit. p. 238.

<sup>557</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 191.

<sup>558</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op. Cit. p. 207.

conducta que realmente se va producir, por lo que dirige el suceso hacia el resultado final, basándose el engaño sobre la real valoración legal del hecho<sup>559</sup>.

En cambio, en el supuesto de error sobre presupuestos de cualificaciones, el intermediario ya está decidido a cometer un delito, y el hombre de atrás aprovecha esto para que se produzca el delito; pero con una circunstancia agravante, de esta forma el hombre de atrás logra la comisión de un delito más grave, lo cual es desconocido por el intermediario, lo cual le permite dirigir el suceso para cometer el delito planeado, siendo el error en este caso sobre el resultado que realmente se va a producir<sup>560</sup>.

En ese sentido en el caso analizado en este momento, también aquí el intermediario ha errado en el sentido concreto de la acción, conocimiento que sí tiene el hombre de atrás y que, por ello, puede dirigir el suceso, siendo así autor mediato del delito finalmente cometido<sup>561</sup>.

El intermediario, al no tener conocimiento del resultado que realmente se iba a producir, no tiene una decisión autónoma sobre esto, por lo que es utilizado por el hombre de atrás debido a ese engaño para cometer el delito que planeó<sup>562</sup>.

#### **4. Autoría mediata por error sobre el riesgo**

---

<sup>559</sup> TORRES JIMÉNEZ, Op Cit. p. 208.

<sup>560</sup> Ibidem.

<sup>561</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. pp. 245-246

<sup>562</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 208

En estos supuestos al sujeto ejecutor actúa de manera típica, antijurídica, no obstante, se equivoca sobre la probabilidad de que el resultado se produzca y es determinado al hecho por el sujeto de detrás, que lo entrevé todo<sup>563</sup>. De ese modo se tiene, por ejemplo: “A y B, al limpiar en un desván, encuentran una granada sin estallar, de la época de la guerra. A, para no poner en peligro la vivienda del último piso, querría arrojarla enseguida al jardín por el tragaluz, pero teme que estalle al caer, dañando al inquilino C, que se encuentra ahí trabajando. B, que en la guerra sirvió como experto en explosivos, despeja sus reparos diciéndole en su calidad de experto que no es muy probable una explosión. En realidad, sabe que la bomba va a estallar con casi total probabilidad, lesionando o incluso matando a C. Justo lo que él quiere, porque hace tiempo que se lleva mal con C. Además, espera poder impulsar a A a que actúe inmediatamente, al hacerle creer que el peligro es menor. El plan resulta como esperaba. A, que sigue siendo consciente de la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, evalúa erróneamente el riesgo y lleva a cabo la acción que causa la muerte de C”<sup>564</sup>.

## **5. Autoría mediata por aparatos organizados de poder**

Una de las características que rompe con la regla de la autoría mediata, es aquella que busca responsabilizar

---

<sup>563</sup> Cfr. ROXIN, 2000, p. 247.

<sup>564</sup> ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 247.

penalmente a aquellos que participan mediante la dirección de un aparato organizado de poder. En este último caso tanto el hombre de atrás y ejecutor responden penalmente, el primero como autor mediato y el segundo como autor directo. Este estudio será realizado en el siguiente capítulo con mayor detalle.

## **CAPÍTULO VII**

### **LA AUTORÍA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

#### **I. Aparatos organizados de poder**

Hasta este momento se han identificado tres clases de autoría: a) autoría directa o inmediata, que se fundamenta en el dominio de la acción, b) coautoría, amparada en el dominio funcional del hecho, y c) autoría mediata, que se fundamenta en la perpetración del hecho delictivo a través de otro.

La autoría mediata tiene una especial división siendo esta la siguiente: *Autoría mediata en virtud de coacción*, *Autoría mediata en virtud de error* y la tercera forma es la *Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder*, estas tres formas de autoría mediata se fueron desarrollando con los aportes de la dogmática jurídico penal, sin embargo a diferencia de las dos primeras formas, la tercera ha encontrado una singular discusión en la doctrina científica penal, pues así como ha asumido defensores tiene muchos detractores que han cuestionado sus principales categorías. Así ROXIN, creador de este instituto dogmático, parte de la idea que se puede tener el dominio del hecho y asegurar el accionar delictivo cuando se tiene el poder de mando en una organización delictiva, y señala que autor mediato es: “todo aquel que se sienta a lado de la palanca de mando de un aparato de poder<sup>565</sup> por lo tanto el error( el engaño) y la coacción(ejercer fuerza sobre la voluntad de otro) quedan alejadas de esta forma de intervención delictiva, pues lo que verdaderamente asegura el acontecer delictivo es el dominio del aparato de poder. Esta tesis ha sido acogida por los diferentes tribunales y cortes internacionales; sobre esto se hará énfasis en los siguientes párrafos.

---

<sup>565</sup> ROXIN. Derecho Penal. Parte General, T. II., Op. Cit. pág. 112.

Siguiendo la idea de ROXIN, quedarán excluidos de esta nueva teoría la coacción y el error (concepciones clásicas).

*Entonces a diferencia de la autoría mediata (concepción clásica de coacción y error) en la cual el hombre de atrás tiene el dominio del hecho bajo estas características, en esta nueva teoría Roxiniana de autoría mediata por dominio de organización, el hombre de atrás seguirá teniendo el dominio del hecho, pero ahora sobre la organización, y esto, bajo los parámetros de la fungibilidad.*

Cabe decir en palabras de DONNA que: “Las posibilidades de autoría mediata no se agotan con las dos formas básicas, esto es, la voluntad de dominio del inspirador o manipulador que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizada por la circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un "aparato" -generalmente organizado por el Estado- con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización<sup>566</sup>”

Esta teoría se convierte en una tercera forma de autoría mediata: *por coacción, error, y por dominio de organización*. Este punto es reconocido por la Corte Superior, pero luego hay un inconveniente, cuando dice: “*dominio de la organización*”, conocido también como la teoría del “*autor detrás del autor*”<sup>567</sup>. De este modo la Corte Superior entiende a estos términos como sinónimo, ya que en sí están muy relacionados, pero no hasta el punto de considerar ambos conceptos como de igual significado, sino que la

---

<sup>566</sup> DONNA, Op. Cit. p. 61.

autoría mediata por dominio de organización pertenece a la constelación de casos denominada en doctrina como “autor detrás del autor”.

ROXIN tiene una nueva visión plasmada en la autoría del hombre de atrás, como verdadero señor del acontecer<sup>568</sup>, el intermediario no evade su responsabilidad al no existir coacción o error, como sucedía en las concepciones clásicas de autoría mediata, sino que en esta nueva concepción el intermediario es plenamente responsable, y por lo tanto responderá penalmente. En la autoría mediata clásica se toma como intermediario a una persona, a diferencia de esta *neo autoría mediata*, donde lo que se va a instrumentalizar no es a la persona del ejecutor material, sino al mismo aparato de poder.

#### **A. Consideraciones generales**

El dominio por organización<sup>569</sup> es el aspecto fundamental que permite al hombre de atrás disponer del aparato de poder para la comisión de delitos, de cuya base se desprenden la demás características exigibles para esta teoría.

Tradicionalmente se entiende que cuando se está más alejado del hecho delictivo, menor será el dominio del hecho del autor, en este caso ocurre lo contrario, ya que, mientras más alejado se esté del hecho, mayor será el dominio de organización,

---

<sup>568</sup> STRATENWERTH. *Derecho penal. Parte general*, 4º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 394.

por lo tanto *a mayor distancia del hecho, mayor jerarquía, mayor poder de mando*. Cuanto más rigurosa es la conformación del aparato de poder, más difícil será la imputación penal de los sujetos que la conforman.

En este contexto, *toda persona capaz de impartir órdenes a sus subordinados es autor mediato*, es decir si utiliza ese poder de mando (*autor de escritorio*) para cometer hechos delictivos. Debe existir una organización rígida, que funcione como un todo, de manera vertical<sup>570</sup>, encargándose sólo de dar la orden<sup>571</sup>.

***La Corte Interamericana de Derechos Humanos al expedir sentencia (29 de noviembre de 2006) en el Caso La Cantuta vs Perú, tuvo como hechos probados (Fundamento 80.1) “las ejecuciones arbitrarias constituyeron una práctica sistemática en el marco de la estrategia contrasubversiva de los agentes del Estado, especialmente en los momentos más intensos del conflicto (1983-1984 y 1989 y 1992). Con posterioridad a las declaraciones del General Rodolfo Robles Espinoza, diversas evidencias han llevado a conocimiento público y notorio la existencia del Grupo Colina, cuyos miembros participaron en los hechos del presente caso (supra párrs 80.10 y 80.12). Este era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con***

**conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y suboficiales del ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificaciones. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex presidente Alberto Fujimori mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas<sup>572</sup>.**

Por lo que según JÄGER firmar un documento, o llamar por teléfono dando la orden ya constituiría asesinato<sup>573</sup>. Debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los mandos superiores sean cumplidas inmediatamente. La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes<sup>574</sup>. Por lo que el grado de responsabilidad será mayor cuando se encuentre más cerca a la cumbre de la organización y más alejado de los ejecutores.

---

<sup>573</sup> AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, p. 38.

<sup>574</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *La Autoría Mediata en el Delito de Usurpación de Funciones. Consideraciones a propósito de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori*, en *Jus Jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008, p. 165.

Otro factor importante para fundamentar el dominio de organización se establece a través de la *fungibilidad*<sup>575</sup> del *ejecutor*<sup>576</sup>, siendo aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio<sup>577</sup>. Lo que este elemento aporta a la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre de adelante al hombre de atrás<sup>578</sup>.

---

<sup>575</sup> Según MEINI habría que prescindir del vocablo “fungibilidad” al no existir una correspondencia semántica entre él y lo que se quiere significar cuando se le invoca. Fungible significa que se consume con el uso, y tal cualidad no solo es incompatible con la condición de persona sino que nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir a los ejecutores del hecho antijurídico en el seno de un aparato organizado de poder, por lo que resulta preferible emplear el término intercambiable o sustituible (“Responsabilidad penal del superior jerárquico”, cit., Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, homenaje a Jakobs, Ara, Lima, 2005, p. 470).

<sup>576</sup> “Una negativa de Eichmann a obedecer habría permanecido sin efecto en la realización del exterminio judío y habría sido víctima de ello sin sentido. El aparato de mando habría continuado operando [...] Ahí reside la diferencia con los delitos individuales. En éstos el autor puede renunciar, puede evitar la continuación del hecho. Frente a la orden del todopoderoso colectivo la víctima pierde significado. Aquí el delito no es un hecho de la persona individual; el propio Estado es el autor” (LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley. Lima 2003. p. 148).

<sup>577</sup> ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, p. 527. Su discípulo PARIONA ARANA también concuerda en este punto al sostener que la reemplazabilidad (fungibilidad) constituye una característica del dominio por organización, pero no es el elemento fundamental.

<sup>578</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad Penal del dirigente en Estructuras Jerárquicas*, p. 91.

## **B. El Estado criminal**

Kant, el más destacado filósofo de la libertad, cuyos aportes fueron investigar sobre el desarrollo de la moral y la igualdad, y quien refería que la humanidad través del desarrollo de la moral encontraría lo que él denominó “la paz perpetua”<sup>579</sup>, no imaginaria que esto que era- según su concepción- algo inevitable para los Estados del mundo, no sería más que una entera y absoluta utopía; el presagio del gran desarrollo moral, que él afirmaba como una visión profética de la historia al ver en la revolución francesa el cambio de una época llena de atrocidades, encontraría un gran opuesto, que sucederían pasado el siglo XVIII. Superando la idea de Kant debemos señalar que: “La historia profética puede presagiar aquello que podrá suceder, pero no preverlo”<sup>580</sup> y esto es algo que asumimos con razón, la propia historia que Kant había designado como merecedora de progreso, se volvería contra si misma al encontrar desde los atroces acontecimientos de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que fueron grandes conflictos originados en causas de expansión y economía opuesta entre capitalistas y socialistas, los problemas étnicos que se venían llevando con anterioridad años atrás y estos acontecimientos trajo consigo 10 millones de muertos (primera guerra) y aproximadamente 40 millones (segunda guerra), asimismo los acontecimientos del Nacionalsocialismo, el lanzamiento de la bomba atómica a las

---

<sup>579</sup> KANT, Emmanuel. *La paz perpetua*, traducción de Manuel García Morente Espasa Calpe colección Austral, México 1972. *passim*.

<sup>580</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. *Kant y la idea del progreso indefinido de la humanidad*, en Anuario Filosófico, Vol. 44 N° 2 (2011) Universidad de Navarra. p 339.

ciudades Japonesas de Hiroshima y Nagasaki en el año 1945 causando 246 mil muertes, a esto se debe sumar las dictaduras, los conflictos terroristas, los secuestros de Estado, las masacres, y muchos otros acontecimientos en distintos países del mundo, pero el entramado que tienen estos acontecimientos no solo se debe analizar desde la óptica de la historia, muchos de estos acontecimientos; como el del nacionalsocialismo y la ex dictadura Fujimorista en el Perú por mencionar algunos, han formado parte de construcciones dogmático-penales muy importantes, que se han sometido a un profundo debate, señalamos nosotros que estos Gobiernos utilizaron el poder para convertirse en Estados criminales. En este sentido asumimos como válida la definición de criminalidad de la RAE quien la define como el: “número proporcional de crímenes en un tiempo y lugar concreto”. Defendemos tal posición, partiendo que los Crímenes de Estado son delitos que comete el propio Estado, el propio Gobierno, que en tiempo y lugares específicos han implantado sus métodos políticos avasalladores bajo distintas premisas, algunas de orden revolucionario, otras de sentido ideológico y muchas con el objetivo de pacificación, pero esto ha conllevado a la vulneración de los Derechos Humanos, a los que muchos de estos gobiernos se comprometieron a respetar y defender, tal es el caso del Perú, que se encuentra adscrito a *la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos*- por mencionar algunos-; estos acuerdos internacionales no han evitado, por citar algunos casos, que en la década de los noventa Gobiernos como el del ex Presidente Alberto Fujimori puedan atropellar Derechos Humanos, utilizando para ello grupos especiales de las fuerzas militares -*como el llamado Grupo Colina*- que se encargó de la ejecución extrajudicial, tortura

y desaparición forzada de presuntos miembros y colaboradores del terrorismo (pertenecientes a grupos armados como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru – MRTA), vulnerando muchas veces la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

Los crímenes de Estado, Estado criminal, Narco-Estado, Estado terrorista o como se quiera denominar, no lo son específicamente por su composición, es decir, por su complejidad organizativa, que terminan convirtiendo estos crímenes en hechos sumamente graves, sino tal y como lo señala ZAFFARONI<sup>581</sup> “no se trata, de manera alguna, de minimizar un crimen aberrante comparándolo con otro, sino de descartar la banalización de la destrucción cotidiana de miles de vidas humanas ante el silencio indiferente del mundo...” tomando la idea de ZAFFARONI se debe considerar los delitos cometidos al mando de Gobiernos, que en su mayoría, en búsqueda de poder ha sobrepasado la vida de quienes conviven en su territorio y también de los ajenos a este, y nos queda la convicción de que los crímenes cometidos por organizaciones Estatales no deben quedar en la impunidad, es decir, se debe perseguir, encontrar y determinar la responsabilidad de quienes atenten contra un *colectivo humano*- así como sucedió en el nacionalsocialismo o el terrorismo en el Perú- hallando la verdad y estableciendo cuales son los medios con los que cuenta el Derecho penal para establecer la responsabilidad de los integrantes de estas organizaciones criminales que actúan bajo la fachadas de Gobiernos o Estados.

---

<sup>581</sup> ZAFFARONI, Raúl. *El Crimen de Estado como objeto de la Criminología*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf>. p. 19

Algunos de estos Estados- como el del Nacionalsocialismo- actuaban bajo los parámetros legales de los que se servían en su momento, así “Lo paradójico de la cuestión, es que los nazis, quienes habían dejado de lado por completo el principio de legalidad, lo invocaban en estas circunstancias en su defensa, mientras aquellos que los juzgaban por su arbitrariedad, tenían la dificultad de encontrar en la legalidad vigente un punto donde sostener las acusaciones”<sup>582</sup> aunque según consideraciones del propio Tribunal de Núremberg “los asesinatos en masa de judíos, gitanos, prisioneros de guerra, y los considerados racialmente indeseables, eran ya considerados crímenes cometidos contra la inmutable ley eterna.”<sup>583</sup>

No cabe duda que son muchos los Estados que bajo la sombra del poder han desarrollado a través de sus gobernantes, estrategias y planes para alcanzar el empoderamiento del territorio entero, emprendiendo crímenes en contra de los que se oponían, los Estados se han convertido en criminales, como lo ha señalado la propia historia y lo han reconocido los juicios en instancias nacionales e internacionales.

### **C. La guerra sucia llevadas a cabo por organizaciones estatales**

Para enmarcar este tema, debemos centrarnos en que los hechos delictivos llevados a cabo por organizaciones estatales siempre se han enmarcado en el tramo de la absoluta ilegalidad de sus acciones, los hechos se han desentendido de las normas

---

<sup>582</sup> JOURDAN MARKIEWICZ, Eduardo Javier. *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo*, en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/> p. 12

<sup>583</sup> JOURDAN MARKIEWICZ, Op. Cit. p. 12

imperantes para la protección de los Derechos Humanos; todos los acontecimientos delictuales en los que un Estado se veía inmerso siempre tenían una finalidad de política sucia y de corrupción. Dicho todo esto debemos partir por señalar que la ilegalidad en el Estado es el desprecio de la relación jurídica que es constitutiva del Estado, como por ejemplo el homicidio culpable de un ciudadano por otro. Como crímenes de Estado se caracterizan aquí los actos de soberanía que dañan a una persona y que no pueden derivarse de la tarea de un Estado moderno. El ejemplo principal son los disparos de aquellos ciudadanos que huían de la RDA y que sólo buscaban su libertad. Es así que para poder tratar como antijurídica una fechoría estatal, como ocurre con la conducta de cualquier otro, es necesaria una ley positiva o cualquier otra regla establecida. El que tal regla sea suficiente es una cuestión distinta: la posibilidad de que el Estado pueda sin más transformar cualquier arbitrariedad en derecho positivo<sup>584</sup>.

Se incluye aquí en este tipo de medio delictivo estatal el “terrorismo de Estado” o más propiamente el terrorismo “vigilante”<sup>585</sup> la expresión terrorismo de Estado decididamente se emplea como un arma arrojadiza contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o, también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento

---

<sup>584</sup> JAKOBS, Günther. *Crímenes del estado- Ilegalidad en el estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?*, en DOXA, 1995, p. 445-447

<sup>585</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 230

regular<sup>586</sup> esto es, la violencia política organizada ejercida clandestinamente desde instancias estatales para preservar el orden político establecido contra la disidencia política y contra movimientos insurgentes, revolucionarios o terroristas usando métodos inspirados en los del adversario, y ello en razón de la cualidad de funcionarios públicos y autoridades de quienes planifican y ordenan las actividades terroristas en cumplimiento de una política estatal<sup>587</sup>.

“El terrorismo de Estado es una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de conocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.”<sup>588</sup>

La complejidad del asunto del terrorismo de Estado es de tal tenor que es necesario comprender que no existe un tipo penal que se denomine terrorismo de Estado, pero es bien conocido que proliferan medidas gubernamentales en las que reiterada y sistemáticamente se efectúan disposiciones represivas, criminales, en general medidas de tipo autoritario que son dirigidas contra los conciudadanos que son considerados enemigos del Estado.

El ciudadano así calificado es una “verdadera fuente de peligro” y amerita por tanto su “eliminación” en virtud de la seguridad

---

<sup>586</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, en Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 46 mes 2, 1993. p. 539

<sup>587</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 230

<sup>588</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Filosofía, política, derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia, 2001. p.147.

colectiva.<sup>589</sup> Tomando estas ideas, la guerra sucia del Estado, se transformaría en lo que se conoce como “Terrorismo de Estado”, es decir, el propio Estado busca el aniquilamiento del ciudadano opositor, del que protesta, de los que se levantan en contra de los de arriba, en contra del sistema político, económico, etc., o simplemente- como en el nacionalsocialismo- el Estado busca aniquilar por fines ideológicos, en ambas cuestiones el Estado se va en contra de los gobernados, comenzando así una guerra sucia en contra de ellos.

Estas acciones contra los grupos humanos que se manifestaban a defender sus derechos o personas que pertenecían a grupos y movimientos, se interpretan desde nuestro punto de vista acciones terroristas gubernamentales (terrorismo de Estado); estas que en la mayor parte del mundo son desconocidas, son tan graves que llegan incluso a consumarse en los delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad como en el gran sonado caso del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, que ordeno la muerte de presuntos terroristas, estos que se encontraban celebrando una fiesta en Barrios Altos en Lima o que eran estudiantes de la Universidad la “CANTUTA” y que los miembros ejecutores (el grupo Colina) asesinaron sin piedad.

En ese sentido, el ex presidente Fujimori, por intermedio de su asesor Vladimiro Montesinos Torres, sacó provecho de la jerarquía y rigidez que poseen las Fuerzas Armadas del Perú –y en mayor

---

<sup>589</sup> TORRES VÁSQUEZ, Henry. *El concepto de terrorismo de Estado: una propuesta de Lege Ferenda*, en Revista Diálogos de Saberes, Julio – Diciembre 2010, Bogotá. p. 131

medida el Ejército Peruano- y las utilizó como medio funcional para realizar los crímenes de Estado<sup>590</sup>.

Para un mejor entendimiento del tema del terrorismo de Estado, es de aceptar que: un “terrorista” es un agente no estatal que atenta contra objetivos civiles para sembrar el terror en el corazón de la comunidad del enemigo. Un “terrorista de Estado” es un funcionario o un individuo –o cualquier grupo que estos integren–, que con la anuencia, o aquiescencia del Estado, efectúan actos de terrorismo<sup>591</sup>.

Para mayor claridad, hay que tener en cuenta dos tipologías de terrorismo el primero de ellos es el que proviene de grupos guerrilleros, de rebeldes, que practican el terrorismo como método de lucha y de grupos terroristas que practican terrorismo propiamente dicho, en estos casos el accionar terrorista se dirige contra personas o bienes con un interés marcadamente de aterrorizar, en algunos casos el derrocamiento o al menos la alteración de las funciones del Estado es secundaria a su verdadero fin; aunque causan terror, pánico, zozobra etc., en algunas oportunidades con gran efecto mediático, ese fin puede ser inherente al ataque terrorista, pero su finalidad seguramente, no estará definida de tal forma que quiera o incluso pueda asumir el poder<sup>592</sup>.

El segundo tipo de terrorismo es el que proviene del Estado, en los cuales, el Estado emprende una serie de acciones que producen

---

<sup>590</sup> CARO CORIA, Carlos. *Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*. en Academia de la Magistratura, Lima 2010. p. 138.

<sup>591</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona 2004, p.154

<sup>592</sup> TORRES, Op. Cit. p. 137.

terror, terror que se masifica. Es un tipo de violencia terrorista, en algunos casos muy soterrada pero exageradamente letal. Hay un uso sistemático, por parte del gobierno, de amenazas y represalias, no obstante ese tipo de violencia aun siendo terrorista es considerada necesaria. También hay que destacar que aunque se considerará ilegal las acciones llevadas a cabo por el Estado, incluso, dentro de su propia legislación, estas se estiman por la sociedad como legales, mediante el uso de una agresiva campaña mediática. Todas estas medidas tienen el fin de imponer obediencia y una colaboración activa a la población. Debido a que todas las actuaciones del terrorismo de Estado se cubren bajo el manto de la impunidad, resulta difícil de identificar<sup>593</sup>.

También es admisible según la doctrina mayoritaria asumir la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político militar) que en esos momentos la domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros y terroristas o de la disidencia política<sup>594</sup>.

#### **D. Las organizaciones delictivas paraestatales: en particular las organizaciones mafiosas y terroristas**

##### **1. Planteamiento**

Desde la aparición de la tesis del dominio de la organización ha sido objeto de una enconada discusión su aplicabilidad a las organizaciones delictivas paraestatales en las que se produce una

---

<sup>593</sup> TORRES, Op. Cit. p. 137.

<sup>594</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 230

utilización del poder por parte de los integrantes de la cúpula para ordenar la comisión de delitos por los subordinados<sup>595</sup>. La dificultad del tema deriva, por una parte, de la falta de acuerdo en torno a la definición de delincuencia organizada, y por otra de la confusión existente a la hora de precisar las características propias de la organización delictiva, la asociación para delinquir, el grupo y la banda de delincuentes. Además, es necesario determinar cuál es la función de los delitos de la asociación ilícita en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada. Por último, se ha de prestar particular atención a los fenómenos terrorista y mafioso, exponentes máximos de la organización delictiva<sup>596</sup>.

## **2. Los conceptos de organización y asociación delictiva**

La organización delictiva supone la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión del delito, así como posteriormente al encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución penal<sup>597</sup>. La aprehensión de la enorme variedad de formas que presenta este fenómeno delictivo en el concepto omnicomprendivo sumamente difícil, como podemos comprobar analizando las propuestas internacionales y europeas elaboradas para definirlo, así como la labor del legislador nacional en este sentido<sup>598</sup>.

---

<sup>595</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 238

<sup>596</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 239.

<sup>597</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 239.

<sup>598</sup> FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 240.

Las organizaciones delictivas como sistemas de imputación, han sido desarrollada a través de la dogmática jurídica, tal y como señala LAMPE<sup>599</sup> existen dos tipos de sistemas de injusto: “sistemas de injusto simple” y “sistemas de injusto constituido”<sup>600</sup> un sistema de injusto será simple en la medida en que el sistema se halle organizado “hacia un fin común a través de la voluntad de los individuos” que integran el sistema<sup>601</sup> mientras que un sistema de injusto será –o estará– constituido en tanto su organización adquiera una “configuración institucional duradera mediante una constitución o unos estatutos”<sup>602</sup> Como instancia paradigmática de sistema de injusto simple, LAMPE menciona la coautoría; como instancias de sistemas de injusto constituido, en cambio, la organización criminal, la empresa económica con tendencia criminal, así como los Estados y las estructuras estatales criminalmente pervertidos<sup>603</sup>.

Así, en una organización criminal aparecerían los siguientes factores determinantes para su respectiva forma de injusto constituido: el potencial humano y técnico disponible para la planificación y ejecución delictiva; la firme organización externa que hace posible un dominio de la voluntad común; una finalidad criminal sistémicamente constitutiva; y una disposición interna de adhesión que se desarrollaría progresivamente entre los miembros<sup>604</sup>. Para el injusto constituido de una empresa con

---

<sup>599</sup> LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley. 2003.

<sup>600</sup> LAMPE, Op. Cit. p.103.

<sup>601</sup> LAMPE, Op. Cit. p. 104.

<sup>602</sup> LAMPE, Op. Cit. p. 111.

<sup>603</sup> *Ibidem*.

<sup>604</sup> LAMPE, Op. Cit. 128.

tendencia criminal, por su parte, los factores determinantes serían: el peligro potencial de la organización empresarial, mecánica o lógicamente dispuesta para la respectiva prestación; el déficit de la respectiva estructura organizacional; una filosofía empresarial criminógena; y una erosión de la noción de responsabilidad por la acción individual<sup>605</sup>.

### **3. Especial referencia a la delincuencia de tipo mafioso**

Las propuestas de la lucha contra el crimen organizado en el ámbito ha sido tomada como un tratamiento especial para los países europeos que tratan de concentrar la interdicción de las asociaciones criminales en los grupos de tipo mafioso, siguiendo el ejemplo de algunos países europeos como Australia, Italia y Suiza, cuyas legislaciones se encuentran complejas descripciones dirigidas a definir las características más relevantes de este tipo de delincuencia organizada: un grupo estable con estructura jerarquizada que trata de mantener en secreto su existencia y dirigida a la comisión de actos criminales con el fin de conseguir ganancias ilícitas. A veces, por ejemplo en Australia, se añade un ulterior elemento definitorio consistente en la persecución de influencia política o en el intento de sustraerse a la persecución penal por medio de la corrupción. También en Italia se alude a un objetivo político cuando define la asociación de tipo mafioso como aquella en la que los miembros se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sujeción y “oferta” que de él se deriva para cometer delitos con el fin de

---

<sup>605</sup> LAMPE, Op. Cit. 131.

impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otros con ocasión de consultas electorales<sup>606</sup>.

Entonces bajo estas premisas legales podemos definir a la delincuencia de tipo mafioso y organizado de la siguiente manera: “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...)”<sup>607</sup>.

#### **4. Especial referencia a la delincuencia de tipo terrorista**

Uno de los debates más complejos del derecho y la política de los últimos tiempos, tanto en el ámbito internacional como en el estatal, ha girado en torno al concepto de «terrorismo». La necesidad de definir el terrorismo, o si se quiere en términos más filosóficos o trascendentales, la necesidad de su conceptualización, ha sido y es una necesidad derivada fundamentalmente de las nuevas formas y medios con que la violencia organizada causa terror en la sociedad contemporánea desde hace ya algunos decenios<sup>608</sup>.

El terrorismo es ante todo un atentado contra los derechos fundamentales de la persona humana (vida, libertad, propiedad, etc.). El terrorismo no puede definirse solamente como el uso de violencia o la amenaza de su uso contra un Estado, porque los Estados también pueden ser terroristas. El terrorismo no es

---

<sup>606</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 288.

<sup>607</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 289.

<sup>608</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás. *El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. p. 52

tampoco un delito común (individual o de un grupo). Un asesinato no puede ser calificado como acto terrorista, si bien los actos terroristas pueden ser asesinatos. ¿Qué es lo que puede especificar a un asesinato (o muchos asesinatos) como acto terrorista?<sup>609</sup>

La especificidad del terrorismo está sin duda, aunque sea una obviedad, en que se trata de acciones humanas que producen terror. Puestas las cosas así, lo que inevitablemente habría que preguntar es si el terror, en general, como una situación individual o colectiva permite parámetros objetivos para su determinación, esto es, si se puede explicar con rigor científico cuándo, por qué o ante qué los seres humanos se aterrorizan. Incluso habría que preguntarse por qué los seres humanos crean terror, esto es, si hay alguna explicación científica sobre por qué los seres humanos se hacen «terroristas»<sup>610</sup>

Hay otro dato sociológico que puede servir a la construcción de este concepto: el terrorismo es una violencia indiscriminada que se ejerce sobre una población. El terror del terrorismo se especifica precisamente porque no discrimina a sus víctimas. Hay terrorismo cuando cualquier ciudadano puede ser víctima de una violencia que ya no se dirige solamente contra unos sujetos predeterminados (políticos, militares), sino contra la ciudadanía en general. Con otras palabras más simples o directas: matar a mujeres, niños, ancianos o a ciudadanos que van de compras o están cenando en un restaurante, etc., es una prueba contundente de que se está en presencia de un acto terrorista<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> LÓPEZ CALERA, Op. Cit. p. 53

<sup>610</sup> *Ibidem*.

<sup>611</sup> LÓPEZ CALERA, Op. Cit. pp. 54-55.

Los motivos del uso o amenaza de una violencia que causa terror quizás sean uno de los factores más determinantes de su definición. La especificidad de los motivos es fundamental para esa definición. Los motivos que especifican actos continuados de violencia (terrorista) sobre amplias masas de población son ante todo motivos políticos. En el derecho español se dice que «el objetivo político» que caracteriza al terrorismo es «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» (art. 570 del Código penal español). La Comisión de la Unión Europea afirmaba que «la mayoría de los actos terroristas son delitos comunes que se convierten en delitos terroristas por razón de la intencionalidad del delincuente. Si la motivación es alterar gravemente o destruir los pilares y principios fundamentales del Estado, intimidando a los ciudadanos, existe un delito terrorista»<sup>612</sup>.

Al respecto LÓPEZ CALERA afirma que: “En este sentido debo reconocer, al menos en mi opinión, que el concepto de terrorismo está prejuzgado desde una experiencia social y política que lo ubica casi inexorablemente en el ámbito de la política. Esto es, hay, pues, como una pre-definición política de terrorismo. Este prejuicio (que todo terrorismo es terrorismo político) viene siendo consentido o aceptado por la teoría y la práctica política y jurídica. Valgan dos ejemplos: ¿Un asesino de prostitutas que amenaza una ciudad o un barrio de una ciudad es un terrorista? No creo que lo sea. Es un simple asesino que tiene amenazado un sector de la población. Las mafias (italianas o no italianas) son calificadas como «crimen organizado», aunque tengan aterrorizadas a muchas gentes, pero no son consideradas como

---

<sup>612</sup> LÓPEZ CALERA Op. Cit. p. 55.

una forma de terrorismo, porque no tienen motivaciones políticas, sino simplemente económicas”<sup>613</sup>.

### **E. Las empresas como aparatos organizados de poder criminales**

Hemos visto que el Tribunal Supremo Federal alemán, en la sentencia (...) de los disparos en el Muro de Berlín, afirmaba que también el problema de la responsabilidad en la dirección de empresas económicas podría solucionarse aplicando la tesis al ámbito empresarial, si bien con poca corrección. Sin embargo, por el momento la posición doctrinal mayoritaria es contraria (...) <sup>614</sup>

La teoría de ROXIN, ha sido asumida en los tribunales, no solo, como una concepción aplicable a los delitos de *organizaciones estatales* que actúan al margen del derecho, sino también tribunales como “El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Ha afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo de Seguridad Nacional de la RDA: “También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así”, y ha procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores<sup>615</sup>.”

El estudio de esta sentencia nos lleva a cuestionar la conveniencia de admitir la figura del autor detrás el autor no sólo ante la actuación de aparatos de poder estatales, sino también para

---

<sup>613</sup> LÓPEZ CALERA, Op. Cit. p. 56.

<sup>614</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. pp. 306-307.

<sup>615</sup> ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, p. 21

atribuir responsabilidad por delitos cometidos en el seno de bandas mafiosas y en el marco de la actividad empresarial. El Código penal alemán propone extender la aplicación de la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder al ámbito de las organizaciones próximas a la mafia. Hasta aquí también ROXIN se muestra conforme, puesto que en el concepto de organizaciones próximas a la mafia, al que aludía en su trabajo publicado en 1963, como segunda forma de aparición del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder (la primera venía constituida por aparatos de poder estatales), se entienden incluidos los movimientos subversivos, organizaciones secretas, bandas delictivas. Pero el Código penal alemán llega más lejos que ROXIN, al pretender solucionar por esta vía problemas de responsabilidad vinculados al ámbito de la economía de empresa<sup>616</sup>.

Sobre esto debemos señalar que las organizaciones complejas, entre las que se cuenta la empresa, se basan en la división del trabajo con reparto de funciones y el principio de jerarquía. Esto da lugar a que con frecuencia quien decide la acción y quien la ejecuta sean personas distintas<sup>617</sup>.

Pero al respecto el Profesor ROXIN se pronuncia señalando que su teoría ha encontrado un cierto límite en cuanto se trate de los delitos vinculados a la empresa, y lo señala de la siguiente manera: “De las cuatro condiciones del dominio de la organización

---

<sup>616</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 389.

<sup>617</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *Posibilidades de aplicación de la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder en la Empresa*, en SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón/ DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid 2008. p. 91

faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad (...) de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario<sup>618</sup>.

La extensión de la tesis de dominio de la organización a la criminalidad organizada de empresa es sumamente discutida, y ello a pesar de que desde hace años se constata que las estructuras clásicas de imputación en ese terreno llevan a la “irresponsabilidad organizada”, puesto que se han construido en referencia a la persona física y no se adaptan con facilidad a la realización de delitos en el marco de organizaciones empresariales dotadas de un alto grado de institucionalización, hasta el punto que se ha podido afirmar que “ las grandes empresas capitalistas modernas constituyen, en general, por su organización interna, modelos inigualados de organización burocrática rigurosa<sup>619</sup>

---

<sup>618</sup> ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, p. 2

<sup>619</sup> Al respecto Weber Max ¿Qué es la Burocracia?, p. 50. Tomado de FARALDO CABANA, Valencia, 2004, p. 306

La determinación de la responsabilidad penal de los miembros de órganos colegiados de la empresa es uno de los muchos problemas que han ocupado a la ciencia en el marco del derecho penal económico<sup>620</sup>. Se trata de la imputación de hechos delictivos cometidos “desde” la empresa- en concreto, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el producto- al miembro del directorio (...) por su participación en el proceso de toma de decisiones de la empresa<sup>621</sup>. Esta formulación del problema anticipa ya algunas dificultades, como la definición de los órganos con capacidad real de decisión en la empresa y la relevancia de la distinción entre autores y partícipes (...) <sup>622</sup>. Se afirma que el hecho de que la empresa se constituye para desarrollar una actividad lícita implicaría la ausencia de fungibilidad del ejecutor, lo que, como puede comprobarse, enlaza con los argumentos empleados por ROXIN para negar a la empresa la condición de aparato organizado de poder y en particular con la cuestión de la actuación al margen del ordenamiento jurídico (...) <sup>623</sup>

Desde el comienzo es preciso tener muy en cuenta dos aspectos importantes. En primer lugar, que si se quiere encontrar a cualquier costo uno o varios responsables por el hecho delictivo a pesar de la complejidad de la organización, es casi siempre posible hacerlo, bien por medio de la fórmula del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder, bien mediante suposición de deberes especiales de supervigilancia y control, también cuando se trata de relaciones jerárquicas difusas. Como

---

<sup>620</sup> VAN WEEZEL, Alex. *Límites de la imputación penal*, Universidad Externado, Bogotá 2011. p. 291

<sup>621</sup> *Ibidem*.

<sup>622</sup> VAN WEEZEL, Op. Cit. p. 292.

<sup>623</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 309.

veíamos, el modelo de intervención delictiva constituye sólo una alternativa, que presente ventajas y desventajas. La segunda consideración es que, si se escoge el modelo de la actuación en conjunto, es decir, de la intervención delictiva, y no se quiere terminar por confundir todos los conceptos, entonces es preciso partir de la base de que “intervención delictiva” significa fundamentalmente responsabilidad mancomunada es por ello el hecho de que el aporte de cada interviniente no necesita ser causal respecto de la producción del resultado en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones. La aceptación que han encontrado la tesis del incremento de riesgo y otras fórmulas de relajación del requisito causal brindan un testimonio poderoso en este sentido. Es por ello que las posiciones que pretenden resolver el problema de las decisiones de órganos colegiados como una cuestión de intervención delictiva y *al mismo* tiempo como problema causal- en concreto: como un problema de resultados sobrecondicionados- no dan en el blanco de la auténtica problemática: afirmar una relación de intervención delictiva consiste precisamente en afirmar que se trata de un solo riesgo y no de varios, de modo que la situación de sobre condicionamiento no llega a plantearse<sup>624</sup>.

Y en cuanto a la actividad empresarial, la solución que propone MURMANN para resolver los problemas de autoría que se plantean en ese ámbito no es única. Distingue el autor en función de que la misma tenga o no por objeto principal la comisión de delitos. Así, cuando la empresa sirve única o principalmente a actividades criminales, entiende el autor que se da una aproximación a organizaciones mafiosas que aconseja decantarse por la coautoría.

---

<sup>624</sup> VAN WEEZEL, Op. Cit. pp. 292-293.

No admite, en cambio, más que inducción «cuando el superior encarga a un subordinado cometer un hecho punible que no muestra ninguna conexión interna con la empresa. Especialmente problemáticos considera MURMANN aquellos casos en que el superior imparte la orden de cometer un hecho punible cuya ejecución se halla en estrecha conexión con el ámbito de trabajo de los empleados subordinados. Pone el ejemplo del gerente que en el marco de la dirección de la empresa ordena dejar salir vapores venenosos de una planta de producción, a través de lo cual se lesiona a terceros. Un trabajador competente del manejo o servicio de la planta, conociendo estas circunstancias, ejecuta la orden. Se decanta en este caso MURMANN por la autoría del ejecutor material, negando que éste sea dominado por el hombre de detrás, por lo menos en un sentido instrumental. Añade el autor que «una limitación de su responsabilidad basada en su dependencia laboral sólo será tomada en cuenta excepcionalmente o en conductas imprudentes, pero no cuando su conducta representa una lesión corporal (eventual) dolosa». Sólo acepta MURMANN el dominio del hecho en este ámbito cuando el gerente o director de la empresa está especialmente obligado en sentido jurídico frente a terceras personas a no favorecer hechos punibles de sus subordinados. Este planteamiento, como él mismo reconoce, se corresponde con la fundamentación de deberes de garantía de los dueños de empresas respecto a conductas dolosas de sus empleados<sup>625</sup>.

Una clara tendencia a solucionar los problemas de autoría en el marco de la economía de empresa acudiendo a las estructuras propias de la omisión se manifiesta también en el planteamiento

---

<sup>625</sup> MURMANN, Citado por BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 390-391.

de SCHÜNEMANN. Poniendo el acento en la divergencia que se produce entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas, propone este autor una equiparación de la omisión con la comisión en el ámbito de la empresa basada en el dominio del director de la empresa o del superior de la empresa. Este dominio puede resultar, según SCHÜNEMANN, tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento como de su poder de mando sobre los trabajadores fundamentado legalmente. El dominio concebido en estos términos permite al autor afirmar la posición de garante del director o superior porque, según su propia concepción sobre la comisión por omisión, «el deber penal de garante surge del *dominio del garante sobre la causa del resultado*; hecho que justifica decisivamente la equiparación de la omisión impropia con el comportamiento “activo”<sup>626</sup>.

Si se traslada aquí la “convicción intuitiva” de la relevancia de las organizaciones intelectuales del delito, utilizada por AMBOS para el problema de la autoría mediata por dominio de la organización en aparatos organizados de poder, debería concluirse también que quien organiza o se aprovecha de un colectivo empresarial (sobrevenido al menos en un colectivo criminal) para cometer un delito, no puede tener en éste una intervención secundaria. Quizá esto (junto a las necesidades político-criminales de punir con mayor rigor a los directivos) podría servir para oponerse a la posibilidad de atribuir del directivo una responsabilidad como instigador. Pero, por cierto, no serviría ya que para definir si al fin

---

<sup>626</sup> SCHÜNEMANN, Bernd «*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*», en Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 41, Mes 2, 1988. p. 537

y al cabo aquél debería ser considerado autor mediato o coautor. Pero incluso esto no ha impedido que cierta parte de la doctrina abrace la tesis de la responsabilidad del directivo como instigador.

a) La tesis de la instigación La responsabilidad del directivo de empresas (A) como instigador subordinado (B) seguiría el siguiente esquema: “A” determina a “B” a cometer un delito, lo que finalmente éste realiza. Sin embargo, en el ámbito empresarial existe una gran distancia entre directivos y subordinados. De modo que la forma en la que estos actúan no corresponde usualmente a una interacción directa con los directivos, sino más bien a una compleja concreción de las políticas generales dispuestas por aquellos. Es más, director y subordinado casi nunca se conocen y la “coordinación” de sus actividades se hace a través de intermediarios diversos que transmiten de forma cada vez más concreta (a veces con cierto grado de autonomía, por cierto) las políticas generales de la empresa. Y esa distancia impediría ya la posibilidad de atribuir al directivo el título de instigador, en tanto no existiría una suficiente influencia psicológica para determinar al subordinado a cometer el delito. Por cierto, al igual que en Alemania, también en Perú el instigador y el autor tienen conminado un marco penal abstracto similar. Sin embargo, no parece adecuado hacer depender el hecho del directivo del hecho del subordinado, pues esto no refleja adecuadamente la realidad: que más bien es el directivo quien ostenta mayor dominio del hecho.

b) La tesis de la coautoría en la responsabilidad del directivo de empresas (A) como coautor junto al subordinado (B) seguiría el siguiente esquema: “A” y “B” codominan el hecho delictivo, uno a través de la planificación y la orden de su realización y el otro ejecutándolo”. En rigor, la coautoría supone un dominio funcional o codominio del hecho, en

el que más de uno de los intervinientes tiene la posibilidad de decidir sobre el resultado. La tesis de la coautoría ha sido incluso defendida contra la autoría mediata por dominio de organización en los aparatos organizados de poder<sup>627</sup>.

## **II. Autoría mediata por aparatos organizados de poder**

### **A. Los orígenes: la propuesta de Roxin**

El primer punto al que debemos hacer hincapié es la teoría del dominio del hecho, la expresión “dominio del hecho” se la debemos a HEGLER quien en 1915 en su monografía sobre “los elementos del delito”. La formulación acabada la da LOBE en 1933 cuando menciona la importancia del “animus domini” comentando una jurisprudencia del tribunal alemán<sup>628</sup>.

El divulgador más importante del concepto lo fue Hans WELZEL<sup>629</sup> pero el más importante e influyente sistematizador contemporáneo de la teoría del dominio del hecho es Claus ROXIN, quien realizó un desarrollo en su obra “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”.

Para el profesor ROXIN, el dominio del hecho en la temática de la autoría y participación, comprende tres supuestos que importan tres soluciones teóricas a su turno: 1) Dominio de la acción, para la autoría directa o de propia mano; 2) Dominio de la voluntad y del conocimiento, para el supuesto de la autoría remota o

---

<sup>627</sup> URQUIZO VIDELA, Gustavo. *Sobre la responsabilidad penal de los directivos de empresa por los delitos cometidos por sus subordinados* en [http://www.cedpe.com/blogs/Actualidad\\_penal/?p=11](http://www.cedpe.com/blogs/Actualidad_penal/?p=11)

<sup>628</sup> VILLA STEIN, Op. Cit. p. 372.

<sup>629</sup> Ibidem.

mediata, que incluye perpetrada con maquinaria de poder organizada; y 3) dominio funcional, para explicar la coautoría.

Entendemos entonces que según “la teoría del dominio del hecho” es autor quien tenga “el dominio del hecho” en el acontecer delictivo, siendo el personaje principal, central, nuclear, y que cuyo aporte sea el esencial para poder llevar a cabo la actuación delictiva, la tesis planteada por el profesor Roxin y que ha sido recogida en los diferentes tribunales internacionales, señala que puede dominarse el hecho de distintas formas, de “propia mano”, en “actuación conjunta” o a través de otro, este punto “a través de otro” este punto que es la segunda clasificación que se le da a la autoría delictiva tiene distintas variantes, “el dominio de organizaciones delictivas” es una de ellas, es decir, se puede tener el dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder que pueda garantizar el accionar delictivo, “el dominio por (o de) organización como forma independiente y “nueva” de autoría mediata”<sup>630</sup>.

La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de criminalidad organizada. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista un estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmite a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la

---

<sup>630</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 111.

estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo.

El origen de esta tesis surge a partir de los crímenes del Nacionalsocialismo, en los cuales los hombres de atrás, que daban las ordenes, tenían que responder penalmente por sus actos, conocidos casos de los que parte el Profesor ROXIN, como el del líder Nazi Adolf Eichman, fueron ejemplos históricos<sup>631</sup> que se tomaron en cuenta para la fundamentación de esta teoría, es decir según esta tesis se puede dominar el hecho del acontecer delictivo sin necesidad de participar en la etapa de ejecución o agotamiento.

El 5 de febrero de 1963 presentaba ROXIN, por primera vez, esta nueva forma de dominio en su lección inaugural en Hamburgo<sup>632</sup> en esta conferencia fundamentaría los aportes de una nueva construcción de autoría mediata, sobre la cual no era necesario ejercer el error o la coacción, según el maestro de Múnich “sólo hay tres formas prototípicas(o idealmente típicas) en las que se puede dominar un acontecimiento o suceso sin poner las manos en la ejecución: se puede obligar o forzar al ejecutor, se le puede engañar; o se puede-y esta era la idea nueva- disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. El que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al autor inmediato, porque el aparato, incluso si falla una persona concreta dispone de otras que asume su función<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 111.

<sup>632</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 344

<sup>633</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 111.

ROXIN se preocupa por delimitar los supuestos de dominio de la organización de los casos de error y de coacción<sup>634</sup>. En esta nueva forma de *autoría mediata* el dominio del hecho consiste en la utilización por parte del líder del aparato quien controla “una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor<sup>635</sup>”, quien tiene la calidad de fungible, y eso lo conoce muy bien el hombre de atrás y “sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global<sup>636</sup>”.

Entonces “los hombres de detrás” los autores mediatos los que eran denominamos comúnmente en Alemania “delincuentes de despacho” o “autores de escritorio” que no intervenían directamente en la comisión delictiva, ni actuaban de propia mano, ni tenían el dominio de la acción directa podían responder penalmente, sin prescindir de la responsabilidad de los ejecutores inmediatos.

## **B. El automatismo en el funcionamiento del aparato**

Existe una categoría primordial en la teoría de ROXIN, que tiene que ver con el automatismo del aparato de poder, y todavía queda por responder a la cuestión de cuales van a ser las razones que

---

<sup>634</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 26.

<sup>635</sup> ROXIN, Claus. Op Cit. p. 268.

<sup>636</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 270.

van a permitir verificar en el “hombre de atrás” dirigente de estas maquinarias organizadas, un dominio del hecho como autor mediato compatible con el dominio de acción propio del ejecutor material<sup>637</sup>. ROXIN señala que: “este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que (...) está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor. Este “hombre de atrás” en definitiva, podrá “confiar en la orden se va cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor<sup>638</sup>”.

Se trata, por tanto, de este funcionamiento automático del aparato garantice el cumplimiento de la orden, es decir, que permita al “hombre de atrás” contar con la realización del hecho, en este mismo criterio, se centró SCHROEDER que si bien, como veremos, justifica el automatismo no en virtud de la fungibilidad de los ejecutores sino de su “disposición incondicional” al hecho, coincide con ROXIN en entender el dominio del hecho como un dominio sobre los “procesos reglados<sup>639</sup>”. Queda así reforzada la solución de la autoría mediata principalmente frente a aquellas opiniones doctrinales que propone reconducir estos casos a la inducción<sup>640</sup>. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en esta forma de participación puede contarse con “una probabilidad prácticamente del cien por cien”, si empleamos la terminología de STEIN<sup>641</sup> o

---

<sup>637</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada 2006, p. 10.

<sup>638</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 272.

<sup>639</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 12.

<sup>640</sup> *Ibidem*.

<sup>641</sup> STEIN citado FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *Ibidem*.

“con una alta probabilidad”, según las palabras BOTTKE<sup>642</sup> con el que el hecho ordenado va a ser ejecutado. Además, el aparato de poder será capaz de garantizar el cumplimiento de las instrucciones del hombre de atrás no solo en un caso concreto, sino en una pluralidad de casos<sup>643</sup>. Estas posturas han asumido el absoluto dominio del hecho del hombre de atrás, en tanto ROXIN asume el dominio del hecho en la *fungibilidad* y SCHROEDER en la *disposición incondicional al hecho*. En estos términos también señala BOLEA BARDON citando a STEIN <sup>644</sup> “el funcionamiento automático del aparato debe garantizar el cumplimiento de la orden (poder contar con la realización del hecho). De la decisión de ordenar la comisión de delito en esas concretas condiciones que garantiza, con una probabilidad a menudo rayana en la seguridad, el cumplimiento de la orden, surge la responsabilidad como autores de los hombres de detrás. Que la decisión de cometer el delito quede en mano del ejecutor material supone, sin duda, un alejamiento de la conducta del hombre de detrás respecto a la lesión del bien jurídico. Pero esa distancia queda compensada siempre que la propia estructura jerárquica garantice el cumplimiento prácticamente automático de las órdenes.

En ese sentido citado por BOLEA BARDON<sup>645</sup> afirma que: “la base del dominio de los mandos dirigentes hay que buscarla, por tanto, también en el hecho de poder contar con que sus órdenes van a ser cumplidas porque la propia estructura de la organización asegura el cumplimiento de las mismas, pese a la

---

<sup>642</sup> BOTTKE citado FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *Ibidem*.

<sup>643</sup> STEIN citado FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *Op. Cit.*

<sup>644</sup> BOLEA BARDON, *Op. Cit.* p. 369.

<sup>645</sup> *Ibidem*.

eventual negativa de alguno de los ejecutores materiales. Si la actitud contraria al cumplimiento de las órdenes dejara de ser esporádica e individual, extendiéndose y adquiriendo carácter general, empezaría a cuestionarse el propio funcionamiento de la organización. Asimismo, JAGER citado por BOLEA BARDON señala que: “El poder de dictar ordenes, derivado de la estructura organizativa depende siempre, en última instancia, de los miembros individuales que integran la organización. El poder de mando que ejercen los que están situados en la cúspide de la organización y la propia organización en sí misma no se podría sostener contra la voluntad de los individuos que la componen<sup>646</sup>”. La fungibilidad de los ejecutores materiales y la disposición incondicionada de los miembros de la organización a cumplir órdenes son, sin duda, factores importantes a considerar, pues indica la gran probabilidad con la que las órdenes dictadas desde arriba van a ser cumplidas. Pero, aunque ambos criterios revelan un aspecto importante del funcionamiento de la organización, no son los únicos aspectos que van a ser tenidos en cuenta a la hora de decidir la autoría de los mandos dirigentes. Además, será necesario analizar, el funcionamiento de la organización en cada caso concreto, examinado si opera o no al margen de la ley, si efectivamente consta de una estructura jerárquica consolidada, si los mandos intermedios tienen poder de decisión, cual es el grado de fungibilidad de los ejecutores materiales, etc. La admisión de la autoría de los hombres de detrás queda condicionada a que las ordenes sea dictadas en el marco de una organización que opere al margen del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho (ya se trata de criminalidad organizada o de aparatos de poder estatales). Y ello, porque solo en el marco de este tipo de organizaciones

---

<sup>646</sup> *Ibidem*.

tienen los mandos dirigentes suficientes razones objetivas para contar con el cumplimiento de órdenes de carácter delictivo, pero, además, para afirmar su dominio de riesgo, los superiores jerárquicos deben ejercer un control efectivo de la organización(o, al menos, de la determinada parcelas de la misma) derivado de su poder de decisión, y no solo de una posición formal en la misma<sup>647</sup>.

### **C. La relativización del principio de responsabilidad y condición de instrumento**

En la doctrina tiende a hablarse de modo indistinto del “principio de responsabilidad” y del “principio de propia responsabilidad”<sup>648</sup>. Desde luego que la práctica identidad terminológica no facilita en nada la cuestión, más al contrario, por eso se considera adecuado en un primer momento acercarse brevemente al contenido de cada uno de ambos principios para proceder a continuación a un análisis más exhaustivo de aquél al cuál se irá haciendo constante referencia a lo largo de esta investigación, a saber, “el principio de responsabilidad”<sup>649</sup>.

En un primer intento de concreción del “principio de propia responsabilidad” o “autorresponsabilidad” cabe aludir a la fórmula ofrecida por M. E. MAYER<sup>650</sup> a finales de la década de los sesenta del siglo pasado, en el sentido de que “la persona es responsable frente al Derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no

---

<sup>647</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 370.

<sup>648</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 20.

<sup>649</sup>JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 105.

<sup>650</sup> MAYER, p. 104, en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 21.

por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace “y, más recientemente, a la aseveración de SCHUMANN<sup>651</sup> monografista en la materia, de que la consecuencia más evidente del principio de autorresponsabilidad consiste en la limitación del ámbito de responsabilidad de cada uno al propio actuar de cada sujeto. Según este principio, entonces, el ámbito de responsabilidad de cada uno quedará limitado a su propio actuar, de modo que cada sujeto finalmente sólo podrá responder por su propio comportamiento<sup>652</sup> Esta idea, ha venido siendo repetida por la doctrina desde diversas formulaciones. La idea principal, que subyace a todas ellas ha sido reflejada con claridad, por destacar una formulación, por parte de BLOY<sup>653</sup> al insistir en que “el principio de propia responsabilidad” impediría la existencia de una “responsabilidad general por el actuar ajeno”<sup>654</sup>.

Del análisis de los diversos posicionamientos doctrinales en este sentido, se trasluce cómo progresivamente ha ido ganando mayor número de adeptos aquel planteamiento que ya adelantara JAKOBS y que hace derivar del “principio de propia responsabilidad” la necesidad de delimitación de esferas organizativas y, en consecuencia, de ámbitos de responsabilidad. Así por ejemplo, RENZIKOWSKI deduce de la separación de las esferas jurídicas el que cada uno sea responsable exclusivamente de las consecuencias que resulten de la organización de su propia esfera, puesta en marcha a través de una acción. El “principio de propia responsabilidad” se opondrá entonces a todo traspaso de la

---

<sup>651</sup> SCHUMANN, p. 6 en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Ibidem*.

<sup>652</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op Cit.* p. 21.

<sup>653</sup> BLOY, R., GA (1996), p. 438 en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, p. *Ibidem*.

<sup>654</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op. Cit.* p. 20.

responsabilidad a una persona distinta<sup>655</sup>. De “esferas de responsabilidad” en este ámbito hablan también en la doctrina española, entre otros, BALDÓ LAVILLA, BOLEA BARDON, CANCIO MELIÁ, FEIJÓO SÁNCHEZ, PEÑARANDA RAMOS Y ROBLES PLANAS, en el sentido de que esta idea de responsabilidad personal no sólo tendrá reflejo “en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infrinjan las normas jurídico penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios los sujetos que intervienen en un hecho”<sup>656</sup> De este modo, el “principio de propia responsabilidad” afirmará “que alguien responda única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuya a su propia esfera de organización y no a una ajena”<sup>657</sup> Así, en la separación de estas esferas de responsabilidad, sean “primarias” o “secundarias”<sup>658</sup> no solo se atenderá a la regulación legal, sino que devendrá imprescindible “poner en relación criterios regulativos derivados de los principios de autonomía individual y de propia responsabilidad”<sup>659</sup> Desde este principio de responsabilidad “por el propio comportamiento organizador”, además, se extraerán consecuencias “tanto para la teoría de comisión como para la

---

<sup>655</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 20.

<sup>656</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona 1998. p. 277-278.

<sup>657</sup> ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003, p. 109-164.

<sup>658</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 291.

<sup>659</sup> BOLEA BARDÓN, Op. Cit. p. 119.

teoría de la omisión, para la teoría de la autoría, para la teoría de las causas de justificación, etc.”<sup>660</sup>

Por otro lado, desde algunos sectores doctrinales ha venido a afirmarse que el “principio de propia responsabilidad” tuvo su origen en el marco del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, surgiendo precisamente como complemento al principio de la imputación, y ello en razón de la insuficiencia de una mera conexión causal para la imputación del resultado, que exigía una conexión normativa entre la acción y el resultado. Se ha llegado incluso a constatar su aplicación privativa al ámbito de la imputación objetiva, a la que sería inmanente, ejerciendo exclusivamente desde ese lugar su influencia sobre el resto de los elementos del tipo. Desde otro sector doctrinal, sin embargo, y destaca en este lugar el planteamiento de ROSO CAÑADILLAS, “el principio de responsabilidad por actos propios es un principio rector e informador que está en la cúspide, como otros principios limitadores y de política criminal, del sistema y que afecta a cada uno de los elementos o instituciones de éste, exista o no exista la imputación objetiva”. Según su concepción, entonces, “lo más lógico es que el principio esté presente a la hora de conformar los criterios de la imputación objetiva y de fundamentar los criterios de autoría”. También ROBLES PLANAS reconoce su valor de “eje sobre el que gira toda la teoría de imputación –en sentido amplio, esto es, de la responsabilidad jurídico-penal-<sup>661</sup>.

---

<sup>660</sup> BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona 1994. p. 54.

<sup>661</sup> ROBLES PLANAS, Op. Cit. p. 12.

De todo lo anterior se deduce con claridad que pese a que el contenido material que se otorga al “principio de propia responsabilidad” es prácticamente indiscutido, no lo es tanto su fundamentación. Sobre esta cuestión conviene citar en primer lugar a SCHUMANN, que concluye con el rechazo a todo intento de fundamentación del “principio de autorresponsabilidad” que, según su concepción, no constituirá sino un presupuesto del análisis dogmático realizado, cuya existencia quedará probada mediante la vigencia del principio de confianza<sup>662</sup>. La estrecha vinculación del principio de confianza con el “principio de propia responsabilidad” es puesta de manifiesto también por STRATENWERTH, llegando a reconocer que “nadie debe responder por la conducta descuidada ajena, sino que debe confiarse en que cualquier persona cumplirá con sus deberes de cuidado” y ello, en atención a que “con respecto a comportamientos riesgosos que provienen de otras personas (...) no es necesario que se tome en cuenta si el riesgo es previsible, pues la otras personas son también seres responsables. Si se comportan descuidadamente, ello sólo afectará ante todo su propia responsabilidad”<sup>663</sup>

Crítico con el principio de confianza en este sentido, y privándole de todo contenido normativo, sin embargo, se manifiesta recientemente ROBLES PLANAS. Para este autor, pese a poder afirmarse que el principio de confianza, como manifestación del “principio de autorresponsabilidad”, puede explicar sin dificultades “el complejo funcionamiento de las actividades que se caracterizan por la división del trabajo”, en realidad éste no rige de forma ilimitada ni posee relevancia normativa alguna como criterio

---

<sup>662</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 24.

<sup>663</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 42.

de imputación. Según su concepción, la fórmula principal del principio de confianza de que “al primer sujeto le está permitido confiar en la conducta correcta del segundo siempre que no exista un motivo (...) para afirmar lo contrario, es completamente inadecuada para responder a la pregunta por la creación de un riesgo penalmente relevante”. Este autor, además, le reprocha los tintes subjetivistas de los que sufre, así como la obviedad de las soluciones a las que llega, lo que justificaría su escasa incidencia<sup>664</sup>. Es claro en su opinión ROBLES PLANAS al señalar sobre este aspecto que “si (...) lo que excluye la imputación al primer interviniente es la autorresponsabilidad del segundo, ello deberá seguir siendo así, incluso cuando el primero prevea con toda seguridad que el segundo utilizará su aportación para cometer un delito, puesto que no por ello dejará de ser un sujeto autorresponsable”<sup>665</sup>

#### **D. Exclusión de las categorías de coacción y error**

Las categorías de *coacción y error* quedan sustituidas en la construcción Roxiniana, en esta nueva forma de *autoría mediata* no es necesaria la mediación de estas formas para poder concretar el hecho delictivo, al existir una organización estructurada, los que ostentan el poder pueden tener la seguridad de la concretización del hecho planeado, ya que no es necesario que medie la obligación o el engaño, si no el poder de dominio que tiene el hombre de atrás sobre el aparato delictivo.

---

<sup>664</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 109.

<sup>665</sup> ROBLES PLANAS, Op. Cit. p. 109.

Sobre el particular señala ROXIN que: “El resultado al que hasta ahora ha llegado nuestra investigación pone de manifiesto que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás puede basarse en una coacción o en un error”<sup>666</sup>. A pesar de la multiplicidad y diversidad de los casos concretos posibles, estas dos estructuras básicas de la autoría mediata son siempre las mismas<sup>667</sup>. Sin embargo, se plantea la cuestión de si con ellas quedan agotadas todas las posibilidades de autoría mediata<sup>668</sup>.

Según ROXIN, estas no serían las únicas formas de autoría mediata dado el carácter histórico en las cuales surgió esta teoría el Profesor ROXIN nos propone pensar en lo siguiente: “si uno se pregunta si las autoridades “competentes” para el exterminio de los judíos y el servicio secreto extranjero, en cuyas directivas se escuchaba al agente Staschynski, son autores mediatos de los asesinatos perpetrados por órdenes suyas, se pone de manifiesto que no se da el dominio de la voluntad en virtud de coacción o en virtud de error en estos casos ni en otros típicos de este género<sup>669</sup> .

Por lo que respeta a la coacción, se ha averiguado, investigado la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba ni un solo caso en que alguien “hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar<sup>670</sup>”, es decir, no se encontró carácter de coacción en las ordenes que se dictaban, pues el desistimiento de estas no trajo consigo consecuencias posteriores como por ej. *La muerte del desertor*.

---

<sup>666</sup> ROXIN Claus, Op. Cit. p. 269

<sup>667</sup> *Ibidem*.

<sup>668</sup> *Ibidem*.

<sup>669</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 270.

<sup>670</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 271.

Así, el jurista alemán, pone como ejemplo el caso del agente Staschynski en los procesos de Nuremberg seguidos a los miembros del régimen nazi, donde señala que las órdenes se cumplieron, no porque el agente se sintió coaccionado o inducido a error, sino por el dominio de la voluntad que el autor mediato tuvo del hecho<sup>671</sup>.

Es así que ROXIN incluye en esta nueva categoría de autoría mediata a la *dirección de la organización delictiva*, sobre la cual ha excluido las categorías básicas de la autoría mediata: *la coacción y el error*, señalando que no solo se puede tener el dominio de la voluntad y el acontecer delictivo a través de estas circunstancias; si no también cuando exista el dominio sobre un aparato de poder delictivo; este aparato de poder prescinde de mantener a sus subordinados coaccionados o engañados porque de lo que realmente se vale es de la capacidad de poder que tiene el que dirige la organización para dar órdenes y que estas sean cumplidas a cabalidad.

Bajo esa premisa, nos parece oportuno señalar que el poder de mando no puede confundirse con el error o la coacción del hombre de atrás hacia el ejecutor material, porque de producirse estos supuestos, ya no estaríamos ante un caso de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados<sup>672</sup>.

### **E. Fundamentos estructurales del dominio de organización**

---

<sup>671</sup> CARO CORIA, Op. Cit. p. 133.

<sup>672</sup> CARO CORIA, Op. Cit. p. 134.

Reconocido el dominio de organización como tercera forma del dominio del hecho junto al dominio por error y por coacción y ya anticipados brevemente los fundamentos estructurales de ROXIN, vamos a ver ahora de forma detallada los mismos.<sup>673</sup>

### **1. Criterio de la fungibilidad o intercambialidad del instrumento**

ROXIN señala como fundamento básico de la *autoría mediata por dominio de organización*, que el aparato delictivo cuente con un dominio del hecho, tanto que pueda intercambiar a los que desisten de la *ejecución*, es entonces que el ejecutor sucumbe ante el hombre de atrás como un instrumento al dominio del que controla el aparato, y esto no excluiría la responsabilidad del ejecutor, ni restringe su libertad, ni lo hace no conocedor el hecho delictivo, entonces, los dos tienen el dominio del hecho, uno por dominar el aparato, y el otro, por encontrarse en la acción directa (por órdenes del hombre de atrás).

Entonces es la fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter objetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y

---

<sup>673</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 146.

realización de su designio delictuoso<sup>674</sup>. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el poder de sustitución que tiene el hombre de atrás”<sup>675</sup>

Es así que como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: “La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto”<sup>676</sup>.

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho<sup>677</sup>.

La organización puede tener desertores, pero estos defectos que se han presentado por la propia voluntad del ejecutor de no participar en el hecho se han previsto claramente por los que dominan el aparato,

---

<sup>674</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 146.

<sup>675</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 130.

<sup>676</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. pp. 126-127.

<sup>677</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 147.

pensemos por ejemplo en un enorme barco puede que puede cambiar una y muchas veces sus ruedecillas para que continúe funcionando, ya que estas ruedecillas en mal estado no sería impedimento de continuar con el destino del enorme barco, la organización también es como ese enorme barco, cuyo fin es el acto ilícito, y continua su objetivo por más que en el camino encuentre ejecutores que desisten del ánimo delictivo, ante esto, la organización debe cambiar también sus ruedecillas- *debe cambiar a los ejecutores-*, y este sería en fundamento que utiliza ROXIN ante el desistimiento del hombre de adelante.

Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatemente, en riesgo.<sup>678</sup>

En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, “la fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente”<sup>679</sup> De allí que: “la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de

---

<sup>678</sup> *Ibidem.*

<sup>679</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 126-127.

poder organizado no puede prescindir de un análisis *ex ante*<sup>680</sup>.

Existe un buen número de autores que reconocen las bondades de esta figura pero, hay que decir que si bien la mayoría de ellos asumen el dominio de organización con base en la misma fundamentación, es decir, reconociendo el carácter esencial de la fungibilidad como piedra fundamental de la estructura, no son pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación diversa, renunciando o relativizando la esencialidad del criterio de intercambiabilidad<sup>681</sup>. En la doctrina alemana: BLOY, BRAMMSEN, CRAMER/HEINE, EBERT, HERZBERG, JOECKS, JUNG y, en la actualidad SCHMIDHÄUSER, coinciden con la formulación de ROXIN al aceptar la fungibilidad como fundamento esencial de la misma, de manera que la arbitraria intercambiabilidad del ejecutor será precisamente lo que fundamenta el “dominio de organización”, sin ser preciso servirse de error o coacción alguna<sup>682</sup>.

Nosotros no concordamos con esta posición, de modo que al calificar ROXIN a todos los ejecutores como responsables tanto en la perpetración del hecho como en el desistimiento asume responsabilidad plena, y asumimos el conocimiento pleno del ejecutor del hecho

---

<sup>680</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 148.

<sup>681</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 127.

<sup>682</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 148.

delictivo como uno de los criterios para excluir la *autoría mediata*, y es que aunque los ejecutores al momento del desistimiento se intercambien, eso no varía la idea de considerar – *como asumimos desde un principio*- a estos hechos como coautoría, y el criterio central de nuestra posición en el punto de la fungibilidad se ubica en *la división de funciones o acuerdo en común* el cual es fundamento de coautoría. El ejecutor, que espera ingresar al campo de acción al advertir un desistimiento conoce claramente que su función ante los hechos es precisamente esa: ingresar en caso uno de los *hombres de adelante* desertara, y este nuevo *hombre de adelante* tiene clara y específicamente definida cuál será su rol luego de asumir la función que se le ha entregado en la organización: el ser el remplazo de uno que no quiso cometer el hecho delictivo.

#### **A) La necesidad de un amplio número de subordinados fungibles**

Para muchos- *y discrepamos totalmente con esta posición*- que han asumido como un criterio o condición indispensable para la concurrencia que los miembros de aquellas organizaciones de los que se predica tal carácter no aparezcan en un número muy limitado, pues en tal caso la intercambiabilidad devendría imposible<sup>683</sup>. Esta es la razón por la que es sistemáticamente negada la extensión de esta figura

---

<sup>683</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 123

del dominio a aquellas organizaciones basadas en relaciones estrictamente familiares, y de círculo muy reducido<sup>684</sup>.

Quienes defienden la esencialidad o bien la simple validez de este criterio exige como condición indispensable para su concurrencia que los miembros de aquellas organizaciones de los que se predica tal carácter no aparezcan en número muy limitado, pues en tal caso la intercambiabilidad devendría imposible. Ésta es la razón por la que es sistemáticamente negada la extensión de esta figura del dominio a aquellas organizaciones basadas en relaciones estrictamente familiares y de círculo muy reducido<sup>685</sup>. STRANTENWERTH exige, con razón según el punto de vista de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ (...) que para que sea posible la libre intercambiabilidad de los ejecutores, la estructura de la organización debe disponer de una reserva de personas lo suficientemente grande, de las que pueda servirse en caso de necesidad, ya que de lo contrario el agente individual no sería sin más reemplazable<sup>686</sup>. HERZBERG sigue la misma línea al matizar que casi en ningún caso podría ser adjudicado un dominio así fundamentado al jefe de una banda de gánsters contraria al Estado ni a un servicio secreto extranjero (en referencia al caso Staschynski) que ordena en la RFA la comisión de asesinatos políticos, al

---

<sup>684</sup> *Ibidem*.

<sup>685</sup> SSTS 21 de enero de 1993 (A.284) y 19 de enero de 1995 (A.569)

<sup>686</sup> STRANTENWERTH, *Derecho Penal PG., El hecho punible*, 4ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 242.

no disponer de una gran reserva de “obedientes ayudantes” que pudieran ser sustituidos a voluntad<sup>687</sup>.

El requisito de la existencia de una pluralidad de posibles ejecutores resulta, sin embargo, para CHARCHULLA y ROTSCH “abstracto”, “desligado del hecho concreto” y generador de “considerables inconsecuencias”. Desde el punto de vista de CHARCHULLA y, en consonancia con lo defendido por MURMANN, el criterio de la fungibilidad presenta como punto débil su incompatibilidad con el concepto del dominio del hecho y ello, porque para la autoría “siempre es necesario el dominio sobre un suceso concreto”, lo cual resulta de la generalmente reconocida referencia del concepto del dominio del hecho al tipo. La intercambiabilidad del ejecutor inmediato permite al hombre de atrás, en virtud de su posición sobresaliente, instigar a la comisión de hechos punibles generales, pero en modo alguno va referido ni a un hecho determinado ni a un autor concreto<sup>688</sup>. El dominio sobre el suceso concreto, de esta manera, sólo podría ser reconocido en el autor inmediato<sup>689</sup>.

ROTSCH, por su parte, se basa en la afirmación hecha por ROXIN de que<sup>690</sup> “en una concreta situación (como una orden telefónica del Führer a un comando de

---

<sup>687</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 124.

<sup>688</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 151.

<sup>689</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 124.

<sup>690</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 151.

misión especial o el caso Staschynskij) se necesita la participación de muy pocas personas, sin que a través de la forma de funcionamiento del aparato cambie en nada la condicional autoría del hombre de atrás”<sup>691</sup>.

Correcto considera ROTSCH que la primera y fundamental condición de un dominio del hecho basado en la fungibilidad es la existencia de un gran número de personas (junto a las otras condiciones relativas a la organización jerárquico-vertical del aparato y la desvinculación jurídica) de las que pueda servirse para la comisión del hecho. Cuando el dominio sobre el funcionamiento automático de la organización fundamenta la autoría, la persona utilizada para la realización del hecho puede ser sustituida como una mera “ruedecilla en el engranaje” y la “regularidad en el desarrollo de los procesos está asegurada cuanto mayor sea el número de potenciales ejecutores”<sup>692</sup>.

Sin embargo, para ROTSCH, si en la construcción de ROXIN se reconoce que el número de posibles instrumentos es un requisito necesario del elemento de la fungibilidad y si este elemento conduce a un automatismo con respecto a la realización del resultado y fundamenta de esa manera el dominio del hecho, entonces<sup>693</sup> “su fundamentación prescinde del hecho concreto” porque en la afirmación que exhaustivamente

---

<sup>691</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 124.

<sup>692</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 152.

<sup>693</sup> *Ibidem*.

analiza se considera suficiente la participación de pocas personas. Para ROTSCH, la declaración de ROXIN, podría salvarse si se centrara no en el criterio objetivo de la fungibilidad sino en la representación del propio hombre de delante. Sería suficiente, por tanto, que este último actuara sólo porque cree que en cualquier caso otro ocupará su lugar, de manera que el dominio del hecho del hombre de detrás resultara que éste se sirve del hombre de delante, cuya representación (es decir, la decisión del hecho) él conoce<sup>694</sup>.

No obstante, reconoce ROTSCH que ROXIN elude tal posibilidad y matiza que “la simple representación del sujeto de delante no puede fundamentar el dominio objetivo del hombre de atrás” y que esta situación se corresponde mucho más “a la construcción de SCHROEDER de utilización de una persona decidida al hecho, criterio que ROXIN, se niega, con razón, a utilizar. En opinión de ROTSCH, una contemplación objetiva del criterio llevará a comprender que en realidad se está utilizando el criterio de la mayor probabilidad del resultado basado la posibilidad, garantizada a través de la organización, de sustituir al hombre de delante de manera que la realización del resultado esté asegurada. Critica por tanto este autor que, si tras una valoración práctica de los casos planteados (por ejemplo en el fusilamiento de judíos), acaba concluyéndose, como hace ROXIN, que

---

<sup>694</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 125.

efectivamente sólo participaron pocas personas, entonces el requisito de la pluralidad de instrumentos fungibles peca de gran “abstracción” porque<sup>695</sup> “el dominio del hecho supone dominio en y no antes de la ejecución del hecho” y porque “autor detrás del autor en el marco de aparatos organizados de poder sólo puede serlo aquel que puede ser sustituible en el momento de la comisión del hecho”<sup>696</sup>

Se puede compartir con este autor sus dos últimas afirmaciones, si bien tampoco puede predicarse de ellas el rechazo del requisito de la pluralidad de instrumentos fungibles en función de su abstracción. Efectivamente que en el momento de la comisión del hecho no están presentes todos los eventuales instrumentos fungibles, pero ello no es obstáculo para predicar su sustituibilidad. Presencia y fungibilidad no son términos equivalentes. Estamos analizando unos supuestos de inducción muy particulares, donde el hombre de detrás, si partimos del ejemplo del régimen de la ex RDA, y más concretamente, de la orden de disparar en la frontera, no ordena la muerte de una persona determinada en un momento preciso, sino que induce en general a evitar por todos los medios cualquier intento de huida. Desde luego que al momento de la emisión de la orden, y durante todo el proceso de transmisión de la misma hasta el concreto ejecutor, el hombre de atrás confía en ésta

---

<sup>695</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 153.

<sup>696</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 125.

fungibilidad, realmente concurrente, del ejecutor que llevará a un automático cumplimiento de la orden y es indudable que para poder castigarle por el delito consumado es necesario que el ejecutor que definitivamente lleva a cabo el hecho sea fungible también en el momento de la comisión del hecho, pero tal fungibilidad, en relación con el hecho en particular, no desaparece por mucho que sea un concreto actor directo, y no otro, quien lo consume. Incluso si el ejecutor desiste, o si el delito queda en grado de tentativa, sigue siendo fungible. La fungibilidad no depende del modo de comisión del delito, sino de la particular integración del individuo en la organización en cuestión. La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable. En el seno del aparato en el que se incluye, no puede obviarse tal carácter. Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad, por ejemplo, ante el previo conocimiento de que va a negarse a cumplir la orden cometida, pero un desconocimiento de este tipo o una simple inactividad por parte del autor de la mesa de escritorio no hace perder la posibilidad de predicar del concreto ejecutor su carácter sustituible<sup>697</sup>.

Este criterio sobre la *fungibilidad* y su amplio número de integrantes suplentes, traería consigo el considerar a todas las organizaciones delictivas como

---

<sup>697</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 154.

inconsistentes y falta de jerarquía de poder, decimos considerar, puesto que en la realidad no se ha presentado de esa forma, la mayoría de organizaciones, ya sean estatales o clandestinas, con destino criminal, han recogido ante sus filas a gente que consideraron de potencial y reconocimiento dignos de pertenencia al grupo, en todos estos casos, como el de Sendero Luminoso, nos encontramos ante organizaciones formadas estrictamente para – si así quiere asumirse- conseguir sus fines a base de la criminalidad, pero estos fines no pueden buscarse con integrantes que inspiren duda en los líderes, ni que se encuentren allí por puro relleno de material humano, estos hombres, los que integran organizaciones criminales de gran envergadura, son de por sí, hombres formados y hechos para servir plenamente al aparato, asumimos un criterio de fungibilidad en ciertos casos, por mencionar un ejemplo: Si A pertenece a una organización terrorista y en la lucha en contra del *establishment* es herido por B un soldado del ejército, es probable que si aún no se ha terminado con la operación criminal- *y se cuente con material humano de exclusividad y confidencialidad-* se busque C para completar la tarea, este criterio de fungibilidad es admisible en el ámbito de organizaciones delictivas que funcionen con personal íntimamente seleccionado, más lo que propone ROXIN *la fungibilidad en todos sus extremos* sacaría de línea la idea real de las grandes maquinarias delictivas; las cuales no necesitan de un amplio número de integrantes para la *fungibilidad*, sino

han necesitado una limitada integración humana con actividad eficiente; de la cual, en pocas, muy pocas veces, se tuvo que remplazar por otra.

## **B) Admisión de fungibilidad como criterio fundamentador**

Muchos autores han coincidido en que el dominio del hecho del hombre de atrás se sustenta en la *fungibilidad* de los ejecutores, estos en su mayoría sostienen, y defienden la posición de ROXIN al aceptar la fungibilidad como fundamento esencial de la misma, de manera que la arbitraria intercambiabilidad del ejecutor será precisamente lo que fundamenta el “dominio de organización”, sin ser preciso ejercer error ni coacción alguna<sup>698</sup>.

## **2. Subordinación y estructura jerárquica del aparato**

La autoría mediata en todas sus variantes (también, por tanto, en aquella fundamenta en coacción o en el error del instrumento) está estructurada verticalmente<sup>699</sup>, en el sentido de “un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona el ejecutor”<sup>700</sup> esta sería una de las características- *aunque más adelante demostremos lo contrario*- que harían diferente a la

---

<sup>698</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 128.

<sup>699</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Op. Cit. p. 156.

<sup>700</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. 726.

*autoría mediata* de la *coautoría*. De esta manera, también debe poder apreciarse en la estructura del aparato de poder un comportamiento nítidamente coordinado en vertical, en el que el papel de los sujetos de detrás esté sujeto de entrada a la comisión del hecho por mano ajena. Esto se materializa en una disposición jerárquica del aparato, basada en relaciones de supremacía y subordinación, que conlleva al mismo tiempo a un fraccionamiento (atomización) de las competencias<sup>701</sup>. Esta subordinación, no basada ni en la coacción ni en el error de aquél situado en el último escalón, permite confiar al sujeto de detrás, que se sienta a los mandos de la estructura organizativa compuesta por distintas instancias, en que la orden se va a cumplir sin necesidad de ejercer presión directa alguna sobre el ejecutor material<sup>702</sup>

### **3. Criterio de la desvinculación del Derecho**

#### **A) Desvinculación jurídica en el seno de organizaciones de carácter estatal**

ROXIN, ya desde su primera formulación de la figura en 1963 y en sus ulteriores actualizaciones del *Täterschaft und Tatherrschaft*, venía reconociendo como requisito fundamentador de

---

<sup>701</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 156.

<sup>702</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 397.

toda autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, además de la fungibilidad del instrumento y la particular estructura jerárquica basada en relaciones de supremacía y subordinación, la desvinculación del aparato de poder (estatal o no estatal) del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo reconocía este autor al criterio de la desvinculación jurídica un sentido práctico, en la medida en que servía a la delimitación entre autoría mediata e inducción en el caso de instrucciones en el seno de estructuras jerárquicas basada en relaciones de supremacía y subordinación<sup>703</sup>.

Refiere ROXIN que en primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho, no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido: pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de “impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín” o, por citar sólo el caso más terrible, la llamada “solución final de la cuestión judía”, entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho. Y esta

---

<sup>703</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 181.

desvinculación al Derecho no depende ya, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica. Los asesinatos en el muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió haber tenido otra opinión al respecto. Por supuesto, entonces los asesinatos en masa del régimen nazi también habrían sido hechos desvinculados del Derecho si la Jefatura del Estado de entonces los hubiera ordenado no mediante órdenes secretas sino “legalmente”<sup>704</sup>

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizado de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ejemplo, el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta. Lo mismo es válido para

---

<sup>704</sup> ROXIN Claus. *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, Op. Cit. p. 245.

las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado sólo de extralimitaciones de individuos y no en gran aparato que hubiere trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes. El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo (“desvinculado del Derecho”) (...) si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás<sup>705</sup>.

No se hicieron esperar las críticas, y es así que el propio ROXIN afirma que: “La introducción de esta característica, que ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que “en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se mantienen ligados, en principio, a un orden jurídico que sea independiente de ellos, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, la voluntad del poder del inspirador”<sup>706</sup>

Lo que planteo Roxin es que la propia estructura del dominio de la organización se deducía como

---

<sup>705</sup> Ibidem

<sup>706</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 407-408

condición indispensable de su existencia, que ella en su conjunto se encontraba al margen del ordenamiento jurídico<sup>707</sup>.

Al respecto señala FARALDO CABANA<sup>708</sup> “Debe advertirse que el orden Jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado, sino que también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder de un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose con ello la aludida nota de actuación fuera del marco del ordenamiento jurídico como característica del dominio de la organización”.

Por tanto, ROXIN no extiende la teoría a todo tipo de delincuencia que se valga de un aparato humano estructurado y dirigido a la comisión de delitos. ROXIN, establece claramente que la tesis de *dominio de organización* se centra única y exclusivamente a las hipótesis en las que una organización se apodera del aparato del Estado y

---

<sup>707</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 276-277

<sup>708</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña N° 13, 2009. p. 150

lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió en el régimen nacionalsocialista alemán, o en los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas<sup>709</sup>.

### **B) Desvinculación jurídica en el seno de organizaciones extra estatales**

Hemos tocado hasta aquí el criterio de la desvinculación de los aparatos de poder que funcionan con autorización de la ley, y parece evidente la figura de la desvinculación de estructuras que desde su formación nacen en la ilegalidad, es decir, indudablemente desvinculadas del ordenamiento jurídico.

Los aparatos organizados de poder que funcionan en el ámbito de la clandestinidad, aparatos no estatales, grupos terroristas, grupos mafiosos, crean bajo su seno un ámbito de convivencia y de relación -no jurídica- si no delincencial, muy distinta a las que funcionan dentro del margen jurídico, es así, que se establecen códigos entre

---

<sup>709</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. pp. 277-278

ellos, también reglas de conducta e integración, por tanto, se admite, la figura del dominio de la organización en organizaciones criminales extra-estatales, siempre que cumplan los estándares establecidos para la conformación de la tesis en conjunto, sin embargo, esto a nuestro entender también sería un criterio que pondría en graves aprietos a la tesis de ROXIN, puesto que si bien, existe y funciona el aparato, se desvincula del ordenamiento jurídico e incluso existe la fungibilidad y la disponibilidad incondicional al hecho, concretamente estos casos de criminalidad organizada extra-estatal donde exista un líder y sus súbditos, encuadrarían perfectamente en la línea de la coautoría, ya que la división de funciones, por ejemplo de un bando terrorista, en la cual, el líder tiene la tarea de vigilar, los ejecutores de matar, y los mandos intermedios de dirigir, no sería claramente autoría mediata, el desconocimiento personal que alude ROXIN, entre líder y ejecutor, en la experiencia práctica es siempre casi inconcebible, quien negaría que Fujimori y Santiago Martin Rivas ( dirigente del grupo Colina) se conocían, y que sus hechos siempre estaban destinados a la ilicitud y el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

#### **4. Disponibilidad incondicional del ejecutor para la realización del hecho**

ROXIN ha creído últimamente necesario agregar un presupuesto más para complementar su fundamentación y lo hace manifestando lo siguiente: “Con los criterios del poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente –de modo distinto a como originalmente había creído– las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho de los hombres de atrás. Hay que añadir todavía factores que en sus consecuencias califico como “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada”<sup>710</sup>. Es así que “La disponibilidad hacia el hecho”; en ese sentido, distingue características específicas que hacen que el ejecutor esté más dispuesto al hecho que cualquier asesino a sueldo o grupos de delincuentes menos complejos, aumentando las posibilidades de que la orden se va a cumplir. Estas características pueden ser, los deseos de sobresalir, el fanatismo ideológico, los celos que siempre existen en las organizaciones, o que el ejecutor creyera que podría perder su puesto si se

---

<sup>710</sup> ROXIN, Claus, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Op. Cit. p. 19.

desistiese a la orden, dichas características se presentan en muchos casos conjuntamente<sup>711</sup>

Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel. La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le

---

<sup>711</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría mediata por dominio de organización: El caso Fujimori*, en <http://vmrfirma.com/publicaciones/wp-content/uploads/2012/08/19-Villavicencio-Autoria-Mediata-27-10-111.pdf>.

manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros perjuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada “por los de arriba”.<sup>712</sup>

Todos estos factores que aparecen mezclados de diversas formas, que no excluyen la culpabilidad y responsabilidad del que actúa inmediatamente, disminuyen también su medida sólo un poco e incluso la elevan en algunas manifestaciones, coinciden, sin embargo, en un punto: conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes.<sup>713</sup>

Al respecto la Corte Suprema Peruana ha fijado este presupuesto en el caso Fujimori del siguiente modo:

***“Esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el***

---

<sup>712</sup> *Ibidem.*

<sup>713</sup> *Ibidem.*

***internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos***<sup>714</sup>.

**A) Origen del concepto de la disponibilidad incondicional al hecho**

El origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización fuera aportada por SCHROEDER quien al ocuparse casi al mismo tiempo que ROXIN del estudio de la figura del “autor tras el autor”, erigió el criterio de la disposición del ejecutor a la realización del hecho, previa al momento de su comisión, como requisito del dominio del hecho del hombre de atrás, y ello para poder afirmar la concurrencia de la figura del “autor tras el autor”<sup>715</sup>. Esta fungibilidad, en opinión de SCHROEDER, no podía sin embargo configurar el fundamento material del dominio del hecho. Para este autor,

---

<sup>714</sup> Sentencia de la Corte Suprema. Caso Fujimori. Fundamentos 649-650

<sup>715</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Custodia. *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 185

el elemento decisivo desde el punto de vista material radicaría en que en todo momento existan<sup>716</sup> como señala FERNANDEZ IBÁÑEZ “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”<sup>717</sup>. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a<sup>718</sup> “millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”<sup>719</sup>

Este criterio –planteado por SCHROEDER– fue establecido para constituir de forma autónoma el fundamento del autor tras el autor, que hacía frente a la propuesta de la fungibilidad propuesta por ROXIN.<sup>720</sup>

Durante mucho tiempo este requisito no fue necesario para determinar la autoría mediata a

---

<sup>716</sup> *Ibidem.*

<sup>717</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Granada, 2006, p. 136

<sup>718</sup> *Ibidem.*

<sup>719</sup> FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Granada, 2006, p. 136

<sup>720</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, *Op. Cit.* p. 6

través de aparatos organizados de poder, sin embargo, SCHROEDER y HEINRICH con su aportación a la teoría de ROXIN, aclararon que la predisposición del ejecutor a cometer el crimen es imprescindible. Esta disposición del autor inmediato a realizar el crimen, en palabras de la Corte Suprema del Perú, es una «predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito». Como se explicó en otros apartados no es exclusivamente la fungibilidad del autor inmediato lo que ratifica el dominio del hecho, sino la predisposición de éste a realizar el tipo penal, quien internaliza y está de acuerdo con ello, todo esto conlleva un aseguramiento del hecho típico<sup>721</sup>. Desde el mismo momento en que el ejecutor se encuentra inmerso en la organización está influenciado para cometer el hecho criminal. La predisposición al hecho se debe referir a los actos regulares de la organización, puesto que todos aquellos actos que no tengan nada que ver con las actividades de la organización no podrán ser fundamentados en la autoría mediata<sup>722</sup>. Ahora bien, en el supuesto planteado en otros apartados, en los que el Estado Mayor del Ejército que decide

---

<sup>721</sup> MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. *La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época (8), 2012. p. 183

<sup>722</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. «*El dominio de la organización*», p. 229

implementar un plan por el cual va a bombardear ciudades indefensas del enemigo, ¿los subordinados que ejecutan materialmente el hecho tienen una predisposición previa al hecho criminal? Según lo expuesto, los subordinados deberían estar plenamente de acuerdo con el plan del Estado Mayor, interiorizando los deseos de éste o influenciados por dicho plan. Resulta evidente que éstos estarán influenciados toda vez que son sus superiores quienes dan la orden de cometer el crimen, pero lo relevante es determinar hasta qué punto hay una predisposición al hecho por parte de los subordinados. Pues bien, en el caso de que éstos desconozcan que la ciudad está indefensa podremos hablar de una autoría mediata por error, pero desde que los subordinados tienen conocimiento de que tal ciudad está indefensa y ejecutan la orden, han aceptado el plan criminal de la organización o Estado Mayor y por ello tienen una predisposición al hecho criminal, puesto que si no fuera así deberían haberse negado o desistido a ejecutar el crimen, al haber una pluralidad de ejecutores en el ejército que pudieran estar dispuestos a realizar el hecho típico<sup>723</sup>.

---

<sup>723</sup> MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. Op. Cit. p. 184.

## **B) Planteamientos doctrinales conforme a las exigencias de disponibilidad de hecho por parte del ejecutor**

La doctrina de la disponibilidad al hecho como ya se dijo fue planteada por SCHROEDER en la década del 60, y es una teoría independiente a la teoría de ROXIN. Lejos de postular una autoría mediata por *dominio de organización* como planteaba ROXIN, postulo una autoría mediata en virtud de la disposición incondicional al *hecho* del autor inmediato. En opinión de SCHROEDER, el dominio del hombre de atrás no se fundamentaría en la fungibilidad del ejecutor directo, sino en que este dominio se debería más bien a que el hombre de atrás se aprovecharía y de este modo utilizaría para sus objetivos la *resolución al hecho* del ejecutor inmediato- existente ya antes de la actuación criminal-. En otros términos, lo decisivo sería la resolución a cometer el hecho punible- completo pero condicionado- del ejecutor inmediato<sup>724</sup>.

Según SCHROEDER, en los casos de autoría en virtud de “disponibilidad *al hecho*” el ejecutor le “transmite indirectamente” al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él<sup>725</sup>. La declaración incondicional sería: “¡Führer

---

<sup>724</sup> PARIONA ARANA, Op. Cit. p. 54.

<sup>725</sup> SCHROEDER citado PARIONA ARANA, Op. Cit. p. 54.

ordena, nosotros te seguimos!"; esta disposición pondría en manos del hombre de atrás el poder cuyo uso lo convierte en autor mediato del delito ordenado. El ejecutor inmediato actuaría libre; sin embargo, el hombre de atrás habría logrado el dominio sobre aquél "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho. La "resolución al hecho" fundamentaría así el "dominio del hecho"; luego fundamentaría a la vez la autoría mediata del hombre de atrás. Según esta doctrina, con el criterio de la "disposición al hecho" se obtendría una mayor seguridad en el logro del resultado delictivo. La "resolución al hecho" del ejecutor se convertiría así en la razón principal para la admisión de un dominio de los hombres de atrás y con ello para la fundamentación de una doble autoría (autor detrás del autor)<sup>726</sup>

Fundamentada así la autoría mediata del hombre de atrás, la doctrina de la disposición al hecho critica el concepto de "fungibilidad" en la teoría del dominio por organización de *ROXIN*. Aquella objeta que "la fungibilidad del órgano ejecutor no sería ningún elemento típico de estas constelaciones de casos"; y que el criterio de la fungibilidad no sería decisivo puesto que en el caso de que los ejecutores inmediatos no sean "suplantables" esto no afectaría en nada la responsabilidad de los hombres que participaron

---

<sup>726</sup> *Ibidem*.

en el evento criminal. Asimismo, el criterio de la fungibilidad no explicaría por qué la acción de una persona concreta fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás, pues “también el reemplazo podría negarse a ejecutar el hecho”. En conclusión, según la doctrina de la disposición al hecho para la fundamentación de una autoría mediata no sería decisivo la *fungibilidad* del ejecutor inmediato. La automatización del suceso criminal se debería más bien a la disposición incondicional al hecho del ejecutor<sup>727</sup>.

## **5. Consideraciones del Tribunal Supremo Alemán con respecto a la autoría mediata por aparatos organizados de poder**

### **A) Caso “Rey de gatos”**

Este es un famoso caso en el que se juzgó el comportamiento de dos personas que habían decidido matar a una mujer. Para alcanzar su objetivo criminal, utilizaron a una tercera persona a quien habían hecho creer que existía un ser sumamente malvado: el rey de los gatos (Katzenkönig), quien exigía una víctima humana en la persona de la mujer y amenazaba, en caso de que no se satisficiera su requerimiento, con eliminar millones de personas. El ejecutor inicialmente no quiso matar a la mujer, pero fue

---

<sup>727</sup> SCHROEDER citado PARIONA ARANA, Raúl. Op. Cit. p. 55

convencido por los hombres de atrás de que se trataba de un mandato divino, por lo que sobre él no recaería una prohibición de matar y que, además, él salvaría a la humanidad. Con la finalidad de realizar este objetivo, el ejecutor intentó matar a la mujer clavándole repetidas veces un cuchillo por la espalda.<sup>728</sup>

Al enjuiciar estos hechos, la Corte Suprema alemana condenó al ejecutor inmediato como autor de una tentativa de homicidio. La Corte reconoció, además, que el ejecutor estuvo bajo un error de valoración (de los intereses en conflicto), situación que fundamentaría un error de prohibición, pero dada las circunstancias se determinó que dicho error era evitable. La Corte constató en el ejecutor igualmente una capacidad de culpabilidad reducida, por lo que procedió a reducir la pena prevista. Tras afirmar la responsabilidad.<sup>729</sup>

### **B) Caso “Eichmann”**

En Alemania, en el apogeo de la ideología Nacionalsocialista, en atribución al poder que gozaban al mando de Adolf Hitler; quien busco exterminar a judíos, gitanos y demás que él consideraba de “raza inferior” que no podían

---

<sup>728</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *El autor detrás del autor*, p. 11.

<sup>729</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Op. Cit.* p. 12.

mantenerse en el territorio de la comunidad alemana, es así que en los primeros años de la Segunda Guerra Mundial, los nazis comenzaron a ejecutar genocidios, y empezaron con los minusválidos alemanes, luego con los judíos soviéticos y, finalmente, con todos los judíos y gitanos europeos.

Desde finales del 1941 hasta finales de 1944, la concentración la deportación, la esclavitud, y el exterminio de los judíos y gitanos estaban en pleno apogeo<sup>730</sup>. Bajo estas circunstancias existieron personajes tan importantes en la esfera de organización que con la dote de confianza y atribución del líder ordenaron la ejecución de millones de judíos, uno de los más importantes fue Adolf Eichman<sup>731</sup>. Este líder nazi es

---

<sup>730</sup> NIEWYK, Donald/ NICOSIA, Francis. *La guía de Columbia en el holocausto*, Columbia University Press, New York. p. 2

<sup>731</sup> (1906 -1962) Fue un funcionario nazi alemán. Estudió en Linz (Austria). Ingresó en el Partido Nacionalsocialista cuando Hitler subió al poder; se incorporó en 1932 a las SS, donde alcanzó el grado de coronel. Cuando los alemanes anexionaron Austria en 1938, se ocupó de la deportación de los judíos de ese país, de acuerdo con la política antisemita nazi. Desde 1940 dirigió la oficina de Seguridad del Reich. Experto en el tema judío, en 1941 recibió orden de Goering de que pusiera en práctica la llamada Solución final al problema judío, que suponía la identificación, transporte y asesinato de todos los judíos en los campos habilitados a tal fin en Europa. Eichmann puso en marcha el plan de exterminio en los campos de Auschwitz, Chelmno, Belsec y Treblinka, entre otros, y organizó los pelotones de matanza, reclutados entre las filas de la policía de seguridad alemana y las SS, que, además de en

considerado uno de mayores genocidas de la historia, se le acusó de la muerte de 5 millones de seres humanos. El proceso contra Eichman tuvo trascendencia después de culminada Segunda Guerra mundial.

En 1961 se llevó a cabo en Jerusalén el juicio del coronel de las SS Adolf Eichmann quien fue el encargado de la organización logística de los transportes de judíos a los campos de concentración. Al finalizar la guerra, fue capturado por el Ejército de los Estados Unidos pero no lo reconocieron. A comienzos de 1946 escapó de la custodia del Ejército estadounidense y se ocultó durante varios años.

---

Alemania, actuaban en Polonia, Lituania y Estonia. A lo largo de tres años, Eichmann dirigió el genocidio con rapidez y eficacia. Por ejemplo, a pesar del avance de las tropas rusas, y de un Hitler perdiendo la guerra y asustado, en 1944 Eichmann exterminó a 400.000 judíos en dos meses. Tras la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, fue capturado por las tropas estadounidenses, pero logró escapar en 1946 del campo de prisioneros. Tras pasar varios años en diversos países, se estableció primero en Brasil (1958) y más tarde en Argentina, donde trabajó en una fábrica de automóviles bajo la falsa identidad de Ricardo Clemente. En 1960 fue secuestrado por los servicios secretos de Israel. Eichmann se sentó ante jueces israelíes y fue acusado de crímenes contra el pueblo judío y la humanidad. Después de un largo proceso (1 de enero-15 de diciembre), fue condenado a muerte y ahorcado en Tel Aviv el 31 de mayo de 1962. Ese día acudió pletórico a su ejecución, haciendo gala de que moría feliz de tener en su haber el exterminio de cinco millones de seres humanos.

A principios de 1950 se hace pasar en Ginebra por un refugiado llamado Ricardo Klement y obtiene un pasaporte emitido por el Comité Internacional de la Cruz Roja y un visado argentino. Desde Génova viajó a Buenos Aires donde comenzó a trabajar en una empresa alemana. Toda su familia se traslada a Argentina. Desde 1954 habían fluido hacia Israel informaciones de varios grupos de judíos dedicados a la caza de nazis acerca de que el coronel de las SS vivía en Buenos Aires con su familia. Por presión de Isser Harel, jefe de inteligencia del MOSSAD se logra finalmente identificar al objetivo. Cuando se confirmaron los datos Ben Gurión crea un comité de emergencia conformado por la cúpula del gobierno del MOSSAD cuyo propósito era llevar a Eichmann a Israel.

En una operación llamada Garibaldi- el equipo secuestra al oficial nazi y después de interrogarlo durante nueve días, le obligaron a firmar una declaración en la que se comprometía a salir voluntariamente de Argentina.<sup>732</sup> La idea de traer a Eichman a Israel fue del fiscal Hausner<sup>733</sup> tal y como lo relata la filósofa Hannah Arendt

---

<sup>732</sup> CAMEY MARROQUÍN, Carmen. *Eichmann en Jerusalén: una lectura desde la filosofía de la historia*. Universidad de Navarra, Pamplona 2015. p. 5

<sup>733</sup> GIDEON HAUSNER, fiscal en el proceso de Adolf Eichmann, ex diputado y ex ministro

mencionando que: “Al igual que todos los ciudadanos de Israel, el fiscal Hausner estaba convencido de que tan solo un tribunal judío podía hacer justicia a los judíos, y de que a estos competía juzgar a sus enemigos. De ahí que en Israel hubiera general aversión hacia la idea de que un tribunal internacional acusara a Eichmann, no de haber cometido crímenes «contra el pueblo judío», sino crímenes contra la humanidad, perpetrados en el cuerpo del pueblo judío<sup>734</sup>.” Y debía hacerse en Alemania ya que, en el juicio de Núremberg, en el que los procesados «fueron acusados de crímenes contra los pueblos de diversas naciones», no se ocupó de la tragedia de los judíos por la sencilla razón de que Eichmann no se sentó en el banquillo.<sup>735</sup>

Eichman es acusado de ser responsable de la matanza de millones de judíos, pero según él, la acusación de asesinato era injusta: «Jamás di muerte a un judío, ni a persona alguna, judía o no<sup>736</sup>.” Esta afirmación de Eichman fundamentaría la tesis de ROXIN, sobre la cual no es necesaria la comisión delictiva de propia mano o tener el dominio de la acción directa para responder como autor mediato plenamente

---

<sup>734</sup> ARENTD, Hannah. *Eichman en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Traducción de Carlos Ribalta, 4ª edición, Editorial Lumen S.A., Barcelona 2003. p. 9.

<sup>735</sup> *Ibidem*.

<sup>736</sup> ARENTD, Hannah. *Op. Cit.* p. 18.

responsable, aquí Eichman refiere claramente que jamás había matado o dado muerte a persona alguna, pero siempre había sido un ciudadano fiel cumplidor de las leyes, y las órdenes de Hitler<sup>737</sup>. El primer punto que resaltamos aquí es lo que el propio ROXIN señala y lo menciona en las siguientes palabras: “es autor mediato todo aquel que se sienta a lado de una palanca de mando de un aparato de poder- da igual en qué nivel de jerarquía- y puede conseguir mediante una orden o instrucción, que se cometan delitos con independencia de la individualidad o individualización del autor”.<sup>738</sup> Existe aquí como lo afirmaría ROXIN una clara autoría mediata en cadena o en escalones, dado que Eichman, no era el principal director de la maquinaria Nazi, pero si se le había delegado atribuciones para que el en ejercicio de estas sea el sumo líder.

El propio Eichman habiendo afirmado que no había matado directamente a ningún judío, pero si cumplido las ordenes de Hitler, entonces según ROXIN le correspondía el título de autor mediato en aparatos organizados de poder por tener un vestigio de poder en el sistema vertical Nazi, haber otorgado las instrucciones de llevar a los judíos a los campos de concentraciones y finalmente ordenar su ejecución.

---

<sup>737</sup> ARENTD, Hannah., Op. Cit. p. 20

<sup>738</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 112.

Eichman, Fue ahorcado el 1 de junio de 1962 y sus restos incinerados y arrojados al mar. <sup>739</sup>

### **B) Caso “Tiradores del muro”**

Sobre este caso el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que condenó por homicidio a los soldados centinelas del Muro de Berlín que, amparados en la regulación legal de la RDA, disparaban contra aquellos que querían traspasar las fronteras entre las dos Alemanias. Este caso ha provocado una gran polémica en la sociedad alemana y en las diversas interpretaciones que se ofrecen desde el Derecho Penal<sup>740</sup>.

FARALDO CABANA señala sobre el particular que: “El Tribunal Supremo Federal Alemán aplicó la autoría mediata con aparatos organizados de poder a los delitos cometidos por los dirigentes de la República Democrática alemana, declarando a los miembros del Consejo de Defensa Nacional responsables como autores mediatos de los delitos de homicidio y lesiones cometidos por los soldados de frontera en las personas de quienes trataban de huir del país atravesando clandestinamente el Muro de Berlín<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> Ibidem.

<sup>740</sup> PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *El caso de los tiradores del muro de Berlín. a vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo xx*, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N° 23, 2011. p. 455.

<sup>741</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 61.

El Tribunal Federal juzga la muerte de siete personas que entre 1971 y 1989 quisieron huir de la RDA atravesando la frontera entre las dos Alemanias. El Tribunal Territorial de Berlín consideró en primera instancia a los procesados, como miembros del Consejo de Defensa Nacional, (co) responsables de la muerte de estos fugitivos. Los hechos considerados probados son los siguientes: “Desde comienzos del año 1949 hasta mediados del año 1961 huyeron de la RDA hacia Occidente unos 2,5 millones de alemanes. Como en 1961, a consecuencia de la situación política mundial, la corriente de fugitivos aumentó de forma considerable, el Consejo de Ministros de la RDA decidió, después de mantener conversaciones con los responsables de la URSS y con otros estados miembros del Pacto de Varsovia, cerrar completamente la frontera entre la RDA y la RFA. Durante la madrugada del 13 de agosto de 1961 se rodeó la frontera del sector berlinés con alambres y barricadas y más tarde fue “asegurada” con un muro. En las restantes zonas fronterizas entre la RDA y la RFA se construyeron dispositivos de seguridad o se aumentaron los ya existentes. Fuera en la frontera berlinesa se colocaron minas y dispositivos de disparo automático. Numerosos intentos de fuga a través de la así “asegurada” frontera de la RDA terminaron con la muerte de

los fugitivos que pisaron las minas, activaron los dispositivos de disparo automático o recibieron disparos de los miembros de las tropas de la frontera realizados para evitar la fuga<sup>742</sup> Con el fin de determinar la estructura de la organización estatal, el Tribunal Territorial se extiende acerca del Sistema de gobierno en la RDA. “Según el art. 48 de la Constitución de la RDA la Cámara del Pueblo era el máximo órgano de poder estatal de la RDA, encargado simultáneamente de la elaboración y aplicación de las leyes. En las sesiones de la Cámara del Pueblo se produjeron las autorizaciones de la misma al Consejo de Estado, según el artículo 66 de la Constitución de la RDA. Éste organizó, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución de la RDA, la defensa territorial con la ayuda del Consejo de Defensa Nacional. El Consejo de Defensa Nacional era el órgano estatal central que se ocupaba en solitario de la dirección de las medidas de defensa y seguridad de la RDA. El número de los miembros del Consejo de Defensa Nacional osciló de forma casi imperceptible: en 1971 la Cámara del Pueblo eligió al presidente del Consejo de Defensa Nacional (art. 50 de la Constitución de la RDA) y llamó a los miembros del Consejo de Estado (art. 73 de la Constitución de la RDA). Desde 1971 fue Presidente del Consejo de Defensa Nacional Honecker, Presidente del Consejo de Estado y

---

<sup>742</sup> BGHSt 40, p. 2703.

Secretario General del Comité Central del SED<sup>743</sup>. Además de él eran miembros, entre otros, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Defensa nacional, los Jefes de Estado mayor del ejército Popular Nacional y de la Administración Política central del Ejército Popular Nacional, de la sección del Ministerio de Defensa Nacional dependiente del Comité central del SED, así como los Primeros Secretarios de las direcciones regionales de determinados distritos fronterizos. El papel dirigente señalado al SED por el art. 1 de la Constitución de la RDA como partido marxista-leninista dio lugar a que se produjera un fuerte enlace personal entre el partido y los órganos del Estado, que determinó de hecho la política de la RDA a través del SED y de sus entidades, especialmente el Comité Central, el Politburó y la Secretaría. Politburó y Secretaría estaban ocupados por el primer Secretario del Comité Central, que desde 1971 era Honecker<sup>744</sup>. El ejército Popular Nacional y la “tropas de frontera de la RDA”, separadas desde comienzos de los años setenta del ejército Popular Nacional, estaban subordinados al Ministerio de Defensa Nacional. Todas las actuaciones de las tropas de frontera, incluyendo la colocación de dispositivos de disparo automático y de minas y el uso de armas de fuego contra los fugitivos,

---

<sup>743</sup> Partido Socialista Unificado de Alemania.

<sup>744</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 204

respondían a órdenes que se basaban en las “órdenes anuales” del Ministerio de Defensa Nacional. Presupuesto necesario de estas órdenes anuales eran las decisiones precedentes del Consejo de Defensa Nacional”<sup>745</sup>

A continuación, el Tribunal Territorial detalla los cargos de los procesados y las fechas en las que los obtuvieron, explicando el proceso de elaboración de la orden de disparar contra los fugitivos. “La situación de las órdenes en la frontera de la RDA y la RFA respondía a las decisiones del consejo Nacional de Defensa, y se trataba de evitar en todo caso y usando cualquier medio la “violación de la frontera”. Los equipos de la frontera, cuya disposición técnica hacía ver que, en primer lugar, evitaban la huida de la RDA, eran vigilados por las tropas de frontera, que habían sido especialmente entrenadas para este cometido. Los miembros de las tropas de frontera recibieron instrucciones en el sentido de que una “violación de la frontera” exitosa tendría “consecuencias” para los soldados implicados. Puesto que en muchos casos un fugitivo no podía ser detenido sin el empleo selectivo de armas de fuego, ello significaba que no se excluía el uso de armas de fuego con resultado mortal, teniendo en cuenta en particular que la ametralladora empleada en la frontera, “Kalaschnikow Modelo

---

<sup>745</sup> BGHSt 40, p. 2703.

47”, tenía una gran puntería especialmente con fuego continuo. La orden dio a los soldados la impresión de que la “inviolabilidad de la frontera” tenía prioridad sobre las vidas humanas. Para evitar escándalos, las acciones de salvamento debían realizarse de manera que no fueran advertidas por terceros. Esto llevó a un importante retraso temporal a la hora de solicitar asistencia médica. No se informó a los médicos hospitalarios de la causa de las lesiones. Los médicos forenses obtuvieron ninguna o sólo una vaga aclaración sobre las circunstancias que rodeaban la muerte, y el certificado de defunción tampoco contenía información alguna acerca de la causa de la muerte. Incluso después de la entrada en vigor de la Ley de Frontera de 1982, se siguió ordenando a los soldados el empleo de armas de fuego en los supuestos del anterior reglamento. Cuando se producían daños personales en los “incidentes fronterizos”, se hacía cargo de la investigación el Ministerio de Seguridad estatal, cuyo objetivo principal era aclarar las circunstancias “en las que se había permitido al fugitivo llegar tan lejos”. Soldados de frontera que evitaron una tentativa de huida fueron felicitados, incluso cuando el fugitivo había resultado muerto. Esta situación de las órdenes en la frontera respondía a las decisiones del Consejo de Defensa Nacional, en las cuales habían coparticipado los procesados, y que

fueron el fundamento de las órdenes del Ministerio de Defensa Nacional a las tropas de frontera<sup>746</sup>. Ya en su reunión de 14.9.1962, esto es, antes de que los procesados se convirtieran en miembros del Consejo de Defensa Nacional, éste había hecho saber que<sup>747</sup> “quienes intentan atravesar la frontera deben ser considerados como enemigos, y si es necesario eliminados”<sup>748</sup>. A consecuencia de estas decisiones, en diferentes sesiones del Consejo de Defensa Nacional que tuvieron lugar a lo largo de los años setenta y ochenta se decidió la instalación de diversos dispositivos en la frontera y la mejora de los existentes, siempre destinados a evitar las huidas<sup>749</sup>. Como consecuencia de las medidas adoptadas se produjo la muerte de al menos siete personas, cuyas circunstancias detalla el Tribunal, y se causaron lesiones a otras varias<sup>750</sup>. El Tribunal Territorial de Berlín condena a los procesados K y S como inductores de homicidio, fundándose en que el art. 22 I DDRStGB no permitía considerarles autores mediatos puesto que los ejecutores inmediatos eran completamente responsables, ni coautores, ya que según la jurisprudencia de la RDA sólo puede ser coautor quien al menos ha realizado

---

<sup>746</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 205

<sup>747</sup> *Ibidem.*

<sup>748</sup> BGHSt 40, p. 2703.

<sup>749</sup> BGHSt 40, pp. 2703-2704.

<sup>750</sup> BGHSt 40, p. 2704.

personalmente uno de los elementos típicos del delito en cuestión (art. 22 II núm. 2 DDR-StGB), mientras que la complicidad (art. 22 II núm.3 DDR-StGB) presupone la colaboración con un autor que ya está decidido a la comisión del hecho, lo que falta en el caso que nos ocupa. Al ser más favorable para los reos el código penal de la RFA, éste es el que resulta aplicable al caso, permitiendo la condena de dos de los procesados como inductores de homicidio, y de un tercero, A, como cómplice de homicidio. De nuevo se descarta la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, puesto que, según el Tribunal Territorial de Berlín, la RDA no puede ser considerada un Estado totalitario comparable a la dictadura de Hitler, a lo que añade que los procesados no tuvieron el dominio del hecho puesto que no dominaban ni el sí ni el cómo de las muertes, tanto en el caso de las producidas por disparos de las tropas de fronteras como por la explosión de minas.<sup>751</sup>

Asimismo, el Tribunal Territorial excluye también la coautoría, puntualizando respecto de la complicidad que la mera participación en el Consejo de Defensa Nacional no puede ser suficiente para fundamentarla. Después de estas observaciones, el Tribunal Territorial considera al procesado A cómplice de Honecker, que a su vez

---

<sup>751</sup> *Ibidem.*

es inductor de homicidio, mientras que los procesados K y S son sancionados como inductores de homicidio<sup>752</sup>.

El Tribunal Supremo Federal alemán modifica el fallo del Tribunal Territorial, y considera a tres de los procesados juzgados por el Tribunal Territorial<sup>582</sup> culpables de homicidio en autoría mediata (arts. 212 y 25 StGB, aplicables por ser más favorables a los reos que los correspondientes del DDR-StGB, observación en la que coincide con el Tribunal inferior)<sup>753</sup>.

Después de afirmar que la conducta de los soldados de frontera es antijurídica y dolosa no sólo de acuerdo con el Derecho de la RFA sino también atendiendo al de la propia RDA, pues la justificación otorgada en su día por el derecho positivo germanooriental<sup>584</sup> debe ser eliminada a la luz del derecho suprapositivo el Tribunal Supremo Federal considera, respecto de la autoría mediata, que es admisible en casos en que el ejecutor obra de forma plenamente responsable, recibiendo la calificación de autor (inmediato) <sup>586</sup>, puesto que el legislador ha dejado la cuestión abierta a sabiendas, y se ha limitado a establecer que también puede ser autor quien comete un hecho punible “a través de

---

<sup>752</sup> BGHSt 40, p. 2705.

<sup>753</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 70.

otro” (art. 25 I StGB). La cuestión se discutió en la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal. La solución finalmente adoptada fue un compromiso que pretendía no decidir la calificación del intermediario plenamente responsable. La doctrina tampoco ofrece una solución única<sup>754</sup>. “Fuera de cuestión apenas existe algo más que el principio general conforme al cual también el autor mediato debe reunir en su persona todos los presupuestos de la autoría”<sup>755</sup>. Después de una visión en conjunto de la situación doctrinal acerca de la autoría mediata, con especial alusión a ROXIN, el Tribunal Supremo Federal afirma que “existe considerable unidad en la literatura a la hora de juzgar a los autores que han actuado en el marco de un aparato organizado de poder. Aquí, a pesar de que el intermediario actúa de forma típica y completamente responsable, el hombre de atrás y quien con mando independiente en el marco de la jerarquía da curso a la orden delictiva deben ser autores mediatos, porque la fungibilidad del intermediario confiere al autor de escritorio el dominio del hecho...”. Tras analizar y descartar la tesis de la coautoría, el Alto Tribunal dedica unas líneas al estudio de la jurisprudencia anterior, demostrando la existencia de una línea interpretativa de progresiva ampliación de los

---

<sup>754</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 207-208.

<sup>755</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 68.

supuestos admitidos de autoría mediata con un intermediario que actúa de forma – limitadamente- responsable, puesto que se encontraba en un error evitable de prohibición<sup>756</sup>.

Después de esta detallada exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, el Tribunal Supremo Federal es de la opinión de que “(1) si alguien actúa sin error y de forma plenamente responsable, normalmente el hombre de atrás no es autor mediato. Esto vale especialmente para los casos en los que el autor inmediato domina, y quiere dominar, completamente el hecho no sólo jurídicamente sino también de hecho. Por regla general el hombre de atrás no tiene, entonces, el dominio del hecho. (2) Sin embargo, hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir cuando mediante estructuras organizadas el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares. Tales condiciones con desarrollos regulares se presentan especialmente en estructuras organizativas de tipo estatal, empresarial o similar a estas últimas, y en jerarquías. Si en

---

<sup>756</sup> BGHSt 40, p. 2706.

tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de la autoría mediata. Él posee el dominio del hecho. Él domina de hecho los acontecimientos de forma materialmente más amplia de lo que es necesario en otros grupos de casos en los que la autoría mediata se acepta sin dificultades, como en la utilización de un instrumento completamente responsable que, sólo por carecer de una especial posición de deber personal o de una especial intención exigida por el tipo, no puede ser autor. También en la utilización de instrumentos que actúan por error o de inimputables son frecuentes los casos en que el autor mediato tiene mucho menos control sobre la producción del resultado que en los supuestos descritos. El hombre de atrás tiene en los casos descritos completa voluntad de dominio del hecho, cuando sabe que la decisión ilícita que debe tomar el ejecutor, al venir preestablecida por las condiciones estructurales, no representa obstáculo alguno al logro del resultado por él pretendido. En estos casos, no considerar al hombre de atrás como autor no haría justicia a la importancia objetiva de su contribución al hecho, más teniendo en cuenta que frecuentemente la

responsabilidad, con una mayor distancia relativa al lugar del hecho, lejos de disminuir, aumenta. Una autoría mediata así entendida viene en consideración no sólo cuando se abusa del poder estatal, sino también en los casos de delitos organizados de tipo mafioso, en los que la distancia espacial, temporal y jerárquica entre las órdenes de la cúspide responsable de la organización y el ejecutor inmediato impide hablar de coautoría con división del trabajo. También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma<sup>757</sup>.

Continúa el Tribunal haciendo énfasis a que de igual manera puede entrar en consideración esta forma de autoría mediata en los casos en que, como sucedía en la sentencia BGHSt 3, 110 (NJW 1952, p. 1024), el autor en cuestión se aprovecha de un aparato estatal que actúa ilícitamente para la consecución de fines propios. Esta solución no depende de la buena o mala fe del autor inmediato que, en el caso individual se trata de una cuestión de respuesta probablemente difícil<sup>758</sup>.

“cc) De acuerdo con estos principios no puede ponerse en duda que los tres procesados, también A, han matado dolosamente en autoría mediata (párrafos 2121, 25 I StGB). Los procesados, como

---

<sup>757</sup> BGHSt 40, p. 2706.

<sup>758</sup> BGHSt 40, p. 2707

miembros del Consejo de Defensa Nacional, pertenecían a un gremio cuyas decisiones eran presupuesto necesario de las órdenes fundamentales a las que obedecía el régimen de frontera de la RDA. Sabían que las órdenes fundadas en las decisiones del Consejo de Defensa Nacional eran ejecutadas. Tenían a la vista los informes acerca de las víctimas de la colocación de minas en la frontera y de las órdenes de disparar. Los ejecutores de las acciones que condujeron directamente a la muerte han actuado como subordinados en una jerarquía militar, en la que su papel estaba fijado de antemano”. Los imputados no tenían una posición completamente subordinada frente a Honecker, como alegaron, detallando el Tribunal los puestos ocupados por cada uno de ellos y su importancia relativa en el conjunto de la organización del Estado y del Partido”<sup>759</sup>.

Esta calificación de los miembros del Consejo de Defensa Nacional como autores mediatos de los disparos mortales en la frontera interalemana recibió el apoyo expreso del Tribunal Constitucional Federal, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre los hechos a raíz de los recursos presentados por los tres condenados<sup>760</sup>.

---

<sup>759</sup> BGHSt 40, p. 2707.

<sup>760</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. Cit, p. 211

## **6. Otras referencias jurisprudenciales**

### **A) Argentina**

La autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, solo fue construcción teórica hasta que el país argentino le otorgara por primera vez en el mundo relevancia jurisprudencial.

El profesor ROXIN menciona que la jurisprudencia alemana no le había prestado atención a su teoría por un periodo de 25 años, a pesar de haber sido útil para el enjuiciamiento de los líderes de la maquinaria Nazi. Y señala que: “en el extranjero la nueva figura encontró entrada por primera vez a mediados de los años ochenta en la fundamentación del Tribunal de Apelación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Corrección Federal de la Capital Federal) y de la Corte Suprema argentinos con ocasión del enjuiciamiento de los delitos de la anterior Junta de Generales (o junta militar).<sup>761</sup>

#### **1. Caso de la Junta de Militares Argentinos**

El año 1985, en Argentina, se implanta por primera vez jurisprudencialmente *la autoría mediata por aparatos organizados de poder* en lo que se denominó el caso de “La junta de Militares

---

<sup>761</sup> ROXIN, Claus, 2014, Op. Cit. p. 113.

Argentinos” y el caso se resume de la siguiente forma:

Al tomar el poder en 1976, las fuerzas armadas argentinas comenzaron un ataque sin precedentes contra los grupos terroristas de izquierda. Estos grupos mataron y mutilaron no sólo a funcionarios del gobierno y de la policía, sino también a civiles. La reacción militar afectó a un sector importante de la población, que sufrió violencia indiscriminada. Entre 1976 y 1983, los militares establecieron una red de centros clandestinos de detención, donde civiles (secuestrados a estos efectos y frecuentemente objeto de desaparición forzada) fueron sometidos a interrogatorios y torturas. El país fue dividido en varias zonas militares, dando completa autonomía a los comandantes regionales sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales de rango medio de las tres fuerzas armadas colaboraron en el secuestro de subversivos sospechosos. Mientras que algunos de los secuestrados fueron eventualmente liberados, muchos otros todavía permanecen sin aparecer.<sup>762</sup>

Durante este período, los tribunales argentinos no pudieron garantizar justicia. En el apogeo de la campaña contra la subversión, la Corte

---

<sup>762</sup> OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013. p. 234

Suprema, cuyos miembros habían sido nombrados por los militares, instaron repetidamente a los comandantes a que clarificaran el destino de las personas desaparecidas en una acción consolidada de habeas corpus de aproximadamente 400 peticiones. A pesar de los numerosos civiles secuestrados, asesinados y torturados, ni una sola persona fue procesada con éxito ante los tribunales militares o civiles. El gobierno militar de ese entonces negaba constantemente que los delitos estuvieran teniendo lugar.<sup>763</sup>

La Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires insistió en la responsabilidad como autores mediatos por EOP de los miembros de tres de las cuatro Juntas Militares que se sucedieron consecutivamente, si bien a cada acusado se le condenó exclusivamente por los delitos cometidos por los miembros del cuerpo de las Fuerzas Armadas que comandaban (cada junta militar estaba compuesta por el comandante en jefe del Ejército de Tierra, de la Marina y de la Fuerza Aérea). Aunque ninguno de los miembros de las tres juntas militares secuestraron, asesinaron o torturaron personalmente a ninguna de las víctimas, se les condenó por su responsabilidad en los actos cometidos por sus subordinados. Ellos dieron instrucciones generales y exigieron medidas extraordinarias no sólo contra

---

<sup>763</sup> *Ibidem.*

terroristas, sino contra “elementos subversivos” en general. La notoriedad dentro de Argentina y los informes diplomáticos extranjeros, argumentó la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, no dejaban dudas de que los miembros de las tres juntas militares conocían cómo estaban siendo ejecutadas sus instrucciones generales por sus subordinados<sup>764</sup>

La Cámara Federal de Apelaciones consideró que los acusados tenían el dominio sobre los delitos cometidos por sus subordinados, porque ellos dirigían la maquinaria de personas e infraestructuras que permitieron su ejecución. Los acontecimientos en cuestión no fueron el resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de quienes los llevaron a cabo, sino parte de una estrategia global diseñada por los miembros de las tres Juntas Militares con el fin de combatir la subversión. Los actos se realizaron a través de un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que participaron en cada operación militar.<sup>765</sup>

La Cámara Federal de Apelaciones también señaló que los acusados no sólo tenían el mando sobre sus propias fuerzas, sino también sobre las fuerzas de seguridad y policía que estaban a

---

<sup>764</sup> *Ibidem.*

<sup>765</sup> *Ibidem.*

cargo de la prevención de los delitos. Los acusados se habían instalado a través de un acto de fuerza como la única fuente de poder en la República, de manera que, al margen de los acusados, no había ninguna autoridad capaz de ejercer un control efectivo para evitar o poner fin a la actividad delictiva.<sup>766</sup>

En estas circunstancias, la Cámara Federal de Apelaciones afirmó que no era tan importante quién cometió materialmente los delitos. El control de los que dirigieron el sistema fue absoluto. Incluso si un subordinado se hubiera negado a obedecer, habría sido automáticamente reemplazado por otro para cumplir las directivas. Así, el plan concebido por los acusados no habría podido ser alterado por la voluntad de los autores materiales de los delitos, quienes simplemente tuvieron una función menor dentro de una maquinaria gigantesca. Como afirmó la Cámara Federal de Apelaciones, este caso no se correspondía con el caso habitual de dominio de la voluntad a través de la autoría mediata. El instrumento manejado por el hombre de atrás es el propio sistema, compuesto por hombres intercambiables que manipula a su antojo. Así, el dominio no fue tanto sobre una voluntad específica, sino más bien sobre una voluntad indeterminada. Con independencia de la

---

<sup>766</sup> *Ibidem.*

identidad de los subordinados que ejecutaron materialmente los delitos, éstos hubieran sido llevados a cabo de todos modos.<sup>767</sup>

Por estas razones, la Cámara Federal de Apelaciones afirmó que los autores materiales no fueron tan importantes, ya que sólo desempeñaron un papel secundario en la comisión de los delitos. El individuo que controla el sistema, domina la voluntad de los hombres que son parte del mismo. De hecho, la falta de conocimiento por los acusados de la existencia de cada uno de los hechos punibles y de la identidad de las víctimas no es relevante para determinar su responsabilidad penal. Las órdenes se referían en general a todas las “personas subversivas”, concediendo amplia libertad a los subordinados para determinar quién formaba parte de esa categoría y actuar en consecuencia. Los miembros de las tres Juntas Militares, sin embargo, siempre conservaron la facultad de poner fin a los delitos que se estaban cometiendo como lo muestra el hecho de que cuando lo estimaron necesario los acusados pusieron fin a todas las operaciones irregulares y anunciaron a la población que “la guerra había terminado”. Desde aquel momento no se volvieron a repetir

---

<sup>767</sup> *Ibidem.*

los secuestros, las torturas o las desapariciones.<sup>768</sup>

Según la Cámara Federal de Apelaciones, la intervención de los acusados no se limitó a ordenar las actividades ilícitas, sino que también contribuyeron activamente en la comisión de los delitos. Así, los centros de detención fueron financiados y provistos de personal de manera centralizada, por lo que no resultaba posible que los comandantes en jefe del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea no conociesen de su existencia y actividades. En consecuencia, los autores materiales de los delitos no hubieran podido cometerlos si no hubiesen contado con los medios necesarios (uniformes, vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, comida, etc....) que fueron puestos a su disposición por orden de los acusados.<sup>769</sup>

La Cámara Federal de Apelaciones consideró que aún existía una última circunstancia que hizo posible el éxito del plan criminal y que sólo se encontraba al alcance de los acusados: la impunidad. Mientras se ejecutaba sistemáticamente el plan criminal, la sociedad seguía gobernada por el orden jurídico tradicional. La Constitución (con las limitaciones

---

<sup>768</sup> *Ibidem*.

<sup>769</sup> OLÁSULO, Op. Cit. p. 236

impuestas por un gobierno de hecho) todavía se encontraba en vigor, la policía continuaba arrestando delincuentes y los tribunales dictando sentencias. Ese sistema jurídico era incompatible con el que se aplicó para combatir a los grupos armados de oposición, y por extensión a todo tipo de la disidencia política. La asombrosa coexistencia de un sistema jurídico y otro extra-jurídico durante un tiempo prolongado sólo fue posible por la presencia de los acusados en el vértice del poder. A partir de ahí, se trataron de ocultar los hechos, mintiendo a los jueces, a los familiares de las víctimas, a organizaciones nacionales y extranjeras y a gobiernos extranjeros. Se orquestaron investigaciones falsas y se brindaron garantías de esperanza engañosas y explicaciones infantiles.<sup>770</sup>

La sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires en la que se aplicó la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a cada uno de los nueve integrantes de tres de las cuatro Juntas Militares argentinas, fue, sin embargo, revocada por la decisión de la Mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia argentina en su sentencia de 20 de diciembre de 1963<sup>771</sup>

---

<sup>770</sup> OLÁSULO, Op. Cit. p. 236

<sup>771</sup> OLÁSULO, Op. Cit. p. 237

## **B) Perú**

Dos son los mayores y más grandes juicios en la historia del Derecho penal en el Perú; el del líder terrorista del Partido Comunista del Perú (PCP) Sendero Luminoso: Abimael Guzmán Reynoso, y el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori; cuyos actos delictivos se ocasionaron entre los años 1980 hasta llegado el nuevo milenio; la trascendencia fue tal que no solo fueron casos que hayan recabado la opinión nacional sino también internacional, muchos medios de prensa cubrían estos sonados casos de vulneración de Derechos Humanos, defraudación y altos grados de corrupción de funcionarios, entre otros ilícitos; pero en realidad, lo que llamo la atención de la mayoría de estudiosos y dogmáticos del Derecho penal, fue el título de imputación que fuera sostenida por la acusación fiscal y reconocida por las más altas instancias en el Perú. El título que les atribuyeron a estos dos personajes fue el de *autor mediato*; por manejar organizaciones delictivas al margen del ordenamiento jurídico, siendo encontrados responsables de dar la orden de ejecutar extrajudicialmente a muchos compatriotas, lo paradójico del caso es que ambos pretendían fines que los relacionaban: Abimael quería obtener el vestigio de poder a costa de la muerte de los que se oponían, llevando a cabo un conflicto interno, la lucha armada, y la

desestabilización del Estado que había sido controlado por Sendero ya hasta finales de los años 80; y por su parte Fujimori buscaba erradicar las ideas y las acciones comunistas del País, para devolverle el orden y la paz social al Perú, creando grupos especiales para la lucha contra la subversión (Grupo Colina). Y decimos que es paradójico porque ambos en la búsqueda de los fines políticos planteados terminaron siendo responsables de la muerte de peruanos inocentes. Uno buscaba obtener el poder a costa de la subversión y otro el exterminio por completo del terrorismo del Perú.

Aquí un breve resumen de cómo se fueron desarrollando ambas situaciones jurídico-penales:

### **1. Sobre el caso Sendero Luminoso y Abimael Guzmán**

Entre 1980 y 1992 el Perú vivió un periodo de violencia extrema. Se calcula que murieron alrededor de 70,000 personas. La mayoría eran campesinos pobres de ancestros indígenas, nativos de la sierra del país, especialmente de los departamentos de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac. Desde el fin de la insurrección de Sendero Luminoso se han elaborado múltiples relatos destinados a explicar lo sucedido. El más completo y significativo es el monumental estudio producido por la Comisión de la Verdad y las

Reconciliación (CVR2003), entidad integrada por un grupo de notables del mundo de la cultura y de la religión, a quienes se dio el mandato de ensamblar una narrativa que por su misma veracidad no pudiera ser cuestionada, de manera que el esclarecimiento respectivo significara la base de la consolidación de la democracia y del acercamiento entre los peruanos.<sup>772</sup>

Sobre Sendero se dice que: “es una organización con fines políticos, pero opera por la vía subversiva, en lucha armada contra las autoridades y todo aquel que se resista a colaborar con el movimiento. Surgió del seno del Partido Socialista Peruano, que más tarde cambiaría su nombre por el de Partido Comunista del Perú (PCP), cuyo fundador fue un intelectual de tendencia marxista, José Carlos Mariátegui.”<sup>773</sup>

El fundador del movimiento, Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso, quien se autodenomino “el Presidente Gonzalo”, o simplemente conocido como Abimael Guzmán, fue profesor de filosofía Kantiana de la Universidad de Huamanga en Ayacucho, y desde 1970, en que surgió la agrupación, se dedicó la tarea de reclutar a sus

---

<sup>772</sup> PORTOCARRERO MAISCH, Gonzalo. *Un relato letal. El mito del “Presidente Gonzalo” por Abimael Guzmán*. Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 8 ([https://dl.dropboxusercontent.com/u/60156832/numeros\\_revista/Trama\\_y\\_Fondo\\_30.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/60156832/numeros_revista/Trama_y_Fondo_30.pdf))

<sup>773</sup> ZELEDON F. Guillermo. *Contradicciones en la sociedad peruana. El caso sendero luminoso*, en Reflexiones N° 39, San José 1995. p. 20.

propios estudiantes para llevar a cabo su plan revolucionario.<sup>774</sup>

Después de haber introducido sus ideas; primeramente en las aulas universitarias y posteriormente al campesinado, ya por finales de los años 80 Sendero se había apoderado de más de la mitad de la sierra del País; el Gobierno debería tomar medidas para evitar el incremento de muertes en el país, es así que se crea el Grupo Especial de Inteligencia del Perú (GEIN) para ocuparse exclusivamente a la elaboración, planeación y ejecución de la captura de Guzmán.

En 1980 se reportaron los primeros casos de asesinatos perpetrados por Sendero Luminoso en el departamento de Ayacucho. A lo largo de 1981, su accionar se fue expandiendo en el campo Ayacuchano, especialmente en las provincias de Cangallo, Víctor Fajardo y Vilcashuamán <sup>775</sup>. Sin embargo es a partir de 1982 en que los asesinatos cometidos por esta organización subversiva se incrementaron de manera significativa, (...) para este año “se ha recibido reportes de 339 asesinatos, 12 veces más que aquellos reportados para el año anterior”. En los años siguientes los casos de asesinatos perpetrados por Sendero Luminoso se multiplicarían varias veces debido a su expansión y la creciente resistencia que va

---

<sup>774</sup> ZELEDON GUILLERMO, Op. Cit. p. 21.

<sup>775</sup> Comisión de la Verdad y Reconciliación, p. 17

encontrando en las provincias de Ayacucho, en especial en Huanta y La Mar. El 53% de todos los asesinatos cometidos por la organización subversiva que fueron reportados a la Comisión de la Verdad para el departamento de Ayacucho ocurrieron en las provincias de Huanta y La Mar, las cuales fueron siempre uno de los escenarios principales del conflicto a lo largo de los 20 años investigados.

Mientras tanto, Sendero con la finalidad de imponer el «Nuevo Orden» al que aspiraba, el PCP-SL no dudó en cruzar «ríos de sangre» en el Perú<sup>776</sup>.

El Perú sufrió un conflicto armado desde los años 1980 hasta el 2000 aproximadamente. En las cuales se vulneraron gravemente los derechos humanos. Estos crímenes constituyeron una práctica sistemática durante todo el período antes señalado e inclusive en determinadas provincias del departamento de Ayacucho, en los años que se indican en este documento, constituyó una práctica generalizada<sup>777</sup>.

Los crímenes perpetrados por el PCP-SL se efectuaron: a) mediante ataques selectivos realizados a nivel rural o urbano; b) durante las incursiones armadas en poblados andinos y amazónicos, dando lugar a asesinatos selectivos y

---

<sup>776</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 13

<sup>777</sup> *Ibidem*.

a masacres; c) en los denominados «juicios populares», generalmente ejecutados durante las incursiones; y d) en los campamentos o «retiradas» que organizaron sobre todo en la Selva Central y ciertas áreas del río Apurímac, afectando a miembros de la etnia asháninca. Todas estas prácticas fueron conocidas por los jefes inmediatos de los perpetradores y por la dirigencia nacional, quienes las alentaron y las justificaron por ajustarse a la línea política del PCP-SL<sup>778</sup>.

De acuerdo con sus objetivos estratégicos, en la perspectiva final de imponer su control y organización en determinadas zonas y luego en todo el país, los crímenes antes mencionados tenían el propósito de atemorizar y aterrorizar a individuos y grupos humanos considerados hostiles o peligrosos para el logro de sus fines, desalentar toda resistencia y castigar a los insumisos, castigo que frecuentemente incluyó a los familiares de las víctimas. El asesinato en consecuencia constituyó una práctica terrorista<sup>779</sup>.

Tratándose de un conflicto armado interno, las violaciones al derecho a la vida están bajo la regulación del Derecho Internacional Humanitario. El Perú es Estado parte en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Por lo que, como principio general del derecho internacional,

---

<sup>778</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 14

<sup>779</sup> *Ibidem*.

cualquier organización subversiva armada que se levante en contra del régimen legítimamente constituido, cuales quiera sean sus objetivos, están obligadas a respetar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Este artículo establece una serie de prohibiciones aplicables en cualquier tiempo y lugar, entre ellas, los atentados contra la vida, especialmente el homicidio en todas sus formas. Tales infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, en las que se incluyen tanto asesinatos como masacres, han sido consideradas como crímenes de guerra a partir de la jurisprudencia de los Tribunales Penales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda<sup>780</sup>.

En la historia de los conflictos armados internos en el mundo, en particular América Latina, rara vez una organización subversiva ha sido la responsable de un nivel tan alto de víctimas. Las cifras tan elevadas de muertes causadas por el Partido Comunista Peruano -Sendero Luminoso pueden explicarse en gran parte por las características del tipo de lucha armada que dicha organización subversiva decidió emprender en el Perú. El dogmatismo y fundamentalismo ideológico del llamado «Pensamiento Gonzalo» avalaba el uso generalizado y sistemático del asesinato como forma de eliminar a quienes dicha organización consideraba «representantes del Viejo Estado» que buscaba destruir para reemplazarlo por un

---

<sup>780</sup> *Ibidem.*

régimen político totalitario. Las víctimas de estos ataques eran sobre todo autoridades locales de las instituciones estatales o comunales, campesinos relativamente más prósperos, comerciantes locales y agentes de las fuerzas del orden. Los asesinatos se utilizaron también en forma generalizada y sistemática como medio de intimidación y sujeción de la población de las comunidades donde el Partido Comunista Peruano-Sendero Luminoso logró algún grado de influencia o intentó controlar. Eran comunes entre sus víctimas dirigentes de organizaciones sociales y líderes comunales, así como cualquier persona que muestre signos de resistencia al proyecto político totalitario de esta organización subversiva (...) ha recibido reportes que indican que el 24% de las víctimas de asesinatos cometidos por el PCP-Sendero Luminoso fueron autoridades locales o dirigentes sociales. Esta importante proporción es un indicador de la expresa voluntad de la organización subversiva de generar un vacío de poder sobre el cual pudiera asentar su control sobre la población más fácilmente. Asimismo representa, para las comunidades donde ocurrieron los asesinatos, la pérdida de valiosos líderes que permitían canalizar sus demandas sociales y políticas en el marco político democrático que la sociedad peruana buscó reiniciar a lo largo de la década de 1980<sup>781</sup>.

---

<sup>781</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 16

Encontrar al líder Senderista fue para los miembros del GEIN una tarea complicada y ardua; pero en 1992 ocurrió lo impensable. Abimael Guzmán, el “Presidente Gonzalo”, el faro de la revolución mundial, fue capturado en la ciudad de Lima, en sus primeras declaraciones como prisionero Guzmán, interpreto su captura como un “recodo” en una marcha que debería proseguir. No obstante, unos meses después, Guzmán cambia de posición. Reclama un “acuerdo de paz” y conmina a sus partidarios a dejar la lucha armada.<sup>782</sup>

Según la Comisión de la Verdad a Sendero Luminoso, cuyo máximo líder fue Guzmán se le atribuyeron reportes directos que dan cuenta de 11,021 casos de personas asesinadas por el Partido Comunista Peruano-Sendero Luminoso. Por otro lado, esta organización subversiva ha sido señalada como responsable de 1,543 casos de personas que actualmente se encuentran desaparecidas, lo que eleva la cifra de víctimas fatales<sup>783</sup> se atribuye a Sendero un total 12,564<sup>784</sup> personas que fueron víctimas de la lucha armada.

Al ser capturado el líder fue imputado a título de *autor mediato por dominio de organización delictiva*, y procesado por la comisión de varios delitos; específicamente como lo señala el fallo emitido por

---

<sup>782</sup> PORTOCARRERO MAISCH, Gonzalo. Op. Cit. p. 9

<sup>783</sup> Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 15

<sup>784</sup> *Ibidem*.

la Sala Penal Transitoria, los delitos y la acusación por ellos son los siguientes:

***El Fiscal Superior formula acusación escrita contra Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso, por los delitos contra la tranquilidad pública – terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado, y contra la vida, el cuerpo y la salud -homicidio calificado, en agravio de Zaragoza Allaucca Evanan y otros (caso Lucanamarca).***

***En general, el Ministerio Público imputa al procesado la condición de integrante de la agrupación terrorista autodenominada Partido Comunista del Perú "Sendero Luminoso", la que para cumplir sus fines delictivos contaba con un Comité Central, un Comité Permanente y un Buró Político a nivel nacional. De dichos órganos dependían el Departamento de Logística, Grupo de Trabajo Especial, Departamento de Propaganda, Grupo de Apoyo Partidario, Departamento de Apoyo Organizativo, Grupo de Traducciones o Grupo Intelectual Popular, Grupo de Trabajo Especial en Cárceles, Grupo de Trabajo Internacional, el Comité Fundamental Socorro Popular del Perú (SOPO), y el Departamento de Seguridad (en su estado incipiente). En este contexto, se atribuye al acusado Manuel Rubén Abimael Guzmán***

***Reinoso, conocido como "Presidente Gonzalo", "Alvaro" o "Juan", lo siguiente: tener la condición de máximo líder, Jefe o Presidente del referido grupo terrorista, en los aspectos político, ideológico y operacional, así como la de Jefe de la Comisión Militar del denominado Ejército Guerrillero Popular, Presidente del Comité Organizador de la República Popular de la Nueva Democracia. Específicamente, el Fiscal Superior señala que Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso, es el fundador, líder, jefe máximo y dirigente del PCP "Sendero Luminoso", en los aspectos político, ideológico y militar, conformando y dirigiendo a su vez el Comité Central, Comité Permanente y el Buró Político de la referida organización, atribuyéndosele la presidencia de la Comisión Militar encargada del planeamiento y ejecución de la autodenominada "Guerra Popular";***

***Planificar acciones terroristas, autorizando a los responsables de abastecimiento, el apoyo logístico para los órganos o subordinados del Comité Central, en material explosivo y armamento, cuidando tener un registro estadístico de las acciones perpetradas, así como de los insumos empleados para sus fines como coches bombas, artefactos explosivos, armas de guerra y otros medios;***

***Haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños; y***

***Haber utilizado como medio de propalación e incitación de actos terroristas el semanario de circulación nacional “El Diario” y haber empleado a la Academia “Cesar Vallejo” como centro de adoctrinamiento y reclutamiento de terroristas.***<sup>785</sup>

La defensa de Guzmán se acogió a que la teoría de la autoría mediata por dominio de organización no era aplicable a este caso específico, por ser un caso de criminalidad no estatal, es decir, son actos de criminalidad organizada, pero que no pertenecían a los aparatos estatales. .

Para ello, la Sala argumenta, contrariamente a la posición de la defensa, que la tesis de ROXIN no se contrapone a su aplicación a los aparatos organizados de poder no estatales, ya que desde 1963 el propio ROXIN ha sostenido que para el dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado en esencia solo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo tanto no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Esta afirmación de la Sala se ve corroborada por un ulterior desarrollo que el

---

<sup>785</sup> Corte Suprema de Justicia de la República - Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y otros R.N. N° 5385-2006 Lima. p. 14

propio ROXIN hizo de su teoría al afirmar que: “El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el sí están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización”<sup>786</sup>.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, reconoció en el año 2007, por primera vez, la figura de la *autoría mediata por dominio de organización* en el caso de líder Senderista Abimael Guzmán; y lo expreso bajo los siguientes términos:

***La autoría mediata es una categoría dogmática, vinculada a la teoría del dominio del hecho, cuyos orígenes se remontan mucho más allá de la entrada en vigencia del Código de 1991; exactamente en 1915, con los trabajos de Hegler y los aportes de Lobe de 1933, los cuales fueron publicitados en 1939 por Hans Welzel, hasta que el profesor Claus Roxin la sistematiza meridianamente a partir de sus trabajos académicos de 1960 en la Universidad de Gotinga, publicados en 1963 en una versión alemana de su obra “Täterschaft und Tatherrschaft” traducida***

---

<sup>786</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. *Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana*, en Revista Ita Ius Esto, N°. 2, 2008. p. 102.

*recientemente. Como tal, es un título de imputación que no necesariamente debe estar descrito en un texto legal para que se entienda su compatibilidad con la exigencia de determinación del tipo legal (ampliado). Se trata en suma de un aparato teórico desde el que se da sentido a los elementos objetivos del tipo penal involucrado, porque pone en relación a un individuo con los elementos que lo configuran por el dominio de la voluntad del ejecutor material. En el Código Penal de 1924 se daba una definición de autoría (art. 100), en el que su amplitud podía admitir la posibilidad de realización del hecho punible a través de otro. En efecto, de acuerdo al artículo citado son autores: "...los que tomaren parte en la ejecución del hecho punible". El sentido posible que se dé a tal definición no excluye en nuestro concepto los alcances de la autoría mediata, ni cualquier otra modalidad de autoría, pues la realización del hecho punible puede concretarse directamente o través de o con la intervención de otros intermediarios o coautores materiales. La confusión conceptual de la defensa radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido.<sup>787</sup>*

*La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder*

---

<sup>787</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. CASO ABIMAELE GUZMAN Y OTROS R.N. N° 5385-2006 LIMA. p. 25-26

*estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de la macrocriminalidad o criminalidad organizada como la presente. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista un estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmite a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.*

*Respondido preliminarmente el cuestionamiento de los procesados sobre la autoría medita, este Supremo Colegiado, en mayoría, comparte la línea de argumentación desarrollada por la Sala Penal Nacional en el Décimo Tercero Considerando de la sentencia denominado “Las bases de imputación individual”, agregando lo siguiente: La autoría mediata como criterio de imputación tiene su mayor sustento en la teoría del dominio del hecho*

*de Roxin que recoge nuestro Código sustantivo en su artículo 23. Al respecto Urquiza Olaechea se pregunta “¿qué teorías se acogen en el CP peruano para configurar el concepto de autor en los delitos comunes? La respuesta a esta interrogante es: el CP del Perú de 1991 ha adoptado las modernas teorías del dominio del hecho”. El mismo autor añade “ La doctrina del dominio del hecho, tiene como meta superar las dificultades de las teorías unitarias y de las teorías diferenciadoras clásicas, en cuanto vistas aisladamente, dejan sin resolver problemas esenciales respecto del autor y de la participación” ( Artículo “ El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su recepción en el Código Penal Peruano”, pág. 598, en Libro: Dogmática Actual de la Autoría y Participación Criminal, Idemsa, Lima, 2007). Es decir, la teoría del dominio del hecho permite, entre otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y sólo colabora con un hecho doloso ajeno. Consecuentemente, no compartimos la posición de que hay que abandonar toda la doctrina sobre autoría y participación ni menos podemos certificar el ocaso o el deceso de la teoría del dominio del hecho. En el caso materia de este pronunciamiento, la autoría mediata por dominio de organización que se imputa a Guzmán Reynoso*

*y sus coprocesados parte por determinar si el denominado Partido Comunista del Perú conocido como “Sendero Luminoso” se configuró como un verdadero aparato organizado de poder donde la cúpula dirigencial pueda responder a título de autor mediato en tanto sus militantes de base o cuadros intermedios fueron los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos que se les atribuye. La respuesta es afirmativa, el PCP-SL, se construyó a escala nacional, con células, comités zonales, sub-zonales, regionales y en el vértice el Comité Central con Guzmán Reynoso a la cabeza, llegando a contar con treinta y tres mil “combatientes” según versión de la propia organización. Con mayor razón, si en el contexto de su denominada “ guerra popular” todas sus estructuras se militarizaron y su principal principio de organización, el “centralismo democrático”, que presuntamente combina centralismo con democracia, con predominio de uno de sus componentes según el momento político, resulta obvio que la democracia interna estaba subordinada a un rígido centralismo donde las órdenes o directivas de la dirección nacional, Comité Central, simplemente se acataban en base a una férrea disciplina partidaria. Así se puede entender que la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca provino del Comité Permanente del Partido pero fue ejecutada por los miembros del Comité Regional Cangallo-*

*Fajardo, por lo que, los que dieron las órdenes resultan ser los autores mediatos y los ejecutores los autores directos. En relación a la fungibilidad de los ejecutores de los hechos delictivos no cabe duda que este elemento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en este caso, no estatal, aparece nítidamente por el simple hecho de que la dirigencia nacional del PCP-SL aprovechó la disciplinada estructura de la organización subversiva siendo conocido que incluso sus militantes firmaron las llamadas “ cartas de sujeción al Presidente Gonzalo” que no era otra cosa que una declaración formal y solemne de sometimiento incondicional a la voluntad de su líder y su organización y una suerte de renuncia a su propia identidad civil. En tal circunstancia, si un cuadro o militante, por cualquier razón, incumplía la tarea criminal encomendada, otro podía sustituirlo o aplazarse algún operativo subversivo como ocurrió en el aniquilamiento de Felipe Santiago Salaverry logrado después de seis intentos, y si en otros casos quedó en grado de tentativa se debió a la eficacia de respuesta de las fuerzas del orden. Se puede sostener del mismo modo que en organizaciones o aparatos de poder como el PCP-SL el grado de fungibilidad de los autores directos del delito de terrorismo, que por lo general no es simultánea sino sucesiva, supera con creces a la del crimen organizado para casos de delitos comunes como la del narcotráfico*

***transnacional, para poner un ejemplo, donde también puede darse la figura de autoría mediata. De las tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, en el presente caso la imputación penal aplicable es por dominio de la voluntad en la modalidad que se conoce como dominio por organización, pues, se ha establecido que los acusados han actuado dentro de una organización con nítida primacía de relaciones verticales, con subordinación de los ejecutores directos propias de la autoría mediata y no de relaciones horizontales propias de la coautoría. Según la doctrina dominante, tres son los requisitos para que se configure el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos<sup>788</sup>***

El colegiado de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema Peruana que en ese entonces era integrada por los magistrados: Villa Stein, Rodríguez Tineo, Rojas Maravi,

---

<sup>788</sup> Corte Suprema de Justicia de la República - Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y otros R.N. N° 5385-2006 Lima. pp. 27-28-29

Calderón Castillo y Urbina Ganvini, señala como ya citamos en la ejecutoria las siguientes líneas: “El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos” Resaltar estos puntos es de suma importancia, puesto que la posición que asumimos- *la de la coautoría-*, ha sido señalada y defendida a grandes rasgos por el magistrado Javier Villa Stein<sup>789</sup> que en la presente

---

<sup>789</sup> LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CERTIFICA QUE EL VOTO CONCORDANTE DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO JAVIER VILLA STEIN ES COMO SIGUE:

“Si bien estoy de acuerdo con mis colegas sobre las consecuencias jurídicas de la responsabilidad y merecimiento de pena del encausado Abimael Guzmán Reinoso respecto de los actos terroristas concretos y que fueron declarados probados por la Sala Superior, sin embargo llego a la misma conclusión con argumentos teóricos parcialmente distintos a los planteados por mayoría. En este sentido, sostengo que la responsabilidad involucrada es por coautoría y no por autoría mediata, por las siguientes razones: La cuestión que debe replantearse es si efectivamente la autoría mediata es aplicable, en los términos en los que han sido expuestos por la recurrida, al presente caso. Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista (altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes político estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores. Lo paradigmático de la autoría mediata, a quien Günther Jakobs denomina “autoría directa disfrazada” (El ocaso del dominio del hecho. En: El sistema funcional del derecho penal. Lima, 2000 página 192), el actuante, el operador,

---

el instrumento lo es de un círculo de organización ajeno y su aporte es mecánico, impersonal, no comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es codominio, o dicho de otro modo el dominio del hecho en su conjunto “sólo es poseído por el colectivo” (Jakobs loc cit.) involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación. Ciertamente, el codominio del hecho de Abimael Guzmán Reinoso fue mayor por su posición funcional y central dentro de la organización terrorista, que la de los demás coautores comprometidos en los planes operativos concretos. En este contexto, mal podría tratarse al o los ejecutores como unos intermediarios materiales fungibles, si se constata que en la práctica hubo una distribución (vertical) de roles y tareas. Se trata en realidad en el presente caso de imputar a título de coautor la responsabilidad del recurrente. Esta modificación del título de imputación no incide sin embargo en la congruencia de la acusación fiscal con la sentencia emitida. La consecuencia jurídica es la misma; esto es, que la pena que correspondía en cualquier caso es la del autor. Al respecto, el artículo 23 del Código Penal vigente hace referencia tanto al que ejecuta el hecho punible, por sí o través de otro, como a los que lo realizan de manera conjunta. La coautoría en el presente caso es objetiva tanto por la comunidad de objetivos del autor principal Abimael Guzmán, líder máximo de la organización terrorista, con sus integrantes, como por la distribución vertical, compartimentada y específica de las funciones y tareas para la ejecución de actos terroristas concretos. En consecuencia, MI VOTO es porque se condene al encausado Abimael Guzmán Reinoso como coautor del delito de terrorismo respecto de los hechos declarados probados en la sentencia venida en grado. Corte Suprema de Justicia de la República - Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y otros R.N. N° 5385-2006 Lima. p. 124

sentencia señala que el título de imputación debe ser el de coautoría.

## **2. El caso *Barrios Altos, Cantuta y Alberto Fujimori***

El ex presidente Alberto Fujimori en su llamada **“lucha contra la subversión”** decide crear el destacamento “Colina”<sup>790</sup>, un grupo de inteligencia al mando del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres; quien derivaba las órdenes directas del ex presidente Fujimori hacia el grupo, que en su accionar contra el terrorismo, se vio inmiscuido en los casos denominados: ***La Cantuta, Barrios Altos, y otros***, al haberse ejecutado extrajudicialmente a personas presuntamente implicadas en actos terroristas.

En 1991 la violencia política se había acentuado en los centros urbanos del país, en particular en Lima. El Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL) se replegaba de las zonas rurales y en la búsqueda de crear condiciones de la ruptura del Estado de derecho incrementaba la

---

<sup>790</sup> El Grupo Colina fue un grupo paramilitar cuyos miembros operaron en el Perú en distintos destacamentos desde los años 80' hasta inicios de la década de 1990. Durante el gobierno de Alan García operaron grupos con similar modus operandi, como el Comando Rodrigo Franco y el Grupo Scorpio. El grupo fue dirigido por el capitán del Ejército Peruano Santiago Martín Rivas. El grupo fue parte de una estrategia denominada Guerra de baja intensidad, y aún está en discusión si dicha estrategia fue o no política del Gobierno de turno.

cantidad y las modalidades de sus acciones subversivas a través de asesinatos políticos de dirigentes vecinales o mediante atentados urbanos con coches cargados con alta cantidad de explosivos, así como con “paros armados”. El Gobierno del ex presidente Alberto Fujimori deslizaba en la opinión pública la necesidad de una “mano dura” contra la subversión como preludio al golpe de Estado que dio el 5 de abril de 1992. Asimismo, en noviembre de 1991, el ex presidente Fujimori, presentó al Congreso, para su aprobación, un conjunto de leyes “antiterroristas”, que fueron posteriormente observadas y recortadas en el Parlamento por considerarlas que eran inconstitucionales al transferir mayores atribuciones y poderes a las Fuerzas Armadas y Policiales<sup>791</sup>; En este contexto, desde 1989, el Servicio Nacional de Inteligencia (SIN) y el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) ejecutaban en Lima el seguimiento de activistas del PCP-SL, y según un documento dado a conocer en el Congreso el 11 de noviembre de 1991, el SIE implementó un plan denominado “Ambulante” que tenía como objetivo vigilar activistas pro subversivos e inmuebles en la zona de Barrios Altos, en el centro de Lima. Entre estos, un solar ubicado en el Jirón Huanta N° 840<sup>792</sup>.

---

<sup>791</sup> Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 475.

<sup>792</sup> *Ibidem*.

Es en ese solar que el 03 de noviembre de 1991, agentes de inteligencia adscritos al Servicio de Inteligencia del Ejército asesinaron a balazos a 15 personas (...) 4 personas, quedaron gravemente heridas y sobrevivieron al crimen ocurrido durante una reunión organizada por unos moradores en el Jirón Huanta No.840, en Barrios Altos, zona ubicada en el centro de la ciudad de Lima<sup>793</sup>.

Declaran los sobrevivientes, que aproximadamente a las 10.30 de la noche, entre 6 y 10 individuos armados con pistolas ametralladoras y con los rostros cubiertos con pasamontañas irrumpieron en el patio del inmueble donde realizaban la reunión y amenazaron con sus armas a alrededor de 20 concurrentes. Narran que a golpes, insultos y entre forcejeos, obligaron a todos a tenderse boca abajo, e inmediatamente y sin discriminar, dispararon ráfagas hacia las cabezas y las espaldas. Los mismos sobrevivientes y las posteriores pericias balísticas y forenses confirmaron que los autores remataron a los moribundos con un fatal “tiro de gracia”<sup>794</sup>.

“...Sucedió que al promediar las diez de la noche estábamos celebrando una pollada, que era para recolectar fondos para hacer mejoras en ésta

---

<sup>793</sup> Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 476.

<sup>794</sup> *Ibíd.*

quinta. Entonces, a esa hora, abruptamente ingresaron un grupo de seis uniformados con dos que dirigían, que estaban encapuchados. Comenzaron a proferir palabras como “....miserables terroristas, ahora van a ver y otras cosas más que no deseo hablar por respeto, porque no tengo costumbre”. Nos insultaron y tuvimos que tirarnos al suelo porque así lo ordenaron. Hay el caso del señor Tomás Livias, que estuvo presente, hizo resistencia porque estuvo con tragos ¿no? e hizo resistencia. A él con la culata del arma lo golpearon en su espalda, su pecho y lo tiraron al suelo. Saltó otro señor que dijo: yo soy el que organiza esto y conmigo háganlo. A él lo acribillaron a balazos. Le metieron ráfagas de balas y cayó desplomado. Pasaron al lado derecho que había un cuarto dónde atendían este...dos chicas. Fueron y lo remataron, a balazos y volvieron contra nosotros cuando estábamos en el suelo. Y empezó la matanza. O sea, ráfagas<sup>795</sup>.”

En 1991, “La Masacre de Barrios Altos” conmocionó al país. Fue el primer homicidio múltiple en la capital contra ciudadanos civiles en el contexto de acentuación de la violencia política en los centros urbanos. Ante ello, el 10 de

---

<sup>795</sup> Declaración testimonial de Alfonso Rodas Alvites, sobreviviente de la masacre.

noviembre de 1991, la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República citó a los ex Ministros del Interior y de Defensa, Generales Juan Briones Dávila y Víctor Malca Villanueva, respectivamente, para informar sobre los sucesos ocurridos en Barrios Altos. Estos no dieron información relevante sobre el desarrollo de las investigaciones y presentaron tres hipótesis sobre la autoría del crimen. La primera eran miembros del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, otra eran miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Y, la tercera en “organizaciones ajenas a estos grupos”. En todo caso, negaron de manera tajante que miembros de las fuerzas del orden hayan participado en estos hechos<sup>796</sup>.

Un porta tropas, con seis militares a bordo, avanzó por la cuadra ocho del jirón Huanta hasta la esquina, dobló, y se estacionó en el jirón Huallaga. Los militares descendieron del vehículo, se formaron en fila, observaron que todo estaba normal y se retiraron. Este grupo, según concluye la diligencia de reconstrucción, evitaría que otro vehículo pudiera seguir al “Destacamento Colina”, que también huyó por el jirón Huallaga<sup>797</sup>.

Sólo un sector de prensa opositora al Gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori comenzó a

---

<sup>796</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 480.

<sup>797</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 482.

investigar la existencia de un comando de aniquilamiento paramilitar relacionado a lo ocurrido en Barrios Altos. Cuando en 1992 el semanario “Sí”, dirigido por el periodista Ricardo Uceda dio a conocer información indiciaria de la existencia del “Destacamento Colina”, como vinculado a los servicios de inteligencia del Estado, el ex Ministro de Defensa, General (...) Víctor Malca Villanueva ordenó una arbitraria investigación policial contra el periodista<sup>798</sup>.

En abril 7 de 1995, la 41° Fiscalía Provincial Penal de Lima 51, atendiendo a las investigaciones hechas públicas por la prensa, así como a indicios razonables de participación de agentes militares del SIE en el caso “Barrios Altos”, denunció formalmente al General de División Ejército Peruano Julio Salazar Monroe, Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional-, al Mayor Ejército Peruano Santiago Martín Rivas, y los Sub Oficiales Ejército Peruano Nelson Carvajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea como presuntos autores de los delitos de asesinato y lesiones en agravio de los 15 fallecidos y los 4 heridos de gravedad a consecuencia de los sucesos ocurridos en Barrios Altos<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 483.

<sup>799</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, Op. Cit. p. 485.

Hubo otro sonado caso incluido en la gama de violaciones de Derechos Humanos de se atribuía al ex presidente Fujimori, el cual es la *“Desaparición y Ejecución de los estudiantes de la Cantuta”*.

Asimismo, el 18 de julio de 1992, nueve estudiantes y un catedrático desaparecieron en la Universidad Nacional “Enrique Guzmán y Valle”, conocida como La Cantuta, en circunstancias que sugerían la intervención del Ejército Peruano y de un grupo paramilitar vinculado al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). Este caso citó la atención nacional cuando el 01 de abril de 1993 el congresista, Henry Pease García, citando a una fuente no revelada, denunció que los desaparecidos habían sido ejecutados extrajudicialmente por un Equipo de Operación Especial de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), con la aprobación de mandos superiores del Ejército<sup>800</sup>.

Luego de más de doce años de la “Masacre de Barrios Altos”, en razón que el caso sufrió durante el gobierno del ex Presidente Fujimori deliberadas obstrucciones para investigarlo y sancionar a los responsables, la Fiscalía Especializada de Derechos Humanos de Lima pudo presentar su dictamen final ante el 5° Juzgado Penal Especial de Anticorrupción de esta

---

<sup>800</sup>Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Ibidem*.

ciudad determinando responsabilidad de criminalidad organizada para ejecutar homicidios calificados, lesiones graves y asociación para delinquir en 25 ex oficiales y suboficiales del Ejército del Perú (EP), autodenominados, según algunos de sus ex integrantes, como el “Destacamento Colina”

Al restablecerse el Estado de derecho en el Perú a fines del año 2000, el Poder Judicial recuperó las condiciones para efectuar la reconstrucción del crimen. Una de las diligencias se llevó a cabo el 15 de enero del 2002 donde se constató que la fuga del “Destacamento Colina” del escenario de la masacre estuvo protegido por un camión portatropas que transportaba a cinco comandos uniformados del Ejército Peruano, cuatro hombres y una mujer. Asimismo, se verificó que policías de la Dirección de Inteligencia (DIRIN) de la PNP y de la Comisaría de San Andrés, ubicados muy cerca de la quinta del Jirón Huanta, no actuaron para evitar o intervenir inmediatamente después de la masacre de los 15 ciudadanos y que tampoco auxiliaron a los que quedaron gravemente heridos

En suma en todo lo ocurrido en el Gobierno de Fujimori, específicamente por haber liderado maquinarias de violación de Derechos Humanos- como *el de barrios altos*- es según la interpretación de los operadores jurídicos, esta maquinaria liderada por el ex presidente Albero Fujimori una

maquinaria para la comisión delictiva, y existía una clara responsabilidad del ex mandatario a título de *autor mediato*, tal y como lo señala la Sala Penal Especial; estos casos se fueron llevando de la siguiente manera:

***“los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos” (y porque) “conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil”.***<sup>801</sup>

***En el fundamento 745<sup>802</sup> de su sentencia, el Tribunal sustentó la autoría mediata de Fujimori, declarando que:***

---

<sup>801</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 777

<sup>802</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 745

***“...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados”.<sup>803</sup>***

***“La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme... y a lo expuesto en los párrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:***

***El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel***

---

<sup>803</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 718

*ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.*

*Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.*

*En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos – de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o*

*unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas*

*En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.*

*En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica*

*acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército*

*Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se aparta plenamente o lo subordinan sistemáticamente.*

*Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o*

*avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.*

*Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.*

*Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con*

*evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. Como señala FARALDO CABANA: “Los objetivos de estas organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma criminal coinciden con los del Estado, pero los medios empleados permanecen autónomos y diferenciados en relación a los previstos por el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter delictivo. Por tanto, puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización”<sup>804</sup>*

*Por el contrario, hay consenso en reconocer que ambas manifestaciones criminales y categorías criminológicas parten de una misma matriz etiológica: la Criminalidad de Estado. Esto es, un proceder criminal generado, ejecutado, avalado, tolerado o justificado por las*

---

<sup>804</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 746

*más altas instancias del poder estatal. Son, pues, parte de formas de criminalidad que, como entiende HASSEMER, se materializan sólo con apoyo del Estado, y cuyas características criminológicas y de neutralización o impunidad, en un sentido macro o micro, son las mismas, y han sido resumidas con precisión por ZAFFARONI. Este autor destaca como tales la negación de la responsabilidad, la negación de la lesión y la negación de las víctimas, siendo esta última "...la técnica de neutralización más usual en los crímenes de Estado. Las víctimas eran terroristas, traidores a la nación, fueron los verdaderos agresores, el crimen de Estado no fue tal sino la legítima defensa necesaria, etcétera*

*Tampoco en el plano de la dogmática penal más caracterizada sobre la materia, ni de la política criminal internacional de protección de los derechos humanos, se formulan diferencias cualitativas entre una y otra manifestación delictiva de los órganos del poder estatal, como también ha postulado la defensa del acusado. Por el contrario, se les aplica iguales*

**conceptos, caracterizaciones y estrategias de prevención y control.**

**A lo sumo se han sostenido, con sentido estrictamente pedagógico y no material o funcional, algunas variantes de grado, por tanto ambas manifestaciones: Estado Criminal y Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales, pueden ser consideradas como modalidades cuantitativas del mismo modelo de acción o modus operandi para la realización de iguales objetivos y políticas de lesión de los derechos humanos mediante el asesinato, el secuestro o la desaparición de grupos de la población civil indefensa. Así, en la primera, la generalización de las acciones delictivas recorre distintas esferas del Estado. En la segunda, en cambio, predomina la actividad delictiva sectorial y selectiva de órganos estratégicos y operativos especializados. No obstante, la clandestinidad y antijuricidad de los planes, el secreto de los ejecutores, el control encubierto de las operaciones, la crueldad de los procedimientos, la tolerancia de los supervisores, la justificación de los medios y el uso oficial de mecanismos de impunidad, para la formación de**

*políticas y para la comunicación o ejecución de las decisiones y órdenes delictivas, se comparten y son comunes a las dos formas de criminalidad estatal. Por ello, la responsabilidad penal se imputa para ellas desde el plano del derecho nacional como del derecho penal internacional. FARALDO CABANA, en este sentido, apunta “...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho internacional y del Derecho penal internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas, se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto”<sup>805</sup>*

---

<sup>805</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 747

*Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un modus operandi propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori. Ya que como reconoce la propia opción de doctrina invocada por la defensa, esto es, FARALDO CABANA: "También es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros terroristas o de la disidencia política. Además, según la misma fuente teórica, la experiencia internacional, particularmente en Latinoamérica, da cuenta que: "Son características del*

*funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Hemos visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar.<sup>806</sup>*

### **III. Alternativas a la autoría mediata en aparatos organizados de poder**

#### **A. La tesis de la coautoría**

##### **1. Planteamiento**

La ruptura del «principio responsabilidad», que comporta calificar en el ámbito de las organizaciones criminales a los dirigentes de las mismas como autores mediatos de los delitos cometidos por los que actúan cumpliendo órdenes, lleva a algunos autores a rechazar esta forma de autoría y a acudir, en su lugar, a la

---

<sup>806</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 748

coautoría. De este modo, es posible seguir otorgando responsabilidad a título de autor a quienes ordenan, desde su posición de mando dentro de la organización, la comisión de delitos, sin renunciar a la premisa, según la cual no es posible apreciar autoría mediata cuando el ejecutor material responde penalmente de su hecho de forma plena.<sup>807</sup>

La opción por una interpretación estricta del principio de responsabilidad en términos de responsabilidad criminal, como límite de la autoría mediata, obliga a un destacado sector doctrinal a negar que el hombre de atrás pueda ser considerado autor mediato en los supuestos que nos ocupan, esto es, cuando nos encontramos ante un ejecutor plenamente responsable, considerándose preferible desde esta perspectiva que las conductas del hombre de atrás y del ejecutor sean calificadas de coautoría<sup>808</sup>.

La tesis de la coautoría se presenta, para un sector de la doctrina, como la mejor solución a la hora de resolver estos casos, pues se considera que las actividades realizadas al amparo de un aparato de poder responden mejor a la idea de dominio del hecho compartido entre los que dirigen y los que ejecutan las órdenes que a la de subordinación de éstos últimos respecto a aquéllos<sup>809</sup>.

La tesis de *la autoría mediata por dominio de organización* encuentra una contradicción cabal en torno a su carácter de composición, dado que utiliza los términos- para referirse a los

---

<sup>807</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 358.

<sup>808</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 128.

<sup>809</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 359.

ejecutores inmediatos-: **autores plenamente responsables**, en este primer sentido, y como criterio central para calificar la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, esto según el propio Roxin resulta indispensable para la determinación del componente “*Autor Mediato y Autor Inmediato*”; dado que el punto de *error o coacción* queda desplazado y lo que conecta al “*hombre de atrás*” y al “*hombre de adelante*” es el poder de mando del primero, es decir, la garantía de los actos de ejecución es la organización, pero para nosotros resulta importante objetar ese sentido y como lo señalan POLAINO NAVARRETE Y POLAINO-ORTS<sup>810</sup> supone una alteración del sentido y la estructura de la autoría mediata al considerar autor (mediato) al hombre de detrás siendo los hombres de delante perfectamente responsables. La autoría mediata consiste, precisamente, en cometer un delito mediante un instrumento, no responsable; y si lo fuera, no estaríamos ante un supuesto de autoría mediata, sino de coautoría (JAKOBS). Si “*el hombre de adelante*” actúa en plena responsabilidad, queda desnaturalizada la autoría mediata, y se deja de lado un punto importante: el de la “*instrumentalización*”, si el ejecutor no conoce el significado, ni comunica precisamente que su accionar es puramente delictivo (como si lo hicieron en la mayoría de casos de ejecuciones extrajudiciales) entonces existe autoría mediata, *contrario sensu*, si se establece que al ejecutor comunica un accionar delictivo y reconoce la acción como delito, y se determina responsable, no existe autoría mediata, entonces queda claro que ambos son

---

<sup>810</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel/ POLAINO-ORTS, Miguel. *Intervención delictiva. Una exposición programática con casos fundamentales* En Jorge Buompadre, Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013. p. 212.

aportadores esenciales a la concreción del delito, entonces es menester, que se impute el título de *coautores*.

En este orden de ideas es de resaltar lo afirmado por JAKOBS<sup>811</sup>, quién refiere lo siguiente: “No puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que solo la causación a través de la naturaleza es una causación directa y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas puede constituir a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración *coautoría*. El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente, es coautor, y por ello no hay necesidad alguna de convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder”.

## **2. La posición de Jakobs**

JAKOBS se ha manifestado en repetidas ocasiones en contra de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder prefiriendo la coautoría a la autoría mediata en estos casos<sup>812</sup>.

El profesor JAKOBS ha considerado la tesis de ROXIN como una construcción novica<sup>813</sup> en el sentido que “solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una

---

<sup>811</sup> JAKOBS, Günther; *El ocaso del dominio del hecho*. Op. Cit. p. 114.

<sup>812</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 142.

<sup>813</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, p. 784.

unidad que abarque diversas acciones ejecutivas.<sup>814</sup> En ese sentido, JAKOBS al mencionar el verbo “conjunción” hace referencia al enlazamiento que tiene que existir entre el que da el mando y quien ejecuta, la “unidad” a la que se refiere, es a nuestro criterio, todo el delito en su conjunto, constituido por todas las fases, es decir, son aportes y actuaciones necesarias e indispensables, ambos terminan contribuyendo esencialmente al acto convirtiéndolo en coautoría.

JAKOBS niega la fungibilidad como característica propia de esta forma de autoría mediata, ya que considera que “en los delitos violentos del nacional-socialismo no eran intercambiables *todos* los ejecutores a la *vez*, y la intercambiabilidad de los distintos cooperantes *uno por uno* (o la intercambiabilidad *sucesiva* de todos ellos) no es especial para la propia participación<sup>815</sup>.

Conviene distinguir dos cuestiones en la argumentación utilizada por JAKOBS (...) en primer lugar, los requisitos de la coautoría y su presencia en los casos de dominio de la organización; en segundo lugar, la distinción entre comisión y omisión en los mismos casos<sup>816</sup>.

Por cuanto se refiere a la primera cuestión, para JAKOBS la existencia de un acuerdo común solo es necesaria en los casos en que la ejecución se divide en partes, cada una de las cuales es realizada por uno de los intervinientes.<sup>817</sup> Como hemos visto, el

---

<sup>814</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, p. 784.

<sup>815</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, p. 783

<sup>816</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 142.

<sup>817</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, pp. 746-747.

autor alemán prescinde del acuerdo común en supuestos en que todas las acciones ejecutivas son llevadas a cabo por una única persona pero por otra, de la que nada sabe la primera, colabora de modo tan intenso que codetermina esencialmente la configuración de la ejecución en lo que respecta al lugar, tiempo y modo<sup>818</sup>.

Por tanto únicamente en los supuestos de división de la ejecución en partes JAKOBS considera necesaria para la coautoría la decisión común a ejecutar el hecho<sup>819</sup>.

Por otra parte JAKOBS no considera necesaria para la coautoría la realización común del hecho en el estadio de ejecución, apartándose, por tanto, de la dicción legal que si exige la realización conjunta del hecho, si bien reconoce que no cabe negar que conforme la aportación se aproxima a la acción ejecutiva, más fácil resulta afirmar su poder configurador sobre el hecho<sup>820</sup>. Aun así, lo decisivo para apreciar la coautoría no es, como cabe observar, que el sujeto aporte su participación después del comienzo de la tentativa, sino esa configuración del hecho, que “consiste en disponer el suceso *que realiza el tipo* en su desenvolvimiento concreto, tal y como se perfecciona desde la acción de la ejecución hasta la consumación (o hasta su fracaso, en la tentativa). Las configuraciones son, pues, la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio..., y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 143.

<sup>819</sup> Ibidem.

<sup>820</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, p. 752.

<sup>821</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, p. 750-751.

En este orden de ideas es de resaltar lo afirmado por JAKOBS<sup>822</sup>, quién refiere lo siguiente: “No puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que solo la causación a través de la naturaleza es una causación directa y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas puede constituir a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración *coautoría*. **El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente, es coautor, y por ello no hay necesidad alguna de convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder**”<sup>823</sup>.

Al respecto, JAKOBS con acierto refiere que, “El Derecho penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo<sup>824</sup>” De lo que se desprende que no necesariamente un interviniente debe participar en la fase ejecutiva del delito para que sea considerado coautor del mismo, **lo importante en todo caso es que la división del trabajo lo incluya con un aporte que puede ofrecerse en cualquier momento de la materialización del**

---

<sup>822</sup> JAKOBS, Günther; El ocaso del dominio del hecho. Op. Cit. p. 114

<sup>823</sup> Negritas y subrayado nuestro

<sup>824</sup> Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit. p. 745.

***delito, lo realmente importante es que el aporte objetivo se manifieste cuando el interviniente quiera y pueda ofrecerlo.***

Rechaza JAKOBS los argumentos que suelen emplearse en favor de la autoría mediata. No acepta integrar en la valoración jurídica ni el concepto de automatismo, según el cual la intervención del hombre de detrás conduce casi automáticamente a la realización del delito perseguido cuando el hombre de detrás a través de estructuras organizadas utiliza determinadas condiciones dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena cursos causales regulares; ni la idea de fungibilidad o intercambiabilidad, según la cual la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del que actúa inmediatamente. Dice el autor que un dominio superior sólo se podría fundamentar si el ejecutor estuviera subordinado jurídicamente (y no en función de la dinámica de un grupo) al que dicta las órdenes. Y añade, que cuando el ejecutor actúa de forma plenamente responsable, no existe jurídicamente ninguna superioridad del que imparte la orden. En cuanto al automatismo, opina el autor que, según la propia valoración jurídica el acto de dejarse corromper es un acto responsable y, por tanto, todo lo contrario a uno automático, con independencia de que fácticamente se pueda constatar una ejecución casi automática de la orden. En general, en relación a las estructuras organizadas, considera JAKOBS una trivialidad mantener que en una sociedad con una determinada estructura y composición determinados comportamientos pueden motivar a otros de forma casi automática porque jurídicamente todas las personas permanecen al mismo nivel, siempre que se comportan responsablemente<sup>825</sup>.

---

<sup>825</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 359-360

### 3. La posición de Jescheck

Este autor sigue la línea de discrepancia en el punto de la “responsabilidad” señalando que: “...la posibilidad de autoría mediata termina, en primer lugar, allí donde el instrumento es en sí mismo un autor plenamente responsable”<sup>826</sup>.

Partiendo de la vigencia del principio de responsabilidad, que en su opinión impide admitir la figura del autor detrás del autor salvo en los casos en los que el ejecutor no pueda ser considerado como autor plenamente responsable, JESCHECK afirma que en el supuesto que nos ocupa la persona que domina la organización debe ser calificada como coautor<sup>827</sup>. JESCHECK señala que “el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización”<sup>828</sup>

JESCHECK estima que sólo pueda considerarse autoría mediata cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. Pero sí lo es, el sujeto que permanece en la central es, precisamente porque domina la organización, coautor. El carácter común de la decisión criminal tiene lugar gracias a la pertenencia a la organización.<sup>829</sup>

Este autor considera que «el sujeto que permanece en la central es, precisamente, porque domina la organización, coautor. El

---

<sup>826</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal Parte general*, vol. II, Traducción de Santiago Mir Puig/ Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1981. p. 920

<sup>827</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 145.

<sup>828</sup> JESCHECK, 1993, Op. Cit. p. 611.

<sup>829</sup> JESCHECK, 1981, Op. Cit. p. 669.

carácter común de la decisión criminal tiene lugar gracias a la pertenencia a la organización.<sup>830</sup>

#### **4. La posición de Caro John**

CARO JOHN<sup>831</sup> va mucho más allá de los planteamientos sostenidos entre autoría mediata, coautoría y demás, él plantea como nuevo aporte de JAKOBS- la tesis de la “autoría” sustentando este sentido en la *infracción de deber institucional*. Según CARO JOHN “uno de los casos de la jurisprudencia (...) que mayor interés ha despertado, no solo desde el punto de vista social y político, sino desde la óptica jurídico-penal, ha sido el caso del ex-Presidente Alberto Fujimori, donde se pone a prueba la responsabilidad de un aparato organizado de poder y de un obligado especial que tiene el deber de garante en relación a los hechos de sus subordinados”<sup>832</sup>

En términos del profesor JAKOBS existiría aquí un delito de competencia institucional por infracción de deber positivo.<sup>833</sup>

Así, por ej. En el caso Fujimori, algunos críticos señalan que puede haberse atribuido *Responsabilidad por omisión de mando* desarrollada por los tribunales penales internacionales desde Núremberg y Tokio y hoy en día reglamentada por el art. 28 del

---

<sup>830</sup> JESCHECK, 1981, Op. Cit. p. 928.

<sup>831</sup> CARO JOHN, José Antonio. *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva*. En Jorge Buompadre, Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013. p. 285.

<sup>832</sup> CARO JOHN, Op. Cit. p. 286.

<sup>833</sup> CARO JOHN, Op. Cit. p. 28.

Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>834</sup>. La omisión del deber sanciona conductas que se encuentran institucionalmente positivizadas y cuyo autor puede ser solo la persona que ostente ese deber, como es sabido, sanciona una conducta de carácter omisivo, que ocurre cuando el superior infringe su deber de prevenir y/o sancionar la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Su aplicación en la sentencia que estamos analizando, dice la Corte, habría reflejado solo parcialmente el papel de Fujimori en la realización de los delitos, que fue mucho más allá de la simple omisión, y que se manifestó en una aportación activa de planificación, control y ocultamiento de las operaciones ilícitas del Grupo Colina.<sup>835</sup>

## **B. La tesis de la autoría accesoria**

### **1. Aproximación al concepto de autor accesorio**

La postura de la autoría accesoria ha sido tomada por algunos autores., Entre ellos cabe citar a BLOKELMANN/ VOLK, quienes consideran autores accesorios a los asesinos de escritorio, que durante la Segunda Guerra Mundial ordenaron el exterminio de judíos, presos y pacientes de instituciones psiquiátricas y hospitales, que fue llevado a cabo por peones fungibles<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 742-744

<sup>835</sup> MACULAN, Elena. *La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos entre Derecho penal e internacional: Observaciones sobre el caso Fujimori*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°14-05 (2012), <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>. p. 25

<sup>836</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 160.

Estos autores niegan la coautoría por falta de resolución conjunta, y rechazan la autoría mediata porque entienden que los ejecutores, al ser plenamente responsables, no pueden ser considerados meras herramientas en a manos del hombre de atrás, pues ello supondría cuestionamiento de la vigencia del principio de responsabilidad<sup>837</sup>. En relación con el dominio de la organización señalan la dificultad que plantea afirmar que una persona actúa con pleno dominio del hecho pero mediatizado por otra persona también con pleno dominio del hecho. Rechazan, pues, la existencia de un “autor detrás del autor”<sup>838</sup>.

## **2. El hombre de atrás en el seno de un aparato organizado de poder como autor accesorio**

### **C. La tesis del autor intelectual**

Una figura polémica en la autoría y participación está dado por el empleo a nivel jurisdiccional del concepto de autor intelectual, que si bien no se encuentra positivizada, viene a ser una categoría jurídica utilizada frecuentemente para describir aquella persona que en la comisión de un delito no participa directamente en su ejecución pero que ha desempeñado una labor importante en su concepción, bajo esta figura suelen comprenderse al jefe de la banda que realiza labores de dirección (autor mediato) y a los instigadores.

La fundamentación de la punición dada sobre el autor intelectual radica en parte en que éste seduce al autor material y lo involucra en el plano de la culpabilidad, para así lograr el resultado

---

<sup>837</sup> *Ibidem*.

<sup>838</sup> *Ibidem*.

deseado, por lo que este autor intelectual debe ser tratado con especial dureza.<sup>839</sup>

Y en los casos que se vienen tratando en este trabajo hasta ahora tan solo se ha encontrado un planteamiento doctrinal que considere como alternativa más adecuada para resolver la cuestión de la responsabilidad del “hombre de atrás” el caracterizar a éste como *autor intelectual*<sup>840</sup>.

### **1. Reconducción del término fuerza**

Algunas legislaciones- como la *Española*- han considerado a través del aporte de muchos autores el considerar *la fuerza física* de la que se vale el autor mediato para utilizar a otra persona como instrumento<sup>841</sup> Llevan a cabo estos autores una interpretación laxa del término “fuerza”, si bien la restringen a la de carácter físico, pues la de tipo moral o espiritual, que en modo alguno excluye la responsabilidad del hombre de adelante, conducirá indefectiblemente a la inducción<sup>842</sup>.

Así FERNÁNDEZ IBÁÑEZ nos plantea lo siguiente: “estas afirmaciones, sin embargo, no analizan con suficiente exhaustividad dos cuestiones absolutamente ineludibles: por un lado, ¿cabe apreciar algún supuesto de inducción en caso de empleo de fuerza física si se comprueba que ésta ha disminuido pero no anulado completamente la libre voluntad y responsabilidad del instigado o por el contrario hay que

---

<sup>839</sup> JAKOBS, Günther. Intervención delictiva y comprensión social - manuscrito

<sup>840</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 322.

<sup>841</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 326.

<sup>842</sup> *Ibidem*.

excepcionar el “principio de responsabilidad” también en los supuestos de autoría mediata por coacción y aceptar que todo caso de uso de fuerza física conduce automáticamente a la autoría mediata? Y por otro lado, ¿puede imaginarse algún caso de instigación moral que suponga la absoluta exclusión de la libre voluntad del hombre de delante y que por tanto conduzca no a la inducción sino a la incriminación del hombre de detrás a través de autoría mediata en virtud de coacción? En caso de encontrar una respuesta afirmativa para ambas cuestiones (...) relativo a todo empleo de fuerza física sobre el ejecutor podría incluir no solo los supuesto de la autoría mediata mencionada, sino también aquellos de inducción donde el empleo de la violencia no moral implique la absoluta anulación de la voluntad del instigado<sup>843</sup>.

Es mayoritaria la opinión que, de forma expresa y clara, exige que la conducta del inductor se lleve a cabo exclusivamente a través de medio psíquicos, de forma que todo caso de empleo no de fuerza moral sino física sobre el ejecutor en modo alguno pudiera ser reconducido a la inducción<sup>844</sup>.

Está claro que si la violencia (sea moral o física) constituye un supuesto de *vis absoluta* sobre el ejecutor, entonces no sólo podrá afirmarse que éste queda liberado de toda responsabilidad, sino que en realidad estaremos ante un supuesto de absoluta falta de acción<sup>845</sup>. ¿Pero y si el empleo de la violencia física sobre el ejecutor no alcanza tal grado sino que tan sólo se llega a atenuar su responsabilidad? ¿Es imaginable un supuesto así? Y si lo es, ¿cómo se castiga? Si atendemos a la opinión mayoritaria recién mencionada, este caso no podría reconducirse a la inducción, que

---

<sup>843</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. p. 327.

<sup>844</sup> *Ibidem*.

<sup>845</sup> *Ibidem*.

aceptaría únicamente supuestos de fuerza moral, pero ¿y a la autoría mediata? Su inclusión en esta categoría supondría excepcionar también aquí “el principio de responsabilidad”, pues nos encontramos ante dos autores responsables, por mucho que la responsabilidad de uno de ellos se viera atenuada<sup>846</sup>.

Con relación a la segunda cuestión, puede afirmarse (...) que si la coacción moral desplegada, sobre el ejecutor desplaza la libertad de voluntad de éste, no existiría inducción sino autoría mediata<sup>847</sup>. Esto sucedería por un lado en los casos en que la violencia moral genere en el ejecutor una situación de *miedo insuperable*, siempre que se interprete como correcto el planteamiento que exige que el mismo suponga una situación de terror invencible que obligue al sujeto a recurrir a la actuación delictiva<sup>848</sup>. Pero los supuestos de coacción en nuestro Derecho deben reconducirse tanto al miedo insuperable como al estado de necesidad justificante o exculpante<sup>849</sup>. Así GÓMEZ RIVERO ilustra este tipo de casos con los ejemplos siguientes:

A, amigo del peligroso delincuente B, amenaza telefónicamente X, funcionario de prisiones, con matar a su hija si no facilita la evasión de B. Ante este temor, X permite la evasión de B.

A, dueño de un bar, amenaza a B, camarero, con no concederle el anticipo que necesita para poder reformar su vivienda, si éste no vierte veneno en la consumición

---

<sup>846</sup> *Ibíd.*

<sup>847</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op. Cit.* p. 327

<sup>848</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op. Cit.* p. 329.

<sup>849</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op. Cit.* p. 330.

que pida X. B, ante el temor de no conseguir el deseado anticipo, así lo hace<sup>850</sup>.

Que en el primer caso no podría hablarse de inducción parece evidente, puesto que, si bien la decisión es fruto en última instancia de la voluntad de X, ésta no es sino el escape a una situación de estado de necesidad que determina un vicio esencial en el proceso de formación de su resolución, y que, en definitiva, actúa impidiendo la imputación del resultado a un acto de voluntad del sujeto. En los casos de este tipo deberá apreciarse, por tanto, una forma de autoría mediata en la que el dominio del hecho correspondería al sujeto que amenaza el mal, actuando el autor material como un mero instrumento<sup>851</sup>.

Distinta se presentará, por el contrario, la valoración del segundo ejemplo en que el mal amenazado no alcanza la intensidad necesaria para situar al autor en una situación de estado de necesidad, sino que se limita a motivarle. En él, en efecto, ni podría contemplarse al autor como el instrumento de un autor mediato, puesto que la amenaza no determina una situación de estado de necesidad en el amenazado, ni, por tanto, apreciar la existencia de un vicio sustancial en el proceso de formación de su voluntad que la anule y determine, correlativamente, que el dominio del hecho corresponda al que formula la amenaza<sup>852</sup>.

Entre estos casos extremos se desplegará todo un abanico de posibilidades, una zona sin duda dudosa, cuya valoración como inducción o autoría mediata requerirá atender a datos como la

---

<sup>850</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995. p. 247.

<sup>851</sup> *Ibidem*.

<sup>852</sup> *Ibidem*.

específica personalidad del destinatario de la amenaza, la intensidad objetiva de ésta, el contexto en que se produce, y en definitiva, a cuantas circunstancias permitan valorar en el caso concreto el grado de afectación o vicio de la voluntad de cara a decidir si ésta aparecía como única respuesta a una situación de miedo insuperable de producción de un mal grave, propio o a un miembro de su familia, o si por el contrario, el mal amenazado actuaba sólo como la motivación que impulsa al autor a delinquir<sup>853</sup>.

## **2. El recurso de la fuerza como equivalente al empleo de vis absoluta**

Los casos de *vis absoluta*, que también encajan en el concepto de fuerza (...) pues partimos de que una cosa es instrumentalizar la voluntad humana, y otra distinta, pasar completamente por encima de dicha voluntad. Al tratar la cuestión de la utilización de otra persona de forma meramente físico-corporal, no podemos olvidar que la teoría del delito, como teoría de la imputación personal, no se conforma con un puro suceso externo, sino que toma como punto de partida una determinada conducta humana para poder hablar de acción en sentido jurídico-penal, la persona debe tener la posibilidad más o menos amplia de actuar de una u otra forma, es decir, de disponer de alternativas de actuación. La utilización de un sujeto sin capacidad de acción supone el grado máximo de instrumentalización de otra persona<sup>854</sup>. Y como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la idea de

---

<sup>853</sup> GÓMEZ RIVERO, Op. Cit. p. 248.

<sup>854</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. pp. 253-254.

instrumentalización no es privativa de la autoría mediata. Ni tampoco sirve, por sí sola, para fundamentar esta figura en ninguna de sus dos modalidades (autoría mediata en sentido estricto y autor tras el autor). Pero aceptada en las distintas formas en que puede manifestarse, la noción de instrumentalización es útil para poner de relieve la relación que se establece entre hombre de detrás y hombre de delante<sup>855</sup>. La figura de la autoría mediata basada en el empleo de coacción se viene reconociendo en Alemania desde hace ya algún tiempo. Pero si bien la doctrina admite la coacción como medio idóneo para la instrumentalización de una persona, el modo de perfilar esta figura no ha estado en el pasado ni está hoy en día exento de polémica. La cuestión en torno a la cual ha ido girando la discusión ha sido, por un lado, determinar el grado de coacción necesario para poder hablar de autoría mediata del hombre de detrás; y, por otro, concretar los efectos que aquélla debe producir sobre la voluntad del instrumento. Con todo, lo que se pretende es establecer una barrera lo más nítida posible entre la autoría mediata y la participación, especialmente, la inducción. Y ello, porque la acción de forzar a otra persona mediante coacción para obligarla a cometer un delito no caracteriza sólo a la autoría mediata, sino que puede estar presente también en la inducción<sup>856</sup>.

Es así que existe un sector doctrinal que creía ver en el término “ fuerza” (...) una conducta equivalente a los que se ha venido denominando como *vis absoluta*, es decir, aquellos supuestos en

---

<sup>855</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 254.

<sup>856</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 255.

los que la fuerza empleada por el hombre de atrás hace que sólo éstos, y no los ejecutores del delito, lleguen a dominar efectivamente la acción. Si bien parto del reconocimiento de la equiparación del recurso a una *vis absoluta* con los supuestos de empleo de violencia caracterizados como de “ fuerza irresistible”, hay que precisar que hay un número nada desdeñables de autores que, por mucho que expresamente se refieran a las hipótesis de “ fuerza irresistible” como únicos supuestos a incluir(...) en realidad no equiparan ésta con la *vis absoluta*, sino que terminan reconduciéndola a la autoría mediata por mucho que consideren que la responsabilidad no se ve anulada de forma plena. Por todo ello. La doctrina alemana y española caracteriza mayoritariamente los supuestos de *vis absoluta* como casos de ausencia de acción relevante de quien lleva a cabo el delito, pero una vez de acuerdo en el punto de partida, el modo de incriminar la conducta del hombre detrás diverge. Éste será bien autor mediato, bien autor directo<sup>857</sup>. Algunos sostienen que la conducta del hombre de atrás es plenamente de autor, otros se inclinan por mencionar la autoría mediata, lo cierto es que el tema de la *vis absoluta*, es en gran parte tema de mucha discusión en la doctrina penal.

## **D. La tesis de la inducción**

### **1. Planteamiento**

Inductor es el que determina en otro la resolución de cometer el hecho antijurídico. El inductor es partícipe del hecho realizado por el inducido: consumado, frustrado o tentativa. Conforme a la accesoriidad de la participación, el inductor debe quedar libre de

---

<sup>857</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Op. Cit. pp. 333-334.

pena cuando el inducido no llegó a poner en práctica la resolución que le fue inspirada<sup>858</sup>. En la *autoría mediata por aparatos organizados de poder* algunos han defendido la posición de inducción, en ese sentido dice BARJA DE QUIROJA “El hecho de que se trate de un autor plenamente responsable ha llevado a una parte de la doctrina a no admitir esta teoría y considerar que estos supuestos no son de autoría mediata sino de inducción”<sup>859</sup>

La propia estructura de la autoría mediata presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por un lado, aparece el «hombre de detrás» o «persona de detrás», que es quien realiza el hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución material. Hay que precisar, que a menudo se emplea también esta expresión para designar al inductor.<sup>860</sup>

De hecho, hablar de «hombre de detrás» no implica una valoración jurídica, pues estamos todavía en un terreno prejurídico. Con frecuencia, mencionamos al «hombre de detrás» y aún no sabemos si su conducta va a ser calificada de inducción o de autoría mediata (en sentido estricto o de autor tras el autor). Por otro lado, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente, «hombre de delante». De nuevo, estamos ante una denominación libre de valor. No obstante, la palabra «instrumento», sin poseer un significado jurídico concreto, logra expresar de forma muy gráfica en que se basa esta forma de autoría, pues refleja la idea

---

<sup>858</sup> ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal. Parte general*, 2º edición Akal, Madrid 1986. p. 471.

<sup>859</sup> BARJA DE QUIROGA, Op. Cit. pp. 55-56.

<sup>860</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 145.

de instrumentalización de una persona por otra, aludiendo, así, directamente a la estructura de la realización de un hecho a través de otro, por lo que se suele reservar este término para los casos efectivamente calificados de autoría mediata. Cuando todavía no se ha decidido si en el caso concreto cabe apreciar o no esta forma de autoría, en lugar de emplear el término «instrumento» algunos autores optan por expresiones como «ejecutor inmediato», «el que actúa inmediatamente», «hombre de delante» o «intermediario»<sup>861</sup>.

## **2. La posición de Herzberg**

HERZBERG critica la posición de la autoría mediata, fundamentada en la disposición del delito por parte del ejecutor; sostiene que no en todos los casos el ejecutor está siempre disponible, pues en muchos casos se observa que tales ejecutores solo disimularon la realización de hechos y por el contrario dejaron escapar a potenciales víctimas, por ello la llamada disposición incondicional no se encuentra en esas situaciones: por ello no es posible que el jefe pueda estar seguro de la realización absoluta del hecho, lo cual es característica de la instigación (la incertidumbre)<sup>862</sup>.

## **3. La posición de Kohler**

En la doctrina Alemana, se resalta la posición de KOHLER, respecto a la inducción en ese sentido este autor señala que: “las razones que se han dado hasta hoy en favor de la autoría mediata son insuficientes”. Por una parte, sostiene que la

---

<sup>861</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 146.

<sup>862</sup> CARRILLO CLAUDIO, Hernán/ MONTELLANOS LLAMOCA, Sonia. *Autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder*. En Revista Jurídica del Perú, Número 129, Noviembre 2011. p. 180.

intercambiabilidad de los individuos en la organización, no cambia su concreta responsabilidad, y no proporciona al hombre de detrás ninguna posición de autoría. Por otra, entiende que la referencia al dominio de la organización subestima la propia responsabilidad del autor inmediato.<sup>863</sup> En cambio, la calificación como inductores del autor de la mesa de despacho y el jefe de la banda de una organización criminal resulta, para KÓHLER, plenamente acertada, por lo que respecta a las consecuencias jurídicas (idéntica pena que la del autor).<sup>864</sup>

#### **4. La posición de *Renzikowski***

Para RENZIKOWSKI, la teoría del dominio de la organización apenas tiene en cuenta la propia responsabilidad del ejecutor inmediato frente a la responsabilidad de los hombres de detrás. Insiste este autor en que el reconocimiento del dominio de la organización es incompatible con el «principio de autonomía», vinculado, según su propia concepción, a la responsabilidad penal del sujeto. Reconoce este autor que el hombre de detrás tiene posibilidades garantizadas de ver realizado su plan a través de la organización, independientemente de la persona del ejecutor material. Pero considera que estas posibilidades no pueden sustituir la falta de dominio efectivo en el caso concreto, pues, según él, la gran probabilidad de que el hombre de detrás pueda hacer cumplir sus órdenes no es suficiente para fundamentar la autoría.<sup>865</sup>

---

<sup>863</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 363.

<sup>864</sup> *Ibidem*.

<sup>865</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 364.

## 5. La posición de *Gimbernats Ordeig*

En España la tesis de la inducción es defendida por GIMBERNAT ORGEIG, según este autor se debe utilizar la tesis de la inducción para calificar a los sujetos que desde la cúspide la organización dirigen el aparato. A esta solución llega después de examinar en detalle el «caso Eichmann», respecto al cual no duda en afirmar la autoría de los ejecutores materiales, «porque el hecho de tomar parte directa en la ejecución de una muerte exige una energía criminal mucho mayor que la que existe en el que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden». Como inducción califica, en cambio, GIMBERNAT ORDEIG “la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía”. A pesar de considerar esta solución satisfactoria en los resultados (“ya que el inductor es castigado con la misma pena del autor material”), admite que parece una calificación poco adecuada en atención al papel desempeñado. Solución que deriva, según él, de la propia redacción de los preceptos sobre autoría y participación, pensada para hechos individuales y, sobre todo, para casos más sencillos que el delito de genocidio<sup>866</sup>. En cuanto a los mandos intermedios que van transmitiendo las órdenes, considera GIMBERNAT ORDEIG que han de responder como cómplices, descartando la posibilidad de apreciar una inducción en cadena<sup>867</sup>. Esta última

---

<sup>866</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. p.189.

<sup>867</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. p.191.

calificación es la que escoge para Eichmann a pesar de reconocer que ocupó un puesto clave en el exterminio de judíos<sup>868</sup>.

El ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que transmitía la orden; si no porque sabía que ésta correspondía a la voluntad de Hitler<sup>869</sup>

De acuerdo con esta posición, por tanto, quien da la orden es inductor, quien la ejecuta es autor inmediato, y los eslabones intermedios que transmiten la orden son cómplices<sup>870</sup>. La calificación de cómplice es, pues, la que atribuye Eichman, a pesar de reconocer que ocupó un puesto clave en el exterminio judío, señalando que podría ser considerado inductor únicamente si incluyó el plan víctimas que no estaban originalmente previstas<sup>871</sup>

Reconoce este autor, sin embargo, que “decir que Hitler y Himmler fueron meros inductores en un delito que, se mire por donde se mire, fue “su” obra, parece. Aunque a efectos de penalidad no tenga trascendencia- una calificación poco adecuada, poco exacta, si se piensa en el papel que ambos desempeñaron<sup>872</sup>

## **6. La posición de Gómez Rivero**

GÓMEZ RIVERO fundamenta la punición de la inducción en la creación de un riesgo penalmente relevante que se realiza en el

---

<sup>868</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. pp.192-193.

<sup>869</sup> *Ibidem*.

<sup>870</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 173.

<sup>871</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Op. Cit. pp. 192-193.

<sup>872</sup> FARALDO CABANA, Op. Cit. p. 172.

resultado<sup>873</sup>. Desde este punto de vista, en el marco del análisis de la participación en cadena señala esta autora que “la existencia de una especial peligrosidad y, consiguientemente, su equiparación al marco penal que corresponde al autor mediante el expediente de la inducción, se presenta más que dudosa cuando se interponen varios eslabones cuya superación depende sucesivamente de la voluntad de cada miembro de continuar la cadena”, ya que “debido al condicionamiento que respecto a la efectiva producción de tal resultado supone la subordinación a la voluntad, no ya solo del autor, sino de cada inductor, en esta sucesión el juicio de peligrosidad referido a la conducta del autor material sólo revela la gravedad e inminencia que la hace merecedora de la misma pena que la autoría cuando se pone en relación inmediatamente con aquel, lo que solo sucede con el ultimo inductor<sup>874</sup>. Por tanto, niega la posibilidad de incriminación en estos casos como inducción en cadena. Esta opción no la lleva a afirmar la impunidad de los eslabones, pues “en los casos- sin duda en la mayoría- en que el legislador no haya contemplado como un tipo autónomo la conducta del que ha sido inducido para inducir, el comportamiento del primer incitador podrá reconducirse a otras formas de participación en el hecho principal

## **F. La tesis de la complicidad (necesaria o no)**

### **1. Consideraciones preliminares**

Diversos autores han calificado la intervención delictiva del “*hombre de atrás*” como complicidad necesaria, este título de imputación también se extiende a todos los integrantes de la

---

<sup>873</sup> GÓMEZ RIVERO, Op. Cit. pp. 126 - 127

<sup>874</sup> *Ibidem*.

organización que lleva consigo la elaboración y ejecución para el delito, incluyendo a los mandos centrales, pero, existe una cabal excepción entre el que da directamente la orden (generalmente mandos intermedios) y quien la ejecuta, pues este, el que ordena directamente la comisión del hecho al ejecutor material es considerado según esta concepción como inductor del hecho.

Destacan en esta línea Hernández Plasencia.

## **2. La posición de *Hernández Plasencia***

No admite HERNÁNDEZ PLASENCIA autoría mediata ni coautoría, pero tampoco inducción, en relación a los dirigentes de los aparatos organizados de poder. Para ellos reserva este autor la figura de la complicidad o de la cooperación necesaria<sup>875</sup>. Señala HERNÁNDEZ PLASENCIA “la relación de los dirigentes de la organización con los ejecutores no se puede corresponder estructuralmente con una inducción si se afirma que éstos estaban ya resueltos a cometer el hecho”<sup>876</sup>

Pero ¿es posible afirmar que los que cumplen órdenes estaban decididos a cometer el hecho con anterioridad al momento de recibirla? Como bien indica HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>877</sup> “los dirigentes del aparato son los que suelen dar la orden de ejecutar el delito, aceptada y realizada por el ejecutor, pero en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida”

---

<sup>875</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 276.

<sup>876</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. pp. 270- 271.

<sup>877</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 365.

Según HERNÁNDEZ PLASENCIA “Las legislaciones penales modernas distinguen nítidamente entre una organización con fines delictivos, aun por perfecta que sea, y los concretos hechos punibles promovidos y realizados por ellas, pues son, en principio, dos realidades autónomas; en el primer caso, la responsabilidad penal se establece por crear, dirigir o pertenecer a esas organizaciones cuya estructura permite realizar delitos; otra clase de responsabilidad asumen las personas que, poseyendo o no estructuras para delinquir o insertados en ellas, cometen delitos. Ahora bien, el organizador tiene una parte de responsabilidad en la consumación del delito de asociación con fines delictivos, pero también la tiene en la vida criminal de la asociación en cuanto que su actividad no podría manifestarse sin él. Sin embargo, el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de matar valiéndose de medios materiales y personales pertenecientes a la organización no condiciona automáticamente su autoría<sup>878</sup>.

Aquellas organizaciones cuya estructura obedece a la *fungibilidad* de medios y de personas para llevar a cabo la comisión de los delitos, permitiendo que el indeterminado y anónimo ejecutor sea una pieza más de la maquinaria delictiva y que pueda ser inmediatamente sustituido por otro, constituye también para mí un factor decisivo a la hora de configurar la responsabilidad del dirigente de la organización, de forma que podrían llegarse a ver las cosas de modo que éste fuera el principal causante del delito y el ejecutor no sería más que la prolongación del aparato o una de sus extremidades. También cabría la posibilidad, ya planteada, de considerar coautores a los dirigentes y ejecutores por cuanto cada

---

<sup>878</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 273.

uno cumple una función igualmente esencial para la realización del delito; el dominio del dirigente se manifiesta en diferentes etapas, le pertenece exclusivamente a él en la preparatoria (facilitando medios, ideología, captación de las víctimas, etc.), que podría actualizarse en la fase de ejecución en que se manifiesta el dominio del ejecutor; o bien se considera la posibilidad de la autoría mediata ya que los ejecutores están instrumentalizados para actuar como meros autómatas. Sin embargo, el «dominio de la voluntad» sólo adquiere relevancia respecto de las otras formas de instrumentalización, mediante coacción o error. Así por ejemplo, si se ejerciera coacción sobre el ejecutor por parte de quien da la orden, la autoría mediata de éste podría fundamentarse si se da la estructura del dominio del hecho a través de la coacción aunque, como hemos visto, la coacción también puede dar lugar a inducción. En definitiva quiero decir que, hasta cierto punto, el ejercicio de la coacción dentro del aparato puede tener algún tipo de relevancia, el ejecutor podría quedar exento de responsabilidad penal, aunque en otras ocasiones quedaría enmascarado dentro del aparato, puesto que el dominio del hecho lo otorga la organización, no la coacción, cuando ésta sólo fuera idónea para la inducción<sup>879</sup>.

Para HERNÁNDEZ PLASENCIA “la *fungibilidad* del ejecutor en las organizaciones de poder no es, sin embargo, decisiva para admitir un dominio del hecho en quien las dirige planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Tener un aparato en las manos no es decisivo porque no consigue por sí una instrumentalización del ejecutor, cuando sin estar sometido a error o coacción hace propia la influencia que recibe de sus

---

<sup>879</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 274.

dirigentes. Podría, sin embargo, entenderse que los ejecutores de los delitos en realidad funcionan como meros instrumentos, pero, como ya se ha dicho, la instrumentalización no es válida en la autoría mediata cuando el propio sujeto la asume voluntariamente<sup>880</sup>.

El ejecutor es plenamente responsable, y la instrumentalización no se da en estos casos, no por el hecho de que también él responda criminalmente; aquí, o bien está en un plano de subordinación, está obligado a seguir la orden, o bien quiere ciertamente cumplirla aunque pueda no estar obligado a ello. En el primer caso, sí que habría una instrumentalización, pero basada en la coacción o en el error que sufre al cumplir la orden; en el segundo caso, si quiere cumplirla, estuviera obligado o no, sin sentirse coaccionado, la estructura del aparato organizado de poder no otorga el dominio del hecho al que está detrás, sino que éste cuenta con que sus órdenes serán ejecutadas por otros sujetos, pero sin atribuirse la principal y decisiva influencia sobre el concreto hecho delictivo<sup>881</sup>.

Según HERNÁNDEZ PLASENCIA la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responda a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso

---

<sup>880</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 275.

<sup>881</sup> *Ibidem*.

concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás<sup>882</sup>.

El dirigente del aparato en ocasiones podrá tener, como máximo, un *dominio negativo* del hecho, un poder de interrupción de la realización del delito, pero resulta insuficiente para fundamentar su autoría, puesto que, como ha señalado la doctrina, para ostentar ese dominio negativo ni siquiera se hace necesario manejar un aparato de poder. Sin olvidar que los ejecutores asumen una responsabilidad directa cuando aceptan y cumplen esas órdenes, el cooperador necesario aporta al hecho punible un conjunto de actividades, donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc.<sup>883</sup>.

Concluye su posición HERNÁNDEZ PLASENCIA señalando que “la solución que ciertamente sólo satisface en cuanto nuestro Derecho equipara la cooperación necesaria a la autoría, a los efectos de la pena, pero por muy horribles que sean estos hechos, hasta tanto no se modifiquen las normas penales sobre autoría no pueden reconducirse a ella. La calificación correcta de

---

<sup>882</sup> *Ibidem*.

<sup>883</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 276.

los miembros intermedios que van comunicando la orden a los ejecutores es la de cómplices, excepto el último que se erige como inductor del hecho, es el que le transmite la orden de ejecutar, aunque sepa que la ideología la impone otro, o la ha asumido el mismo, o la ha asumido su ordenante<sup>884</sup>.

#### **IV. Falencias de la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder**

##### **A. Postulados esenciales de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados en la formulación de la misma por el profesor Roxin**

Esta tesis encuentra una especial resistencia cuando se trata de analizar supuestos delictivos similares, en los que intervienen los denominados «aparatos organizados de poder». En tales casos el «hombre de atrás» dispone de un aparato personal con cuya ayuda puede realizar sus delitos, que no dependen, por tanto, de la decisión autónoma del ejecutor o ejecutores. Normalmente la doctrina alemana alude, en estos casos, a organizaciones estatales como las que generó el nacional-socialismo. Pero nada impide implicar en esta problemática a determinadas organizaciones armadas no estatales y con fines delictivos<sup>885</sup>.

ROXIN entiende que en estos casos concurre una *autoría mediata*, por poderse constatar un auténtico «dominio de la voluntad» por parte del sujeto que actúa desde su mesa de

---

<sup>884</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. Cit. p. 276.

<sup>885</sup> GÓMEZ BENITEZ. Op. Cit., p. 131

despacho; dominio que se ejercería precisamente sobre el indeterminado ejecutor de sus órdenes, que, sin embargo, es plenamente responsable<sup>886</sup>.

La autoría mediata, en este supuesto, no estaría limitada a una acción defectuosa del instrumento, sino que puede darse perfectamente, aún frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario: el dominio del hecho de varias personas también es posible, en cuanto a la lesión respectiva del bien jurídico<sup>887</sup>.

Es que las posibilidades de autoría mediata, no se agotarían con las formas básicas conocidas, esto es, la voluntad del dominio del inspirador o manipulador, que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizada por las circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un “aparato”- generalmente organizado por el Estado- con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre su realización<sup>888</sup>.

Para ello se dé, tiene que cometer el delito activamente el en desempeño de un dominio de configuración superior relevante, o no haberlo impedido pese a su deber de garante. El dominio de configuración superior relevante no viene dado por el binomio autoridad- subordinación, ni tampoco por un

---

<sup>886</sup> *Ibídem.*

<sup>887</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora Córdoba; Córdoba 2001. p. 307.

<sup>888</sup> *Ibídem.*

poder directivo en una organización jerárquicamente instrumentalizada. La sujeción a un puesto de subordinación merma la libertad de los subordinados, merma su poder de formar su voluntad autónomamente e imponerla contra resistencia. Esto hace que, gracias a la conexión institucional entre sometimiento- obediencia y poder directivo- el subordinado sea instrumentalizable solo por el superior o jefe<sup>889</sup>.

Al existir libertad en quien actúa, es decir ni coacción ni error, ROXIN debe dar un nuevo argumento para poder fundar la autoría mediata: y éste es que se trata de un mecanismo funcional de aparato en que ellos ejercen su actividad. “Una organización de este tipo desarrolla, justamente, una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros. Ella funciona sin estar referida a la persona individual de los conductores; digamos que funciona automáticamente. Sólo es preciso tener a la vista el caso, para nada inventado, de que en un régimen dictatorial la conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas<sup>890</sup>”, continua señalando ROXIN “ Cuando suceden estos acontecimientos, en los cuales, para hablar gráficamente, el manipulador aprieta un botón y se pronuncia una orden de ejecución, se puede confiar en que el ejecutor va cumplir el objetivo, sin necesidad de llegar a conocer a quienes va ejecutar. Tampoco es necesario que recurra a los medios de la coacción o del engaño, puesto que

---

<sup>889</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Op. Cit. pp. 307- 308

<sup>890</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 267.

sabe que cuando uno de los muchos órganos que colaboran en la realización de los delitos no cumpla con su tarea, inmediatamente va entrar otro en su lugar, sin que se vea perjudicada en su conjunto, la ejecución del plan”<sup>891</sup> Sobre la base de estos argumentos ROXIN concluye que<sup>892</sup> “El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos que deben situarse frente a los de coacción y de error, es una tercera forma de autoría mediata, que radicaría en la fungibilidad de los ejecutores”<sup>893</sup>

En este último caso, nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato, que es punible como culpable por mano propia. Pero estas circunstancias son irrelevantes en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas respecto al actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante. El ejecutor es, en la medida en cada instante, una ruedita cambiante en la máquina de poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos<sup>894</sup>.

Esta especie de “autor tras el autor”, que ya había sido aceptada por la jurisprudencia alemana con la teoría subjetiva del *animus auctoris*, fue fundamentada por ROXIN con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender

---

<sup>891</sup> *Ibidem*.

<sup>892</sup> DONNA, ALBERTO, *Op. Cit.* pp. 307- 308.

<sup>893</sup> ROXIN, Claus, *Op. Cit.* p. 278.

<sup>894</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *Op. Cit.* p. 309.

materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría del “hombre de atrás”. En ese aspecto se pronuncia ROXIN señalando que “El fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa<sup>895</sup>”

El primer elemento de este mecanismo funcional es, para ROXIN, el “dominio de la organización”: Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado de una comprensión cotidiana del concepto de “ dominio del hecho”, se nos pone inmediatamente de relieve que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta como lo hace el inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad “habitual<sup>896</sup>. ROXIN señala que es el elemento “organización” la columna vertebral del hecho delictivo y advierte que “ De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato, en

---

<sup>895</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 270.

<sup>896</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?*, En Revista Penal N° 6 (2000), disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/84/79> p. 104.

virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito<sup>897</sup>”.

Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para ROXIN, la “fungibilidad del ejecutor”. Es decir, el ejecutor debe ser “libremente intercambiable”<sup>898</sup>: “En este grupo de casos (...) no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del “hombre de atrás” irrelevantes, porque desde una posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más que en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que “el hombre de atrás” ocupe también junto a él el centro del suceso”<sup>899</sup>

Finalmente, ROXIN añadía un tercer elemento que denominaba como “limitación del dominio de la organización

---

<sup>897</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 273.

<sup>898</sup> MUÑOZ CONDE, Op. Cit. 105.

<sup>899</sup> ROXIN, Op. Cit. p. 272.

a aparatos al margen del Derecho”<sup>900</sup> en ese sentido según ROXIN debe describirse así: “ De la estructura de la organización se deduce que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico, Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento Jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del “ hombre de atrás”<sup>901</sup>. Pero- dice ROXIN- con los criterios de poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente- de modo distinto a como originalmente había creído- las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho de los hombres de atrás. Hay que añadir todavía factores que en sus consecuencias califico como “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada<sup>902</sup>”

Este elemento se asemeja a los conceptos con los cuales SCHROEDER y HEINRICH intentan explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. Schroeder habla de una “disposición condicionada a actuar y Heinrich de una “inclinación al hecho típica de la organización” por parte del ejecutor. También el Tribunal Supremo Federal alemán

---

<sup>900</sup> MUÑOZ CONDE, Op. Cit. p. 105.

<sup>901</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 274.

<sup>902</sup> ROXIN, Claus. *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, Op. Cit., p. 246.

menciona- acaso influido por Schroeder entre los argumentos para la autoría mediata de los hombres de atrás en organizaciones delictivas “la disponibilidad incondicional del que actúa inmediatamente para realizar el tipo”. Tales circunstancias no pueden fundamentar control alguno del que actúa inmediatamente por que incluso por muy “dispuesto”, “decidido” o “inclinado al hecho” que pueda estar, esto no cambia en absoluto la libertad responsable de su actuar. Distinto, es sin embargo, que se comprendan tales posturas como elementos la manera de obrar específica de una organización delictiva. Entonces no solo resultan decisivos para la aceptación junto a los tres factores ya citados (...) un aspecto del dominio de la organización<sup>903</sup>.

ROXIN para de la idea de “que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, “más preparado para el hecho” que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás<sup>904</sup>.

La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros

---

<sup>903</sup> ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 247.

<sup>904</sup> *Ibidem*.

individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causas de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. (...) Se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o el error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada “por los de arriba”<sup>905</sup>

## **B. Principales aspectos de insuficiencia de la teoría en los postulados originarios de su formulación dogmática originaria**

Los aspectos que considero ROXIN necesario para la imputación como autor mediato principalmente en su propuesta primigenia de 1963 son tres: a) disposición del

---

<sup>905</sup> *Ibidem.*

aparato de poder b) desvinculación del ordenamiento jurídico c) fungibilidad de los ejecutores, estos presupuestos han ido variando con el pasar del tiempo, y en algunos casos se fueron añadiendo algunos nuevos aportes como *la disposición incondicional al hecho* que fue planteado por SHROEDER y tomada en cuenta por ROXIN en el año 2006 en un libro homenaje al mencionado jurista. Los aspectos que fueron principalmente criticados desde el origen de esta propuesta, se centraron en la “responsabilidad del ejecutor” y en la “fungibilidad” que dieron sustento principal a la autoría mediata, sobre la desvinculación del ordenamiento jurídico también se han expresado ideas, pero no se han discutido mucho sus alcances, puesto que es un tema que se considera menos discutible en aspectos de ilícitos en criminalidad organizacional. Es así que la literatura científica nacional e internacional, desde Alemania hasta otros continentes centrarían sus críticas y empezarían a cuestionar el “principio de responsabilidad” que según ROXIN no era causal de impunidad, tanto para el hombre de adelante como para el hombre de atrás, ambos tenían el dominio, el hombre de atrás el dominio del hecho central, y el ejecutor el dominio de la acción directa, y por tanto respondían penalmente por la comisión de los ilícitos, la cuestión entre tanto, se debatía en torno a la tradicional autoría mediata, que fue dogmáticamente creada para tapar las lagunas penales en los casos en que se utilizaba a personas con déficit de responsabilidad, pero que participaban en la comisión de ilícitos penales, utilizados por otro, que no intervenía en los hechos, pero que se valía de este déficit para concretar sus ideales delictivos, ROXIN diría

ante esto que la instrumentalización a la que él hacía referencia no era la falta de conocimiento en el hecho delictivo, sino precisamente, que al integrar una organización criminal, el ejecutor no se haya en la posibilidad de poder tener facultad primordial ni entregar nada esencial a la comisión del hecho, sino que solamente era como una especie de lacayo al servicio del hombre de adelante, que cumpliría las ordenes sin decir ni cuestionar nada, convirtiéndose en su objeto criminal, del que el hombre de atrás podría disponer cuando quería y para lo que él quería.

El segundo aspecto en el cual se centraron las críticas era la de considerar el dominio total del hecho del hombre de atrás, pues si Roxin hacía referencia a la responsabilidad plena del hombre de atrás para la comisión del hecho, asumiría también la posibilidad que éste pueda desistir de la comisión del ilícito y dejar en el vacío los planes de la organización, ante esto ROXIN se pronuncia con una contundente respuesta, la cual sería que cuando los hombres de adelante desistan de la comisión del hecho, la organización podría fácilmente intercambiar esta pieza que no ha servido para en su lugar poner a alguien que de todos modos cumpliría la orden, entre tanto, el propio ROXIN cuestionaría sus ideas al mencionar esto, ya los críticos de la teoría dirían que si el autor decide ser libre y dejar de lado el hecho criminal y por tanto desistirse de cometerlos no cabría el dominio del hecho del hombre de atrás, y por tanto, al recurrir a un amplio número de ejecutores fungibles no haría más que aceptar la falta total del dominio del hecho del hombre de atrás, pues si sus ejecutores deciden por cuenta propia no ser más

participes de estos hechos criminales estaría asumiendo una responsabilidad plena sobre todos los hechos, matando o dejando de matar, el ejecutor es dueño de sus decisiones, y por tanto el hombre de atrás no domina el hecho concretamente. Posteriormente, como ya se ha tratado líneas arriba aparecería en el nuevo milenio una inclusión a la tesis bajo los aportes del Profesor SHROEDER de 1965 en su obra denominada “el autor detrás del autor”, y que Roxin tomaría en cuenta para su nueva posición sobre la fungibilidad añadiéndole a ella “*la disposición incondicional al hecho*”.

## **V. Propuesta de una solución normativista: la coautoría como respuesta al problema de autoría mediata por aparatos organizados de poder**

### **A. Antecedentes**

Esta propuesta parte de una conferencia que dictamos en Argentina en el año 2013; la cual denominamos: “autoría mediata en aparatos organizados de poder: una revisión normativista de sus postulados” y es sobre ello que sustentamos nuestra posición desde el punto de vista normativo funcional, la cual amerito una posterior publicación junto a renombrados juristas<sup>906</sup> en las cuales también figuraría el creador del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder el renombrado maestro de Múnich: Claus ROXIN*. Nosotros asumiremos

---

<sup>906</sup> CORCINO BARRUETA, Fernando. *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: una revisión normativista de sus postulados*. En Jorge Buompadre, Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013. *Passim*.

desde ya una postura normativa, postura que fue defendida a lo largo de todo el presente trabajo.

Así tenemos que el paradigma tradicional en torno al cual gira el Derecho penal es el del delito de resultado material, *- consumado y de autor único*<sup>907908</sup> todo lo demás es secundario, esta es la base sobre la cual se desarrolla el Derecho penal tradicional, en ese contexto la tentativa es secundaria en relación a la consumación, la participación es secundaria del actor único individual, por ejemplo los delitos de peligro son secundarios en relación a los delitos de resultado material.

El utilizar estos paradigmas para los hechos ocurridos en las modernas sociedades, genera una serie de problemas sobre todo cuando se trata de atribuir un título de imputación a aquel que haya intervenido en la comisión de un delito, es decir, cuando debemos de calificar su intervención, frente a ello se tiene que si el delito es cometido por una sola persona

---

<sup>908</sup> POLAINO – ORTS, Miguel. *Delitos de organización como Derecho penal del enemigo* en JAKOBS Günther / POLAINO – ORTS, Miguel. *Delitos de organización: un desafío al Estado*. 1ª edición. Grijley – Lima 2009 pp. 63 -65 afirmando a la vez que los actos en los que interviene más de un sujeto se construía y analizaba desde el punto de vista del autor individual, lo que ha determinado que la dogmática evite desarrollar una teoría del injusto del sistema centrándose por ello en las estructuras del injusto del individuo y no del sistema, concluyendo por ello que aun en los supuestos de intervenciones colectivas el paradigma imperante es el del autor individual. Por lo que en dichos casos (cuando se trataba de varios intervinientes la responsabilidad de cada uno de ellos se verificaba de manera individual, en función de su concreto aporte y de la infracción concreta de su rol, pero la pertenencia a la organización delictiva no aportaba nada a su injusto individual

(injusto individual) la determinación de la autoría no representa mayor problema; en atención a que la conducta delictiva ha sido completamente preparada, ejecutada y consumada por una sola persona; los problemas comienzan a avizorarse cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas en los que se destaca la pertenencia a un aparato organizado y criminal (los miembros de organizaciones terroristas, o de narcotráfico, o de extorsión organizada, o de tráfico y explotación de personas, y también los que forman parte de organizaciones criminales estatales), se suscita entonces una doble problemática: en primer lugar, la representada por la naturaleza material de la aportación al delito de cada uno de los concurrentes; y, en segundo lugar, la constituida por la clase de responsabilidad contraída por ellos<sup>909</sup>; de modo tal que aparecerán figuras como las de autor directo, mediato, coautor, instigador y cómplice.

Esta situación adquiere relevancia práctica y los problemas se hacen notorios cuando se tiene que atribuir responsabilidad por la comisión de un delito a un individuo, cuando éste ha actuado dentro de un colectivo típico, es decir en aquellos delitos en cuya configuración han intervenido varias personas, a lo que surge la pregunta lógica de si todos los intervinientes deben responder penalmente de la misma manera.

Los problemas que presenta la autoría y participación parten en principio porque la intervención delictiva es concebida

---

<sup>909</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel /VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho penal parte general*. 5ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – 1999. p. 733

erróneamente como una forma de autoría individual, utilizando para la imputación de un comportamiento reglas tradicionales como el concepto de causalidad, dolo y decisión común del hecho, mayormente porque aún hasta hoy en día, en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial el dominio del hecho sigue siendo el criterio determinante para fundamentar la imputación delictiva, cuando por el contrario debe entenderse que “la atribución normativa es de mayor jerarquía que el dominio”<sup>910</sup> el cual en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva.

En este plano podemos afirmar que figuras como la del **autor intelectual o autor de escritorio** encierra serias dificultades de comprensión, sobre todo cuando estas se presentan en supuestos típicos del jefe de una banda o de quien ejerce el dominio de un aparato organizado de poder en algunos casos o de instigador en otros, y todo ello a decir de JAKOBS porque **la dogmática tradicional ha circunscrito el sentido de la intervención delictiva a la autoría individual en vez de asumir la tarea de descifrar la semántica de la actuación conjunta**<sup>911</sup>

En este contexto vemos que en Latinoamérica y más concretamente en Perú<sup>912</sup> y en Argentina<sup>913</sup> -conforme ya lo

---

<sup>910</sup> JAKOBS Günther. *El ocaso del dominio del hecho*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2000. p. 90

<sup>911</sup> JAKOBS, Günther; *Intervención delictiva y comprensión social* (Traducción de José Antonio CARO JOHN) – Manuscrito inédito.

<sup>912</sup> Esta figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder también fue utilizada para condenar líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente acumulado 560 –2003) Así tanto en la sentencia de la Sala Penal Nacional (13/10/2006), como en la

*referimos precedentemente-*, al juzgarse casos de criminalidad estatal y paraestatal en los que tiene que atribuirse responsabilidad penal a los llamados autores de escritorio, quienes no intervienen directamente en la ejecución del delito. Se viene aplicando con mayor frecuencia la teoría del dominio de la organización; en ese sentido, el 7 de abril de 2009, es una fecha que no pasará desapercibida para el Derecho penal peruano, puesto que a partir de ese día se ha marcado un hito en la discusión de uno de los capítulos más trascendentes y apasionantes de la dogmática penal, como lo es el referido a la intervención delictiva o comúnmente llamada autoría y participación, ese día se concluía el primer mega proceso seguido en contra del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, por delitos contra los derechos humanos en los que se acumulaban los siguientes

---

Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (14/12/2007), lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización terrorista. Al aplicarse dicha figura a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de los delitos cometidos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

<sup>913</sup> Cfr. El reciente fallo expedido por la Corte de Mendoza (28/10/2011) en la causa “Crímenes contra la Humanidad. La aplicación de la desaparición forzada y la tortura en la República Argentina. Realidad social y regulación jurídica. 1975-1983” seguida contra: Eduardo SMAHA BORZUK, Paulino Enrique FURIÓ ETCHEVERRI, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Dardo MIGNO PIPAON y Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, este fallo sigue el lineamiento establecido por la Corte Suprema Argentina en las sentencias de 1985 y 1986 en el juicio a las juntas militares que dictaminó condenas a Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, Orlando Agosti, Roberto Viola y Armando Lambruschini.

casos: **La Cantuta** (por la desaparición de un profesor y nueve estudiantes), **Barrios Altos** (por la muerte de diecisiete personas) **Sótanos del SIE** (por el secuestro de un empresario y un periodista), los mismos que comprendían el juzgamiento por los delitos de: asesinato, lesiones graves y secuestro agravado. Mega proceso que concluyó condenando al ex Presidente Fujimori como autor mediato de los delitos antes señalados, a veinticinco años de pena privativa de libertad.

Tal vez, uno de los aspectos más trascendentes y controversiales de esta sentencia, radica en el título de imputación asignado al ex mandatario **-el de autor mediato-**, sobre todo teniendo en cuenta que para establecer dicho título el tribunal encargado del juzgamiento –en congruencia, tanto con la sentencia de extradición emitida por la Corte Suprema de Justicia de Chile, como con la acusación formulada por el Ministerio Público- utilizó la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder; construcción dogmática elaborada por ROXIN<sup>914</sup> en 1963, -y que por cierto cincuenta años después es sometida a críticas muy severas-.

Sin duda alguna, la condena al ex Presidente Fujimori, y sobre todo las herramientas dogmáticas y jurídicas utilizadas para dicho fin, han generado y seguirán generando opiniones encontradas al respecto, unas a favor y otras en

---

<sup>914</sup> ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización. En: Problemas actuales de dogmática penal* (Traducción de Manuel Abanto Vásquez) 1ª edición. Ara Editores. Lima 2004. pp. 223 y ss.

contra<sup>915</sup>, y es así como la discusión académica sobre un tema tan controvertido se verá enriquecida a partir de las soluciones que de ella se desprendan.

## **B. La autoría mediata desde el normativismo**

JAKOBS en su obra *el ocaso del dominio del hecho*<sup>916</sup> nos menciona la existencia de cuatro supuestos de autoría mediata: a) competencia primaria por el comportamiento, b) competencia por la condición del instrumento, c) competencia independiente de la conducta, d) condición parcial del instrumento.

Nos dice Jakobs que en la autoría mediata el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presente desde el punto de vista fenotípico como una conducta de una persona, esto es, como comportamiento de así llamado instrumento. Por consiguiente, “instrumento” es de naturaleza con apariencia humana. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero de las fuerzas instrumentales no responsables. Pero se debe de tener en cuenta que no es el mero uso del carácter de naturaleza del instrumento, y, en este sentido, no es un dominio lo que

---

<sup>915</sup> Por todos vid. AMBOS, Kai/ MEINI, Iván; *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores. Lima 2010 passim, en dicha obra se concentran trece trabajos en los que se analiza la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en la sentencia al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori.

<sup>916</sup> JAKOBS, Günther; *El ocaso del dominio del hecho*. Op. Cit. p. 108

conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento. b) En este supuesto, competencia por la condición del instrumento, el autor mediato debe responder por la conducta del autor inmediato, porque ha organizado la condición del instrumento de éste, y, a través de ello, de modo mediato también la conducta. La competencia del hombre de atrás por causación de defecto de imputación sólo puede generarse si la causación supone un riesgo no permitido, esto es, lesiona el derecho de la víctima de no sufrir tal configuración del mundo. Este es el caso cuando el autor mediato desorienta de modo no permitido al instrumento o no revoca, de modo no permitido, una desorientación existente, o lo coloca de modo no permitido en una situación de justificación, atacándolo antijurídicamente, o lo coacciona mediante una amenazada de muerte para que realice una determinada conducta, o lo embriaga mediante engaño, etc., es decir lo coloca de modo no permitido en una situación en la que queda excluida la imputación a su persona. Por lo tanto, quien convierte a persona en naturaleza responde de lo que la naturaleza puede hacer. c) Con la identificación de competencia independiente de la conducta, JAKOBS agrupa los casos de una conducta específica respecto de la protección de niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o defectos psíquicos. En el ámbito de la autoría mediata, y específicamente en los casos de competencia independiente de la conducta, siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posteridad. d) En esta categoría, de condición parcial del instrumento, se abordan casos de autoría mediata, en los

que el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo evitable acerca de la realización del tipo de injusto corresponde a su comportamiento, o entra en un esto de mera imputabilidad reducida o, siendo un instrumento coaccionado, se equivoca de modo evitable no viendo una salida al dilema sin intervenir en bienes ajenos<sup>917</sup>.

### **C. La autoría mediata en aparatos organizados de poder**

1. **Los postulados** La concepción de la autoría mediata en aparatos organizados de poder desarrollada por ROXIN<sup>918</sup> plantea cuatro elementos que a modo de resumen describiremos:

- **La existencia de un aparato de poder organizado:** Implica que posea una estructura jerárquica, con numerosa cantidad de miembros y funcionamiento casi automático, lo que hace que no sea decisiva la persona individual que actúa<sup>919</sup>. Se trata de una organización estructurada que posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su cúpula dirigenal por las decisiones delictivas que se adopten. Las cuales, posteriormente le serán asignadas al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su estructura. Los aparatos de poder a los que se hace

---

<sup>917</sup> BERRUEZO, Rafael, *Autoría y Participación*. B de F, Buenos Aires, 2012, p. 54

<sup>918</sup> ROXIN Claus. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*. traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid – 1998. pp. 267 y ss.

<sup>919</sup> ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Op. Cit. p. 270

referencia desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del que da las órdenes, sino, en el mecanismo funcional del aparato<sup>920</sup>, esto es, su automatismo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este funcionamiento automático del aparato lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden, es decir, que permita al “hombre de atrás” contar con la realización del hecho<sup>921</sup>. Esta estructura jerárquicamente organizada supone el control de los ejecutores a través del aparato de poder por parte del hombre de atrás.

- **Fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores**<sup>922</sup> Dentro de los aparatos organizados de poder un elemento determinante que garantice el cabal cumplimiento de las ordenes delictivas se centra en la fungibilidad de los ejecutores; es decir, en la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, que es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos. El ejecutor es sólo un “engranaje” reemplazable en la

---

<sup>920</sup>Ibídem.

<sup>921</sup>FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva; *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Editorial Comares. Granada – 2006. p. 12

<sup>922</sup>ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. p. 270

maquinaria de poder<sup>923</sup>. Esto es, una “ruedecilla intercambiable en cualquier momento en el engranaje del aparato de poder”<sup>924</sup>, sin importar la persona individual que efectivamente ejecuta y sin necesidad de que el hombre de atrás tenga que conocer al ejecutor directo. En este caso el líder podrá confiar que se cumplirán sus órdenes de modo que si alguno de los ejecutores no realiza lo ordenado, inmediatamente otro ocupará su lugar, asegurando de esta manera la ejecución global del plan<sup>925</sup>. Esta posibilidad de reemplazar al ejecutor por otro aseguraría el cumplimiento de las órdenes criminales, en caso que el actor inicial falle o se desista del intento; el ejecutor constituye una simple pieza en la maquinaria que es la organización<sup>926</sup>. Mediante su negativa a cumplir la orden el ejecutor no puede impedir la ejecución de la misma a través de otro, sino tan sólo sustraer su contribución al hecho ordenado por el líder<sup>927</sup>.

Desde este enfoque la fungibilidad incidirá, en la mayor probabilidad de realización del resultado delictivo ya que el aparato de poder contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en

---

<sup>923</sup>ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. p. 224

<sup>924</sup>ROXIN, Claus; *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Op. Cit. p. 403

<sup>925</sup>FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva: Op. Cit. pp. 122 - 123

<sup>926</sup>PARIONA ARANA, Raúl; *Autoría mediata por organización*. Op. Cit. pp. 96 - 97

<sup>927</sup>FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva: Op. Cit. p. 123

ningún momento el cumplimiento de la orden estará en riesgo.

- ***La organización debe estar desvinculada del derecho***<sup>928</sup> El apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional, en estos casos, el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico<sup>929</sup> . Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho, precisándose que el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él<sup>930</sup>. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos<sup>931</sup>. En esa misma dirección, FARALDO

---

<sup>928</sup> ROXIN Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Op. Cit. pp. 273 -274

<sup>929</sup>ROXIN, Claus; *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Op. Cit. p. 407

<sup>930</sup>ROXIN, Claus; *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Op. Cit. p. 245

<sup>931</sup>ROXIN, Claus; *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*. Op. Cit. p. 408

CABANA hace referencia a un “derecho suprapositivo” que estaría representado por el orden jurídico internacional: “explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural”<sup>932</sup>.

Para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de criminalidad organizada no estatal y en muchas formas de aparición del terrorismo<sup>933</sup>.

- ***La marcada predisposición a la realización del hecho ilícito*** Elemento que se incorpora en el año 2006 en un trabajo que ROXIN realiza para el Libro Homenaje del Prof. SCHROEDER<sup>934</sup> que consiste en la disposición

---

<sup>932</sup> FARALDO CABANA, Patricia; *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004. p. 208

<sup>933</sup>ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. p. 238

<sup>934</sup>ROXIN, Claus; *Dominio de la organización y resolución al hecho*. En: *La teoría del delito en la discusión actual* (Traducción de Manuel Abanto Vásquez) 1ª edición. Ara Editores. Lima 2007. pp. 513 y ss., anteriormente Roxin se había mostrado bastante crítico sobre la admisibilidad de este requisito al afirmar: “ Y es que incluso es indiscutible que la aceptación de un ofrecimiento, cuando está fuera de toda duda la resolución de cometer el hecho en quien se ofrece, solamente es una inducción. Además, el dominio de la organización se basa precisamente en que, debido a la intercambiabilidad

interna del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Se trata de un factor eminentemente psicológico que provoca una mayor cohesión e identificación del autor con el aparato de poder. Esta identificación interna del ejecutor con los fines de la organización aumenta el dominio del hecho del nivel superior estratégico del aparato organizado de poder respecto de la ejecución de los hechos delictivos. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de la orden sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por quien se encuentra en la cúpula de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos<sup>935</sup>. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y someterá a sus designios. De esta manera, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho<sup>936</sup>.

---

del ejecutante, no interesa la resolución hacía el hecho del particular” En ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. p. 241

<sup>935</sup>ROXIN, Claus; *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Op. Cit. p. 247

<sup>936</sup>PARIONA ARANA, Raúl; *La doctrina de la “disposición al hecho”. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?* En: *JUS Doctrina & Práctica*. Grijley. Lima - 2008. p. 42

Así, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo de una estructura no gubernamental como en los supuestos de criminalidad organizada. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista un estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y predispuestos a realizar los hechos que se les indiquen, en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmite a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo.

#### **D. La insuficiencia de sus postulados**

La autoría mediata en aparatos organizados de poder presenta una seria inconsistencia metodológica en su construcción, por cuanto, la cuestionada figura presupone la existencia de un autor mediato con dominio del hecho y a continuación la existencia de un autor inmediato que también posee dominio del hecho; por lo que resulta imposible construir una autoría mediata teniendo al hombre de adelante -al ejecutor- que es autónomo en sus decisiones y que actúa dolosamente, ello implica la desnaturalización de la autoría mediata como categoría jurídica, de modo tal que los postulados que la fundamentan son cuestionables

por el lado por donde se les miren; así, en este apartado nos avocaremos a cuestionarlos:

**La fungibilidad** de los ejecutores, que es considerado como un elemento característico de esta forma de autoría mediata, por la cual se establece que si uno de los miembros no ejecutaba la orden el otro lo hacía, esta formulación lo único que hace es revivir la vieja teoría de la causalidad hipotética en el sentido de que si yo no lo hubiera hecho, el otro hubiera sido; la fungibilidad así concebida, no sirve para construir una imputación, no puede haber imputación más insegura que la de hacer depender la atribución de responsabilidad en base a esas cuestiones hipotéticas que son pura naturaleza y puras presunciones, en ese sentido a decir de JAKOBS<sup>937</sup> la fungibilidad del ejecutor es a lo sumo, un mero dato naturalístico, sin relevancia alguna en el plano normativo

Así también la fungibilidad demuestra que el hombre de atrás no tiene dominio del hecho; por cuanto se establece que el ejecutor actúa libremente, entonces si su intervención es libre y voluntaria, queda claro que el hombre de atrás ni domina la voluntad del ejecutor ni domina el aparato.

Esta apreciación de la fungibilidad se sustenta en un criterio al que llamaremos **consistencia de organización**; según este criterio la organización puede prescindir de la fungibilidad al encontrar el aseguramiento del hecho en su

---

<sup>937</sup>Citado por PEÑARANDA RAMOS, Enrique; Autoría y participación en la empresa. En SERRANO- PIEDECASAS, José Ramón / DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Directores); Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico. Colex. Madrid – 2008. p. 172 nota 39

propia consistencia organizativa, esta consistencia en las grandes organizaciones criminales tiene y tuvo motivos que difícilmente podrían ser traicionados por ninguno de sus integrantes, por mencionar dos casos: el Nacionalsocialismo y Sendero Luminoso, cuya base era la ideología; la formación de sus miembros era en base a un compromiso y fidelidad a la ideología, esto a partir de una formación en distintas disciplinas, entonces al existir una formación sólida que podía asegurar el cumplimiento concreto de los deberes que provenían de los altos mandos, se omitía pensar en el criterio de la fungibilidad. Ej. La maquinaria nazi, era desde la cúspide de sus altos mandos hasta los miembros que se encontraban en la parte inferior, una organización estructurada y muy sólida, todos tenían un rol, una división de funciones y perseguían un mismo fin, es decir, no hay necesidad de remplazar a los elementos que ejecutan la orden; el hombre de atrás debe tener la plena seguridad de que la realización se encuentra bajo los parámetros de sus cálculos, ya que formo a los miembros precisamente para no necesitar intercambiar piezas, existe una gran certeza de que el líder ha formado a sus súbditos para depender siempre de ellos, no cabe romper la lealtad (tal vez en miembros infiltrados), pero los que se quedan y deciden pertenecer a la organización es porque han acatado y aceptado la finalidad y los objetivos planteados por esta, la búsqueda de cumplir los fines es la misma para todos, o así también en el caso Fujimori el cual pone de manifiesto SCHROEDER<sup>938</sup>

---

<sup>938</sup> SCHROEDER Friedrich-Christian. *El salto del autor detrás del autor al otro lado del atlántico*, En SAAD-DINIZ, Eduardo/ FALCONE, Andrés

señalando que: “ la sentencia del caso Fujimori pone de manifiesto la fragilidad de la fungibilidad”. La sentencia evidencia que Fujimori había provisto los más altos puestos de las cúpulas militares, los servicios secretos y de la policía con gente de máxima confianza. Y que precisamente estas personas de confianza son difícilmente fungibles<sup>939</sup>

En ese orden de ideas la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la autoría mediata, puesto que si se reconoce que el ejecutor actúa libremente, es decir si tiene capacidad de decisión, la actividad del hombre de atrás constituiría una mera labor de inducción<sup>940</sup>, ello en atención a que la cualidad lesiva del ejecutor no es dominada por el hombre de atrás.

Otro problema interesante que se presenta en este punto es el que engloba la naturaleza de la orden, de modo tal que existe la necesidad de establecer si es que ésta, se da en un contexto militar o paramilitar (en el caso de organizaciones terroristas) en donde rige la máxima “las ordenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones” al parecer en este contexto existe cierta flexibilidad en cuanto al contenido de la orden, ello por cuanto no existe seguridad de que la disposición emanada desde la cúpula vaya a ser cumplida en el momento en el que se da, ello presenta un problema serio,

---

(Coordinadores) Fundamentos y Dogmática Penal, 1° edición, Ad-Hoc, Buenos Aires 2013, p. 203.

<sup>939</sup> *Ibidem*.

<sup>940</sup> SPENDEL citado por SCHROEDER, Friedrich-Christian; *Disposición al hecho versus fungibilidad*. En: AMBOS, Kai/ MEINI, Iván; La autoría mediata. El caso Fujimori. Op. Cit. p. 119

sobre todo cuando se requiere del concurso de ejecutores altamente calificados o especializados, los mismos que por su propia naturaleza son irremplazables<sup>941</sup>—*posibilidad que se encuentra latente dentro del seno de las organizaciones criminales*- en cuyo caso, no se podría hablar de una autoría mediata sino muy por el contrario estaríamos frente a una inducción, en tanto los hombres de atrás no se conviertan en autores mediatos a través de la presión coactiva que ejerzan.

**Sobre la desvinculación del derecho**, este elemento a nuestro parecer demuestra una superficialidad notoria, por cuanto decir que la organización debe estar desvinculada del derecho, es afirmar algo absolutamente evidente en el Derecho penal, porque fundamentalmente ***existe imputación cuando alguien se desvincula del derecho, la imputación es precisamente apartarse de la norma, es apartarse del derecho***, eso es algo absolutamente básico que toda sociedad conoce, de modo que si alguien se desvincula del derecho está haciendo algo malo y por tanto algo imputable, de manera que exigir la desvinculación del derecho como un elemento imprescindible en la doctrina de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es algo tan superfluo que no aporta absolutamente nada, no solamente en esta teoría, sino en todo el Derecho penal, puesto que si el autor con su conducta no se desvincula del derecho no hay ningún problema; desde el punto de vista penal solamente existe un problema jurídico penal cuando alguien se desvincula del derecho.

---

<sup>941</sup> ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. pp. 231 - 232

## **E. La solución normativista: la coautoría como respuesta al problema**

El progresivo apartamiento de los fundamentos naturalístico y ontológicos que ha experimentado la dogmática penal durante el último cuarto del s. XX, y la correlativa normativización del derecho penal, ha ejercido influjo también en el ámbito de la autoría y la participación delictiva. De entrada, la *terminología tradicional* de autoría y participación ha quedado en nuestra opinión, *obsoleta*. Autoría y participación son dos conceptos demasiados apegados a criterios ontológicos, criterios que, como hemos visto, ni siquiera el legislador sabe distinguir con precisión y acierto. Por ello, es técnicamente más correcto aludir a los diferentes grados de responsabilidad penal con el término de *intervención delictiva*. La intervención no alude, preferentemente, el acto físico (ontológico) de tomar parte en algo (participar) ni al ser causa de algo (autor) sino a la vinculación jurídico-penal entre sujeto responsable y un acto penalmente relevante. Un delito supone, necesariamente, la infracción de una norma y tal infractor de la norma es el “*autor*” como el “*participe*”. En todo caso, el infractor de la norma (el *interviniente*) queda unido al delito mediante un vínculo jurídico que llamamos intervención delictiva. Esta *vinculación entre sujeto y acto será gradualmente cuantificable* cada sujeto responderá por su intervención correspondiente<sup>942</sup>.

---

<sup>942</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel /POLAINO-ORTS, Miguel, Op. Cit. Temas fundamentales de Dogmática Penal y de Política Criminal., p. 193.

La intervención delictiva se ocupa, por tanto, de un problema de *cuantificación* de la *responsabilidad penal*. En concreto, se ocupa de un interrogante fundamental de todo sistema jurídico: *quien responde, cómo responde y por qué responde penalmente* por su intervención delictiva<sup>943</sup>.

Vista la comprensión de la concepción normativa de la intervención delictiva, debemos establecer cuáles son los criterios en las cuales se basa para la imputación de hechos concretos, que también nos servirá para la comprensión de la imputación al hombre de atrás que se sirve del aparato organizado de poder, siendo tal y como lo señalan POLAINO NAVARRETE/ POLAINO-ORTS<sup>944</sup>, desde el punto de vista normativo funcional, la intervención delictiva gira en torno a *cuatro ideas fundamentales*:

- De un lado, en la intervención delictiva se distinguen diferentes grados o estadios, que son propiamente grados de cuantificación de la responsabilidad penal, esto es, grados que expresan la vinculación entre sujeto y comportamiento delictivo.
- De otra parte, el problema de la intervención delictiva es una cuestión de imputación penal, de tal suerte que los diferentes grados de representan magnitudes de imputación, y – por tanto- de verificación de la responsabilidad penal. Simplificando podemos decir, pues, que intervención es igual a imputación.

---

<sup>943</sup> *Ibidem*.

<sup>944</sup> *Ibidem*.

- Entre los diferentes grados de intervención delictiva, no existe una diferencia fenomenológica ni cualitativa, sino meramente cuantitativa. Todos los intervinientes, son pues igualmente responsables del hecho delictivo: el delito es suyo, de todos aquellos sujetos que, de manera más o menos intensa, quedan vinculados con el delito de manera penalmente relevante
  
- Finalmente, todo interviniente tiene en común otro aspecto fundamental: interviene es quien infringe la norma. La infracción de la norma le confiere, pues, el *quid* normativista a cada sujeto que de este modo, queda identificado frente a los demás sujetos y se hace acreedor a la categoría técnica de interviniente delictivo, y- por ello- de penalmente responsable.

En ese sentido, y ya vista la comprensión del autor mediato (especialmente al que actúa dentro de un aparato organizado de poder) según nuestra perspectiva, éste debe ser tratado como coautor, lo que no puede aceptarse de ninguna manera es que el cabecilla de la organización sea considerado como autor mediato por diversas razones:

- Los ejecutores no son instrumentos ni del jefe de la organización, ni tampoco de la organización como lo señala la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, sino que son responsables de su propio hecho, más exactamente, responsables junto al señor de la

organización<sup>945</sup>, de modo tal que no puede hablarse de una autoría mediata.

- Sí la organización existe, es indiferente entonces que los ejecutores sean intercambiables, puesto que al fin y al cabo este criterio es obtenido a partir de una analogía con el autor individual<sup>946</sup>, bien como autor que obra por sí mismo, bien como autor mediato. Pero la intervención delictiva no se refiere en lo absoluto al paradigma del autor individual, sino a la semántica social de la comunidad delictiva y en la constitución de esa semántica no existe razón alguna para admitir una coautoría sólo cuando un interviniente brinda una aportación esencial en la fase ejecutiva; él puede aportar cuando quiera y cuando pueda, con tal que la aportación que realice vaya a determinar la configuración de la ejecución.
  
- En el caso de los autores de escritorio es absolutamente válido admitir a la coautoría como título de imputación, así éste no haya intervenido en la fase ejecutiva del delito, lo único que se exige es una prestación cuantitativamente suficiente<sup>947</sup> que determine el sentido delictivo del hecho, va a depender, pues, únicamente del significado social que tenga cada aporte, y ese significado puede consistir en que la ejecución admita ser llevada a cabo exitosamente, incluso sin una determinación común para el hecho.

---

<sup>945</sup>JAKOBS, Günther; *Intervención delictiva y comprensión social* (Traducción de José Antonio CARO JOHN) – Manuscrito inédito.

<sup>946</sup> Ibídem.

<sup>947</sup>JAKOBS, Günther; *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*. En: AMBOS, Kai/ MEINI, Iván; *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Op. Cit. p. 110.

En efecto, el punto de partida de la concepción normativa de la coautoría encuentra su raigambre en la teoría del sujeto global: el sujeto de acción al cual se atribuye el conflicto es la comunidad colectiva de coautores, esto es, la unidad organizativa de personas vinculadas a la comunidad personal. Terminológicamente, sin embargo, se ha señalado que resulta más adecuado hablar de un hecho global<sup>948</sup>. Una posible definición del concepto sería la siguiente: las diferentes aportaciones personales- de cada persona- se agregan, en virtud de una vinculación cuyo fundamento radica en la división de trabajo, en una organización global que constituye una expresión de sentido de infracción de la norma<sup>949</sup>.

Entonces, bajo este criterio, frente a la corriente doctrinal general de exigir un acuerdo en común o recíproco para la configuración de la categoría de la coautoría, actualmente se está produciendo fundamentalmente entre un sector cada vez más numeroso de la doctrina alemana, y apuntando, aunque tímidamente aún, entre la española, la tendencia a matizar e incluso a negar (...) como requisito subjetivo esencial de la coautoría, por considerarlo un

---

<sup>948</sup> DENCKER, citado GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; ¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares. En DÍAZ – MAROTO Y VILLAREJO, Juan (Editor); Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio Gonzáles – Cuellar García. Madrid – 2006. p. 197.

<sup>949</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; Op. Cit. p. 197.

elemento de naturaleza subjetivo esencial psicológica y por tanto naturalístico, al que no se le puede otorgar relevancia para establecer la responsabilidad de cada uno de los intervinientes<sup>950</sup>.

Conforme a la teoría de la “anexión de la decisión delictiva”, la posibilidad de una coautoría o participación- en sentido amplio- unilateral fue utilizada por LUDEN para fundamentar la imputación de aportaciones ajenas, independientemente de que las consecuencias jurídicas en este caso sean diferentes a los de la participación recíproca. En caso de participación recíproca, si además cada aportación individual realiza la parte objetiva del hecho delictivo, la responsabilidad penal de todos va ser idéntica<sup>951</sup>.

Lo que realmente sucede en el caso de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es que nos encontramos frente a una clara distorsión de la figura de la autoría mediata, la misma que ha sido esbozada de modo tal que el instrumento que ejecuta materialmente el acto no responda penalmente por su conducta, básicamente porque el hombre de atrás se aprovecha de un defecto cognitivo del instrumento para finalmente dominar su voluntad y de esta manera involucrarlo en el plano de la culpabilidad.

Luego de las consideraciones previas, realizadas en el presente trabajo nos atrevemos a afirmar que está

---

<sup>950</sup> GARCÍA DEL BLANCO, Op. Cit. p. 602.

<sup>951</sup> LUDEN citado GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, Op. Cit. p. 602.

cuestionada figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, en la cual el instrumento es penalmente responsable por su conducta al igual que quién dirige o controla la organización, no es más que una clara manifestación de la coautoría y ello porque de acuerdo a las características establecidas no se puede concebir una autoría mediata en donde el instrumento responda igualmente que quien domina su voluntad, lo que nos lleva a inferir que si tanto el que instrumentaliza como el que ejecuta o cumple la orden, responden penalmente por el hecho, el único título de imputación que cabe es el de **coautor**, y ello se fundamenta básicamente en la plena responsabilidad del ejecutor<sup>952</sup> lo que se manifiesta con el carácter complementario o conjunto de las aportaciones realizadas en los distintos niveles de la organización en cuanto a los efectos producidos en el exterior de la misma. Así en el caso de organizaciones criminales al existir una responsabilidad conjunta en la intervención delictiva del hecho, se advierten la concurrencia de los dos presupuestos sobre los que se asienta la coautoría, entendidos de la siguiente manera:

- **División del trabajo o reparto de roles** (El jefe de la banda que configura la organización, planifica y da la orden, y por otro lado el ejecutor que cumple con la misma)

---

<sup>952</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; Op. Cit. p. 202

- **Aporte esencial de los intervinientes** Este aporte comprende el poder de co-configuración del hecho que posee cada interviniente<sup>953</sup>.

#### **F. Principales críticas a la propuesta de solución normativista**

De entre las críticas dirigidas a la tesis de la coautoría, destacan aquéllas que ponen de relieve la ausencia de algunos de los presupuestos básicos para poder apreciar esta figura, así como también las que se centran en la imposibilidad de atribuir el mismo nivel de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho<sup>954</sup>.

Los defensores de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder<sup>955</sup>, señalan que es incorrecto calificar como coautores a quienes actúan en organizaciones criminales por las siguientes razones:

- No existe división del trabajo, por cuanto en organizaciones complejas es poco probable que el jefe y el ejecutor se conozcan, lo que implica la existencia de una separación espacial.
- La coautoría comprende una relación de horizontalidad entre los intervinientes, mientras que en la autoría mediata existe

---

<sup>953</sup>CORCINO BARRUETA, Fernando; Coautoría, imputación objetiva y semántica social. En: KINDHÄUSER, Urs/ POLAINO – ORTS, Miguel/ CORCINO BARRUETA, Fernando; Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal. Grijley. Lima – 2009. pp. 132 -133

<sup>954</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 360

<sup>955</sup> Por todos ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. pp. 233 – 235

una relación vertical entre el que da la orden y el que la cumple.

- No existe una realización conjunta por cuanto la intervención del hombre de atrás es anterior a la ejecución.

Estás críticas partieron de considerar a la coautoría como dominio funcional en virtud de la teoría del dominio del hecho planteada por ROXIN, este autor rechaza la coautoría en el dominio de la organización por encontrarse ausente estos elementos, de este modo le responde a JAKOBS principal representante de la tesis de la coautoría, es así que en Huelva en 1998, ROXIN le dice a Jakobs que “la coautoría exige una resolución y ejecución conjunta de ilícitos, algo que en estos casos no existe, ya que la instrucción de una orden y su observancia no son una determinación común. En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el ejecutor y el autor de escritorio no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados en el mismo nivel”. “El que actúa ejecuta una orden, esto es precisamente lo contrario a una resolución conjunta. JAKOBS no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar conjuntamente el hecho (...) con ello la coautoría pierde sus contornos, decía ROXIN en aquella ocasión<sup>956</sup>. Además, señala Roxin “la coautoría está estructurada horizontalmente (como actividad pareja, simultánea, y fundamentadora de comunidad), mientras que la autoría mediata está estructurada verticalmente<sup>957</sup>, ROXIN fundamenta que: “Falta decisión de realizar conjuntamente el hecho, que es el presupuesto de la

---

<sup>956</sup> BAILONE, Matías. *El dominio de la organización como autoría mediata*, Academia Bolivariana de Ciencias Jurídico Penales, Cochabamba 2007. p, 17

<sup>957</sup> ROXIN, Autoría y dominio del Hecho en el Derecho Penal, Op. Cit. p. 726

actuación en coautoría. Generalmente, en los delitos en el ámbito de los aparatos de poder organizados el que ordena y el ejecutor no se conocen. Tampoco se da una ejecución común, lo que de acuerdo con una discutida pero correcta interpretación es también un elemento constitutivo de la coautoría. El "burócrata" no ejecuta nada por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que se sirve del órgano ejecutor. Desaparecen los contornos de la coautoría y se borran todas las diferencias frente a la autoría mediata y la inducción, cuando se incluye en la coautoría la orden de un hecho<sup>958</sup>. En cualquier caso, ellos no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados al mismo nivel. El que actúa ejecuta una orden. Esto es precisamente lo contrario de una resolución conjunta. JAKOBS no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar conjuntamente el hecho<sup>959</sup>". De este modo ROXIN, cierra su círculo teórico-crítico al señalar la carencia de estos presupuestos para la imputación del hombre de atrás como autor mediato.

## **G. La superación de las críticas de la propuesta de solución normativista**

### **1. Sobre el distanciamiento espacial entre el jefe y el ejecutor:**

---

<sup>958</sup> ROXIN, Claus. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, p. 63

<sup>959</sup> *Ibidem*.

Al respecto se debe afirmar que la formulación tradicional de la autoría de un “querer y realizar conjunto” se encuentra con la dificultad teórica de afirmar que tanto jefe como ejecutor quieren y realizan conjuntamente un hecho, cuando en muchos casos no se conocen entre sí. ROXIN señala al respecto que “**las personas que no saben nada la una de la otra, no actúan conjuntamente tal y como lo exige la ley**”<sup>960</sup>, lo que determina la inexistencia de una resolución común hacia el hecho, por cuanto el hombre de atrás y el ejecutor material ni siquiera se conocen, por lo que no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango<sup>961</sup>.

Sin embargo ello nos conduciría a afirmar que en el caso de que una persona contrate a un equipo de profesionales para llevar a cabo un robo, sin que estos se conozcan entre sí para evitar posibles delaciones en caso de ser atrapados por la policía, no pueda afirmarse una coautoría entre quienes cometen el robo. **Lo determinante va a ser la vinculación entre dichas personas con motivo de la división del trabajo, puesto que esto es lo que realmente configura el término conjuntamente**<sup>962</sup>. Es por ello que, bajo el presupuesto de la división del trabajo como elemento central de la coautoría, ésta concurre cuando entre el colectivo típico se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución en cualquiera de los estadios del delito. De modo tal que las

---

<sup>960</sup> ROXIN, Claus citado GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; Op. Cit. p. 200

<sup>961</sup> ROXIN, Claus; *La autoría mediata por dominio en la organización*. Op. Cit. p. 233

<sup>962</sup>GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit. p. 201

personas que no toman parte de la ejecución también determinan su configuración. Existen casos límite en los cuáles el ejecutor lo único que hace es poner en marcha “la maquinaria delictiva” previamente preparada<sup>963</sup> a esa contribución se sumará el aporte del interviniente que continúe delictivamente el hecho<sup>964</sup>.

Ahora los hechos que se les atribuyen a estos aparatos organizados de poder necesariamente, se van a llevar a cabo a través de una compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, alimentos, vehículos, financiamiento, y sobre todo el garantizar impunidad para sus miembros, que supone toda intervención compleja). Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos nunca podrán suceder, en cuyo caso resulta irrelevante que el jefe de la organización y el ejecutor material se conozcan, lo que interesa es que cada uno de ellos cumpla con prestar su aporte en el marco de la división del trabajo en que se ha configurado esa organización delictiva.

## **2. Sobre la horizontalidad de la coautoría:**

El cuestionamiento realizado en este punto se sustenta en que la imputación de coautoría solo es posible emplearla en el caso de personas situadas en un mismo nivel jerárquico y por lo tanto relacionadas conforme a un plano horizontal y

---

<sup>963</sup>CORCINO BARRUETA, Fernando; Op. Cit. p. 133

<sup>964</sup>JAKOBS, Günther; *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*. Op. Cit. p. 110

no vertical<sup>965</sup>. En este sentido se hace referencia a la diferenciación estructural básica que existe sobre la coautoría y la autoría medita, dada la evidente relación de subordinación que existe (una persona se encuentra bajo las órdenes de otra).

Sobre el particular cabe afirmar que esto en parte es cierto y en parte no, por cuanto una estructura organizada de poder se caracteriza por que hay una persona que dirige en la cúpula con unos mandos intermedios y unos ejecutores, según nuestro criterio la verticalidad a la que se alude existe y se hace notoria solo hasta los mandos intermedios, llegando a desaparecer en el momento en el que los ejecutores realizan su intervención; así cuando llega el momento en el que los ejecutores materiales prestan su aporte, ***esta relación de verticalidad se horizontaliza***, y esta horizontalidad se fundamenta en la sencilla razón, de que el ejecutor que intervine en un aparato organizado de poder actúa libre y voluntariamente, es decir puede decidir la no realización del hecho y simplemente no participar de él, incluso puede ayudar a la víctima a fugarse, a huir y salvarse de este peligro; entonces esa relación de horizontalidad se da precisamente en el momento de la ejecución en donde sale a relucir el dominio de éste sobre el hecho, ubicándose en el mismo plano , y prácticamente en el mismo nivel del que da la orden, dejándose de lado la tantas veces aludida verticalidad propia de la autoría mediata.

---

<sup>965</sup>ROXIN, Claus; La autoría mediata por dominio en la organización. Op. Cit. p. 235

La calificación *normativista* de la concepción aquí analizada despliega sus primeros efectos a la hora de plantear una respuesta a esta cuestión. En ese sentido, puede sostenerse que en el plano normativo ambos, tanto hombre de atrás como el hombre de adelante, son reconocidos como personas y, por lo tanto, como iguales: el reconocimiento como persona implica el reconocimiento como a un igual, estableciéndose entre ambos un plano horizontal<sup>966</sup>. En el actuar autorresponsable del ejecutor no existe, *desde el punto de vista normativo*, ninguna superioridad de quien dicta la orden<sup>967</sup>. De manera absolutamente congruente con ello, cuando el ejecutor no es reconocido como persona- por causas pertenecientes a la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad- entonces se produce, de nuevo en el plano normativo, una relación jerárquica de subordinación ( plano vertical) y, por tanto, de autoría mediata<sup>968</sup>.

Ahora normativamente se puede afirmar que la relación de jerarquía no tiene ninguna trascendencia toda vez que mientras las personas se comporten de manera plenamente responsable, todas ellas se encuentran en el mismo nivel jurídico (el de personas)<sup>969</sup>. De hecho la relación de jerarquía puede observarse como una forma de división del trabajo, y por tanto como una forma de relación horizontal.

---

<sup>966</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; Op. Cit. p. 202

<sup>967</sup> JAKOBS, citado GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos; Op. Cit. p. 202

<sup>968</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit. p. 202

<sup>969</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit. p. 202

### **a) Sobre el distanciamiento temporal:**

En este punto cabe resaltar que con la distinción entre la intervención en fase preparatoria y en fase ejecutiva. Existe una tendencia natural a considerar que los aportes realizados en la ejecución tienen mayor peso que los realizados con anterioridad; sin embargo ello constituye una visión extremadamente naturalista de la cuestión, en tanto que lo realmente determinante es el establecer hasta qué punto una contribución, independientemente del momento en que se produzca, ha configurado notablemente la organización global.

Como ha podido observarse, las posiciones doctrinales más recientes derivadas de la teoría del dominio del hecho, tienden, en mayor o menor medida, hacia la normativización de criterios de delimitación de la autoría. Y se atiende por imputar penalmente un hecho delictivo cuando intervengan varios sujetos según su aporte a la organización típica, organización global o llamada también comunidad organizativa.

JAKOBS señala que se trata de una “infracción colectiva del deber”<sup>970</sup>, la misma que debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, porque puede suceder que la ejecución fáctica del delito no implique un mayor dominio del hecho y si bien hacia afuera puede configurar el quebrantamiento del Derecho (la arrogación de organización

---

<sup>970</sup> JAKOBS, Günther; *El ocaso del dominio del hecho*. Op. Cit. p. 92.

ajena), hacia adentro sigue siendo una prestación más - aunque sea la última- junto con otras que la han precedido en el tiempo. Ello no significa que en la mayoría de supuestos delictivos el autor no configure el delito con un dominio del hecho cuantitativamente mayor, esto suele ser así, y por eso aquél tiene una competencia preferente por el hecho<sup>971</sup>.

Se da una comunidad organizativo- normativa, según las palabras de JAKOBS, cuando una organización que existe con anterioridad a los hechos, está especialmente configurada de tal manera que se conecta con el contexto del delito, y ello debido a que entonces la organización anterior y la ejecución del hecho están conectados objetivamente, incluso por definición<sup>972</sup>. Así, lo único que considera imprescindible para la existencia de coautoría es la comunidad normativa entre los coautores, que pudiéndose basar en un acuerdo entre ellos- entendido en forma objetiva-, solo requiere que los sujetos hayan mezclado sus círculos de organización de tal forma que cada coautor pueda organizar con facultades para los demás, como si se tratase de un contrato de representación de una sociedad civil a favor de alguno de los socios que hace que las actuaciones del mismo obliguen al resto.<sup>973</sup> La relación entre las distintas aportaciones al hecho puede basarse en un acuerdo, pero no debido a una *identidad de la voluntad*

---

<sup>971</sup> ROSALES ARTICA, David. *La coautoría en el derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?*, Op. Cit. p. 45.

<sup>972</sup> LESCH, Heiko. *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?*, Revista del Poder Judicial, 2000, p. 95.

<sup>973</sup> JAKBOS citado por GARCÍA DEL BLANCO, 2006, Op. Cit. p. 602.

*subjetiva*, sino debido a un *acuerdo objetivo sobre el comportamiento*, que fundamentan la superación del riesgo permitido y con ello la competencia conjunta por el todo<sup>974</sup>. La conducta culpable adquiere sentido de una intervención punible por infringir la vigencia de la norma, adaptándose de ese modo a un colectivo típico. La infracción de la norma es el elemento que vincula la obra individual del actuante con el tipo, entendido como colectivo de infracción<sup>975</sup>. Dentro del colectivo típico cada interviniente es por igual imputable objetivamente. No existe un determinado interviniente que tenga un papel más protagónico que el otro de manera que se le pueda llamar “eje central” del suceso, ni tampoco otro del que se conciba que no domina el hecho y que interviene en una posición “secundaria” en un hecho ajeno dominado por un autor<sup>976</sup>. Para la coautoría normativa se considera suficiente una “resolución de “adaptación “o decisión de ajustarse (...) por parte del sujeto que no ejecuta la acción típica, es decir, un acuerdo unilateral que vincule su aportación con el hacer del ejecutor, el cual no tiene por qué conocerla siquiera<sup>977</sup> . Entonces para los casos en que no exista una aportación concreta en la etapa de ejecución nos dice JAKOBS, que cuando existan las decisiones unilaterales de adaptación o de ajuste al hecho “con la que el participe no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración

---

<sup>974</sup> LESCH, Heiko, Op. Cit. p. 95.

<sup>975</sup> CARO JOHN, José Antonio. *Participación delictiva y deber de solidaridad mínima*, en *Derecho Penal y Sociedad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 38.

<sup>976</sup> CARO JOHN, Op. Cit. p. 39.

<sup>977</sup> Cfr. JAKOBS, Derecho penal. Parte general, 1997, p. 747.

vincula su aportación al hacer del ejecutor”<sup>978</sup>. Así menciona JAKOBS que la intervención en la fase preparatoria va ser fundamento de la imputación de la ejecución ajena como propia siempre que tenga un concreto sentido social: un sentido de continuidad delictiva<sup>979</sup>. Por tanto, los coautores no responden únicamente por la aportación al hecho que realizaron, sino por todo el hecho en conjunto, de tal manera que se le hace co-responsable por toda la obra delictiva en su totalidad plena. Si el ejecutor emplea el modelo ya formado previamente, entonces el hecho porta- tanto en las obras buenas como en las malas- no sólo su “sello” sino también el de los productores del modelo<sup>980</sup>.

Por ello existe la posibilidad de una coautoría a través de una intervención en fase previa. La intervención en la fase previa queda vinculada con la ejecución no por medio de una decisión común de los agentes de cometer el hecho, sino por su sentido de ser continuada a través de una ejecución delictiva<sup>981</sup>. En todo caso lo que nos interesa en esta forma de intervención delictiva es el poder configurador del hecho que tiene el autor de escritorio sobre el resultado típico.

---

<sup>978</sup> Ibidem.

<sup>979</sup> JAKOBS citado GARCÍA DEL BLANCO, Op. Cit. p. 607.

<sup>980</sup> JAKOBS Günther. *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010, p. 109.

<sup>981</sup>JAKOBS, Günther, Op. Cit. p. 110.

## CONCLUSIONES

El marco pasado y el actual en que se han venido desarrollando los acontecimientos históricos tales como los del nacionalsocialismo, el terrorismo de Estado, la lucha armada en el Perú, etc., nos ha conllevado a estudiar un punto específico de este tipo de delincuencia organizada en las cuales se utilizan aparatos de poder para la comisión de ilícitos, el criterio de responsabilidad penal de los que integran tales aparatos, que vienen siendo conformados desde grupos terroristas hasta grupos políticos legitimados, este tema que viene siendo objeto de debate por parte de los penalistas por ya muchos años, nos ha conllevado a realizar una investigación desde el ámbito de la responsabilidad penal de quienes integran estos aparatos, así, BOLEA BARDON nos dice “ las organizaciones criminales constituyen un fenómeno muy complejo de difícil aprehensión con las formas de autoría y participación”<sup>982</sup>.

Durante las últimas décadas ha podido ir observándose la secular dualidad ontologismo/normativismo que ha inspirado el inicio de la discusión de la cuestión receptora de teorías contrapuestas que, o bien encuentran la clave de la delimitación entre autores y partícipes en la naturaleza misma de las cosas, o bien aseguran las diversas manifestaciones mediante estrictas creaciones valorativas.

---

<sup>982</sup> BOLEA BARDON, Op. Cit. p. 366.

Así ya en el pasado como en el tiempo actual, aparece el nombre del Profesor Claus Roxin con su aporte a la autoría y participación, el análisis de los crímenes nazis, para determinar que no podía generarse la impunidad de estos, ha encontrado apogeo en las últimas tres décadas de nuestro tiempo, asumiéndose como una construcción válida para solucionar casos en lo que “*el hombre de atrás*” instrumentaliza a un ejecutor plenamente responsable para la comisión de ilícitos, que en su mayoría- o por lo menos ha sido desarrollado desde esta óptica- son crímenes contra la humanidad; estos hechos en los que se utiliza una maquinaria de poder, legitimada por el derecho- *como en el Nacionalsocialismo-* o simplemente creadas en la clandestinidad- *el caso Sendero Luminoso-*, han encontrado en la teoría de ROXIN un tratamiento especial para poder responsabilizar penalmente a quienes lideran y tienen el poder de mando en magnas organizaciones criminales.

Esta tesis ha sido recogida por la jurisprudencia de los tribunales supremos de Alemania, Perú, Argentina, etc., descargando la polémica en penalistas de renombre internacional, esta polémica siempre giro en torno al título de imputación con el que se calificaba a los grandes líderes de organizaciones criminales bajo la calificación de *autor mediato*, basándose y acogiendo los tribunales la tesis de ROXIN como fundamento valido para la solución de este tipo de casos, pero con el transcurrir del tiempo, e inclusive desde su exposición en la década del 60, la teoría de ROXIN encontró adeptos y detractores, tal es el caso del Profesor Günther JAKOBS quien cuestiono primigeniamente la figura de *autoría mediata*, planteando como una solución práctica *la coautoría*, así mismo han habido autores como GIMBERNAT ORDEIG quien se inclina por la tesis de *la inducción*, o

HERNÁNDEZ PLASENCIA quien acoge *la complicidad necesaria*, como es de verse, todos estos autores han señalado su inconformidad con la tesis de ROXIN, cuestionado puntos específicos como el de la fungibilidad, la instrumentalización, el apartamiento del ordenamiento jurídico y los diferentes aspectos esenciales que lleva consigo.

Nosotros por nuestra parte tampoco compartimos los planteamientos del Profesor ROXIN, consideramos que tiene falencias desde varios puntos de partida tanto terminológicos como prácticos; por lo que siendo ello así, hemos asumido una postura- que desde nuestra concepción jurídico penal- forma parte de la solución fáctica de los casos en donde existan aparatos organizados de poder conformada por mandos centrales, mandos intermedios y ejecutores, por lo que a lo largo de la presente investigación hemos dejado plasmada nuestra posición normativo funcional inclinándonos por la tesis de la *coautoría*.

Debemos señalar que si bien es cierto que la posición de la *coautoría* ya ha sido defendida anteriormente, pero, nosotros, nos hemos adentrado a un ámbito más profundo de la tesis de ROXIN, para cuestionar no solo lo que tradicionalmente se había cuestionado, sino, como ya debe haber advertido el lector, llegar a puntos cada vez más específicos, que desde luego forman parte de nuestra tarea minuciosa e investigadora.

Hemos llegado a esta conclusión luego del análisis y crítica de los siguientes puntos:

La primera falencia que hemos encontrado aquí es calificar de *autor mediato* al que tiene el poder de mando en una organización criminal, sosteniendo esta idea y toma de posición que parte claramente desde nuestra postura- *ya que muchos se inclinan por*

*esta tesis: el de la coautoría-*, defendemos y cuestionamos claramente que calificar a alguien como autor mediato sin que haya instrumentalizado a otro es sumamente rechazable.

El primer enfoque que hemos realizado es el cuestionamiento primigenio de la terminología empleada para calificar al “hombre de atrás”, “autor de despacho”, “autor detrás del autor” o simplemente “líder de organización criminal”, quien es considerado para los partidarios de la teoría de ROXIN como *autor mediato*. En principio esta calificación de *autor mediato* presenta una de las más claras falencias de la tesis roxiniana, ya que emplear este término es adentrarse a un marco jurídico, en que la utilización de personas con fines criminales, requiere que estas tengan un desconocimiento del injusto o actúen a través de coacción por parte del que instrumentaliza, es decir existe el que fuerza o engaña que es quién se encuentra detrás del hecho, y el que realiza la acción directa, a través de estos presupuestos de engaño o error; los que realizan la acción directa en completa instrumentalización no asumen una posición de responsabilidad propia respecto al delito.

Y en este punto es precisamente que ROXIN utiliza el mismo criterio jurídico penal de imputación para el hombre de atrás, pero esta nueva variante se da cuando existan maquinarias de poder que cometen delitos valiéndose de sus ejecutores plenamente responsables, cuando dicha figura fue sometida a cuestionamientos ROXIN se ha justificado señalando que la llamada “*instrumentalización*”, no es una instrumentalización tradicional -*si así quisiéramos llamarla-*, es una instrumentalización en la que el ejecutor al integrar el aparato se vuelve un objeto de este, al cual se utiliza para sus fines criminales, consideramos esta justificación como vacía y carente

de fundamento dogmático, por cuanto no puede decirse que existe una instrumentalización solo porque alguien ha decidido formar parte de un aparato criminal, dejando a criterio cerrado, el hecho que en la mayoría de casos sea el hombre de adelante un ejecutor libre y totalmente responsable, es esta situación precisamente la que niega toda autoría mediata del hombre de atrás, tal y como aduce JAKOBS señalando que “ (...) dichos delincuentes no dominaban instrumento alguno, en forma de ser humano, sino que trabajan conjuntamente con personas responsables, aunque corruptas- tan corruptas como ellos mismos- y en todo caso, *cuantitativamente* menos responsables”<sup>983</sup>

Sí ROXIN parte teóricamente de que se trata de responsabilizar penalmente a quien se encuentra detrás del hecho delictivo, a quien lidera al aparato criminal, a quien tiene el poder de mando, esto sin prescindir de la responsabilidad penal del que tiene el dominio directo de la acción, desnaturalizaría con esta tesis la propia esencia de la autoría mediata, ya que según ROXIN el que recibe órdenes no se encuentra coaccionado ni tampoco en virtud de error, este: el “*hombre de adelante*”, es plenamente responsable de su accionar, que en todas las circunstancias es doloso, por lo tanto no escapa de la persecución penal, tampoco atenúa, ni se exculpa de la pena, ya que en todo momento ha conocido el accionar delictivo.

En segundo término hemos dejado en claro que la *fungibilidad* a la que se refiere la teoría encontraría su máxima falencia en la consistencia de la organización, es decir, si existe una organización formada plenamente, no cabe necesidad de que

---

<sup>983</sup> JAKOBS Günther. *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010, p. 106.

exista intercambiabilidad de ejecutores; el desistimiento de alguno de ellos demostraría el poco dominio que ejerce el señor al mando de la organización. Asimismo, existen casos en los que los ejecutores que poseen una especialidad o sean altamente cualificados para determinadas labores como los son por ejemplo: Los francotiradores o ejecutores capaces de manejar armas de alta gama y con un tiempo requerido de preparación, estos por su propia condición resultan ser insustituibles, dado que son especialmente entrenados para determinadas actividades, así también por ejemplo, los que se preparan para la desactivación de bombas no pueden ser frágilmente intercambiables, entonces no cabría la posibilidad de la *fungibilidad*, en ninguno de sus extremos, ya que si se intercambia a un desertor el hombre de atrás no tiene el dominio del hecho puesto que el ejecutor desistió del accionar voluntariamente, por tanto el señor de la organización no tiene el pleno dominio del hecho; y si se posee dos ejecutores con conocimiento especial para el accionar delictivo, en caso desertara el primero y entrara a tallar el segundo con conocimiento especial, el hombre de atrás no tendría la seguridad que señala ROXIN, esa seguridad que la propia organización garantiza el aseguramiento del hecho, ya que se mostraría como una organización inconsistente, no cabría garantía de la propia esfera organizativa, el solo hecho de tener un as bajo la manga en casos haya desertado un ejecutor con cualidad especial no es característica de las organizaciones criminales con integrantes plenamente organizados que conocen y ejecutan su función.

Concluimos también sobre *la verticalidad* que según ROXIN es otra característica de esta forma de intervención delictiva. Que, la verticalidad presupone la existencia de una organización en la que roles se hayan dividido jerárquicamente, a decir, se tiene mandos

o dirigentes centrales (*el hombre de atrás*), mandos intermedios (*los que derivan la orden*), y ejecutores (*los que consuman la orden*) ,en ese sentido ROXIN señala que la estructura de la organización delictiva debe ser vertical , es decir, como principio de jerarquías cada uno de los niveles se encuentra en sujeción con el otro; visto desde esta forma no cabría duda que *los ejecutores* cumplan a cabalidad las ordenes derivadas tanto de *los mandos centrales a través de los mandos intermedios o de los mandos centrales directamente*, dada la condición de subordinación que existe; pero al señalar que los ejecutores son plenamente responsables de sus actos la estructura vertical termina en este nivel y se convierte en una estructura *horizontalizada*; y este cambio tiene su fundamento en el accionar deliberado y libre que tiene el ejecutor, por lo que ya no cabría la posibilidad de que el ejecutor actue instrumentalizado y pertenezca a una organización totalmente *vertical*, esta verticalidad cabría solo en una orden bajo *coacción*, estamos aquí ante circunstancias generalmente en las cuales el ejecutor deja de estar bajo la presión de quien lo subordina y ejerce su libertad de hacer o no hacer, y ello convierte a la estructura en una organización que solo tiene verticalidad hasta quien transmite la orden, más no hasta quienes lo ejecutan. El ejemplo que ha servido de sustento factico en este trabajo fue el del desaparecido líder de la maquinaria Nazi: *Adolf Hitler.*, Hitler planeo la matanza de los judíos con la llamada *solución final*, pero este a su vez derivó los planes a Adolf Eichman quien tenía en su quehacer el hacer válida la ejecución del plan a través de los ejecutores, visto de esta forma, si tomamos el caso Eichman como ejemplificador, concluiremos sobre la *horizontalidad y la verticalidad* lo siguiente.

Si se quiere hablar de *Verticalidad* existen tres pasos que se sigue aquí en el Holocausto Nazi para su configuración; Primero.- La elaboración del plan de la solución final al mando de Adolf Hitler y la derivación de la orden al coronel Eichman; Segundo.- Eichman recibe la orden de la solución final judía, indicándosele que organice a los grupos judíos para que ingresen a un campo de concentración que tenían dentro cámaras de gas y puedan exterminar a los judíos. Solo existe verticalidad hasta estos dos puntos, el punto que rompe la regla de verticalidad es el siguiente: Tercero.- Eichman organiza las tropas nazis, les ordena que cumplan la orden a cabalidad, bien entonces para la configuración y ejecución del plan que vino desde las altas esferas lideradas por Adolf Hitler, Eichman advirtió, organizo y lidero a los soldados cuál era la función clara y concreta que tenían que cumplir. En este punto, es que la *verticalidad* encuentra su punto de falencia, la libertad, el dominio de la acción, la decisión final sobre el hecho la tienen los soldados ejecutores nazis, ya que al no existir coacción pueden desistir de los hechos ordenados, y a los que cumplieron la orden se les atribuye una clara responsabilidad penal, es así, que no han perdido su calidad de conocimiento del injusto, por lo tanto no han sido instrumentalizados, ni han sido considerados objetos, por tanto, no se puede hablar de una *verticalidad*, si los que ejecutan la orden pueden asumir cumplirla o desistir de ella, aquí los hechos se hacen *horizontales*, tanto el que da la orden como el que la ejecuta se encuentran en el mismo nivel y condición: el de persona, que solo puede ser excluido cuando el ser humano pierde su calidad, y es utilizado como un objeto por otro que lo instrumentaliza, y se vale de él para la comisión de ilícitos, hecho que no sucede de ninguna manera en estas formas de criminalidad.

Nosotros hemos propuesto que para este tipo de delitos en los que tenga que juzgarse a una *organización criminal estructurada*; que el título de imputación del “*hombre de atrás*” sea el de coautor, esto ha cobrado significado luego de haber analizado las principales categorías de esta teoría roxiniana. Ello porque, *La autoría mediata del hombre de atrás* ha señalado libremente que puede castigarse penalmente a dos autores plenamente responsables, esto desde ya es inconcebible, en todo caso, al señalar *responsabilidad de dos o más intervinientes en el hecho* debemos asumir la coautoría como criterio de imputación,

La coautoría tradicional, la que han asumido los tribunales, y que científicamente- nace también de la idea de ROXIN-, y es la que se considera como criterio para solucionar casos prácticos, ésta coautoría Roxiniana se vale del dominio del hecho, o precisamente el dominio funcional de hecho como criterio delimitador de la responsabilidad penal, es decir, cuando exista pluralidad de intervinientes en un delito, solo es posible imputar el hecho a los que intervienen en él siempre y cuando cada uno de ellos haya tenido el dominio funcional del hecho, es decir, cada aporte debe ser *conditio sine qua* al hecho central, y que cada uno de ellos domine con su aporte el hecho final, si esto no ocurriere, si solo existen aportes secundarios al hecho, este será considerado no como *coautor*, sino como partícipe, estos presupuestos, propuestos por ROXIN, y como ya se ha expresado a lo largo del presente trabajo requiere de tres condiciones en concreto: a) acuerdo en común, b) división de funciones, c) tomar parte en la ejecución; bajo estos presupuestos ha respondido ROXIN que el aporte delictivo de “*el hombre de atrás*” no encuadraría en esta trilogía, porque no existe un acuerdo en común, es decir no existe un consenso a la hora de determinar la realización de los hechos

entre el líder del aparato y el ejecutor, éste último solo se limita a cumplir órdenes, tampoco existe la división de funciones porque el que ordena no difiere que funciones se deben realizar en concreto con el hombre de adelante, y por último el señor de la organización no toma parte en la etapa de ejecución, ósea jamás se ensucia las manos, esta tarea se la deja a los súbditos, de modo que para la coautoría tradicional Roxiniana, solo podríamos considerar la acción del señor de la organización como *autoría mediata*.

Sin embargo, nosotros hemos demostrado líneas arriba, que una visión desde un punto de vista normativo funcional indicaría que la acción delictiva del hombre de atrás, está más que sustentada para encuadrar en la coautoría.

De modo que hemos llegado a determinar que el “acuerdo común” o “determinación conjunta” como presupuesto de coautoría para estos casos, y a lo que ROXIN señala como un acercamiento entre el *hombre de atrás y el ejecutor material*, como fundamento necesario e indispensable de la coautoría no existe en la figura de los autores de escritorio, puesto que en la mayoría de casos ellos no se conocen, al afirmar dicha situación se estaría obviando la esencia que todos conocemos de las grandes organizaciones criminales estatales, así como las clandestinas, en las cuales la característica fundamental viene a ser la *constitución deliberada y exclusiva de sus miembros*, y que a partir de ello lo único que cuenta es el aporte objetivo de cada uno de los intervinientes, quienes deben prestar un aporte que tenga poder configurador del hecho y para ello no es necesario que exista un acercamiento entre el líder de la organización y el ejecutor, lo único que cuenta finalmente será la magnitud del aporte y si este proviene de sujetos plenamente responsables entonces indubitablemente nos

encontraremos frente a una actuación conjunta, una actuación de coautores.

El segundo presupuesto de la *coautoría*, el de la “división de funciones”, que sería el punto de quiebre a la hora de calificar la intervención delictiva, y sobre el particular han asumido los partidarios de la tesis de ROXIN, que no existe esta *división de trabajo entre el hombre de atrás y el ejecutor material*, asumiendo que el *ejecutor*, solo se limita a cumplir las órdenes, más no realiza una división de funciones con el “*hombre de atrás*”, esto- y como ya se ha señalado en este trabajo- al respecto debemos tener en cuenta que sostener lo precedentemente afirmado resulta insostenible y propia de una visión eminentemente fenomenológica, por cuanto de las actuaciones conjuntas que hemos analizado en este trabajo, como el caso del Nacionalsocialismo, el del líder terrorista Abimael Guzmán Reynoso, así como el del ex Presidente Fujimori. Las actuaciones de los líderes o señores de la organización no se limitaron simplemente a emitir ordenes, sino que muy por el contrario su función como líderes, consistió en dotar de condiciones necesarias (financiamiento, armas, alimentos, provisiones, impunidad, etc.) para el cumplimiento de esa orden, y ello básicamente configura un aporte objetivo al hecho propio de una división de funciones o división del trabajo.

Pero, aunque asumiéramos estos dos criterios, quizás la mayoría de partidarios de la tesis de ROXIN, encontraría la falencia más grande en el tercer presupuesto: “el de tomar parte o la participación en la etapa de ejecución”, y al no existir esto el propio ROXIN señala como criterio delimitador la *autoría mediata*.

Nosotros debemos señalar a modo de conclusión que esto dogmáticamente ya ha sido superado, líneas arriba hemos entregado a la comprensión práctica del lector, que la participación en la *coautoría* no se limita a la etapa ejecutiva, basta un aporte esencial en cualquiera de las fases del delito para la determinación de la *coautoría*, esto ocurre cuando se consagra una organización colectiva destinada a la comisión de ilícitos, el que ejecuta, responde igualmente como coautor que el que ha prestado su aporte- que no precisamente es el de ejecutar-, que puede ser en cualquier otra fase del delito, pero necesariamente que contribuye esencialmente al hecho en conjunto, es decir sea una unidad, el delito le pertenece a todos, puesto que al contribuir esencialmente al hecho las personas trabajan conjuntamente, aquí se vulnera la norma desde un colectivo criminal, es decir, no solo vulnera la norma el que mato, si no el que distrajo al vigilante de la calle para que no pueda auxiliar a la víctima, ambos han trabajado juntos en una organización colectiva criminal, ambos han vulnerado la norma con sus aportes, y ambos, aunque haya estado ausente el elemento subjetivo han organizado sus ámbitos de competencia para conjuntamente contravenir el ordenamiento jurídico. Sucede lo mismo en los aparatos organizados de poder, es indiferente que ejecutor y líder se conozcan, así mismo, es indiferente que medie entre ellos un acuerdo en común a cometer el hecho delictivo, ya que el hecho de adecuar la organización personal del uno y del otro, para así conjuntamente prestar distintos aportes a la concreción del hecho criminal es en suma un criterio mucho más objetivo y decisivo que el criterio subjetivo del dominio del hecho.

A lo largo del desarrollo del presente trabajo, ha quedado establecido que no podemos llamar autoría mediata en aparatos

organizados de poder, a una forma de intervención en la cual el ejecutor no solamente es instrumento sino que es alguien plenamente responsable; en ese sentido como puede llamarse autoría mediata cuando todo el mundo es responsable, cuando no se advierte la existencia de instrumentalización alguna del hombre de delante, cuando el hecho es cometido por dos sujetos plenamente responsables, es decir cuando el instrumento no es instrumento porque tienen pleno conocimiento de lo que está haciendo; vista así las cosas podemos concluir que esta doctrina es ya incorrecta desde el punto de vista terminológico, en suma podemos decir que *la autoría mediata en aparados organizados de poder ;no es autoría mediata!*

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber*, Revista Penal, Año 2004

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”* en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 17, Idemsa, Lima 2005.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, Edisofer, Madrid 2001.

AMBOS, Kai, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*, en AMBOS, Kai / MEINI, Iván, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

AMBOS, Kai / MEINI, Iván, *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores, Lima, 2010.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición Akal, Madrid, 1986.

ARENTE, Hannah, *Eichman en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Traducción de Carlos Ribalta, 4ª edición, Editorial Lumen S.A., Barcelona, 2003.

ÁVALOS RODRIGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo código penal alemán*. En Estudios Penales - Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca 1982.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal, Parte general*, 5ª edición, AKAL, Madrid, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 1ª edición, ARA Editores; Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1996.

BAILONE, Matías, *El dominio de la organización como autoría mediata*, Academia Bolivariana de Ciencias Jurídico Penales, Cochabamba 2007.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona, 1994.

BARRETO GUZMÁN, Marco, *Responsable de escritorio y ejecutor material en la criminalidad organizada (Criterios para delimitar la autoría y participación en virtud de aparatos organizados)* en Dogmática actual de la autoría y participación criminal – Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinador), Idemsa, Lima, 2007.

BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / GARCÍA RIVAS, Nicolás / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2ª edición, Praxis, Barcelona, 1996.

BERRUEZO, Rafael, *Autoría y Participación. Desde una visión normativa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2012

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho penal español, Tomo I, El sistema de la Parte general*, Volumen I, JM Bosch Editor, Barcelona, 2005.

BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

BOLEA BARDON, Carolina, *La autoría mediata en algunos supuestos de error*, Revista de Derecho penal y criminología, Barcelona 2003

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 3ª edición, EDDILI, Lima, 2005.

BRUERA, Matilde, *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2006

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Tomo I, Derecho penal, Parte general*, 1ª edición, ARA Editores, Lima, 2004.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Lecciones de Derecho penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

CAMEY MARROQUÍN, Carmen, *Eichmann en Jerusalén: una lectura desde la filosofía de la historia*. Universidad de Navarra, Pamplona 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona 1998.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*. en AMBOS, Kai/ MEINI, Iván; *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana*, en Revista Ita Ius Esto, N° 2, 2008.

CARO CORIA, Carlos, *Código penal: actuales tendencias de la práctica jurisprudencial*, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO JOHN, José Antonio, *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva* En Jorge BUOMPADRE (Director), *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los Profesores Claus ROXIN y Miguel POLAINO NAVARRETE*, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013.

CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, 1ª reimpresión. Grijley. Lima, 2009.

CARO JOHN, José Antonio, *Participación delictiva y deber de solidaridad mínima*, en Derecho Penal y Sociedad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007

CARO JOHN, José Antonio, “*Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Lima, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*, en Aspectos fundamentales de la Parte general del Código penal peruano – Anuario de Derecho Penal 2003, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2003.

CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de Jurisprudencia penal*, 1ª edición Grijley, Lima, 2007.

CARRILLO CLAUDIO, Hernán / MONTELLANOS LLAMOCA, Sonia, *Autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder*, en Revista Jurídica del Perú, Número 129, Noviembre, 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto aniversario. ARA Editores. Lima, 2003.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal – 1/ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, 1ª edición, Grijley, Lima, 2006.

CEREZO MIR, José, *Cooperadores necesarios, coautores y cómplices*, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 11, Idemsa, Lima, 2002.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal, Parte general*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

CHOCANO RODRÍGUEZ Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia Penal – Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia 1997 - 2001*, 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2002.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner, *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal a propósito del caso “Lucchetti” – Montesinos en la resolución de la Corte Suprema*. 1ª edición, Grijley, Lima, 2006.

COBO DEL ROSAL, Manuel /VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, Parte general*, 5ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997.

CORCINO BARRUETA, Fernando, *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: una revisión normativista de sus postulados*. En Jorge BUOMPADRE (Director), *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los Profesores Claus ROXIN y Miguel POLAINO NAVARRETE*, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013.

CORCINO BARRUETA, Fernando, *Coautoría, imputación objetiva y semántica social*. En: KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando; *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *Autoría y participación en un sistema lógico funcional*, en Dogmática actual de la autoría y participación criminal – Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinador), Idemsa, Lima, 2007.

CUERDA RIEZU, Antonio, *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal – Libro Homenaje a Claus Roxin – J. M. Silva Sánchez (Ed. española) / B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias (Coordinadores); JM Bosch Editor, Barcelona 1995.*

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile 1982.

DAZA GÓMEZ, Carlos, *Autoría y participación en la delincuencia organizada*, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Eduardo Montealegre Lynett / José Antonio Caro John (Editores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español, Parte general en esquemas*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal*, en *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1, 1998

DONNA, Edgardo Alberto, *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y participación criminal*, 2ª edición; Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2002.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y participación criminal*, Editorial Comares, Granada 2008.

FARALDO CABANA, Patricia, *La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* N° 13, 2009.

FARALDO CABANA, Patricia, *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*, en SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón / DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid 2008.

FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FARRÉ TREPAT, Elena, *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen

XIII, 1990, Cursos y Congresos N° 63, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Edijus 1999.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Editorial Comares, Granada, 2006.

FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*; 2ª edición – 1ª reimpresión, Editorial Astrea. Buenos Aires 2004.

FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias Supremas y Superiores 1998 - 2001*, Jurista Editores, Lima, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori*. en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico, Parte general*, Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 1ª edición, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA VITOR, Enrique, *La tesis del “Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”* en Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2001.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Filosofía, política, derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia, 2001

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ BENÍTEZ, José, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte general*, 1º edición, Civitas. Madrid, 1984.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares*. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Juan (Editor), *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González – Cuellar García*. Madrid, 2006.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando, *Participación criminal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GORRIZ ROYO, Elena, *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. *Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?*, en Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Anuario de Derecho Penal 2008, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

HEGEL, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1939.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*. En XVI Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología. Ara Editores, Lima 2004.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1996.

HERZBERG, Rolf D., La Sentencia Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder. en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

HUERTA BARRÓN, Rocío y VEGA LLAPAPASCA, Rafael, *Autoría, Cuestiones preliminares, Tipos de Autoría*. En: *Autoría y Participación*, Caballero Bustamante, Lima, 2010.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal, Parte general I*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*. en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

JAKOBS, Günther, *Crímenes del Estado. Ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?*, en DOXA, 1995.

JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

JAKOBS Günther, *Intervención delictiva y comprensión social* (Traducción de José Antonio CARO JOHN), *Manuscrito*.

JAKOBS, Günther, *La intervención delictiva*, en *Derecho Penal y Sociedad – Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coordinador), 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

JAKOBS, Günther, “El Derecho penal no puede resolver los problemas de la sociedad” - Entrevista a Günther Jakobs; en Themis – Revista de Derecho N° 49

JAKOBS, Günther, “*Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización común*”, traducción de María Cuadrado Ruiz, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, Número 59, año 2000 (III).

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vols. I y II, Traducción de Santiago Mir Puig/ Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.

JOURDAN MARKIEWICZ, Eduardo Javier. *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo*, disponible en <http://iusfilosofiamundo.latino.ua.es/>

KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, traducción de Manuel García Morente Espasa Calpe colección Austral, México 1972.

KINDHÄUSER, Urs, *Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*. disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal>

KINDHÄUSER, Urs, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>

KINDHÄUSER, Urs, *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Ara Editores, Lima, 2005.

LAGOS CHANDÍA, Glenda Cecilia, *La inducción*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, en Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 46 mes 2, 1993.

LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003.

LESCH, Heiko, *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?* En Revista del Poder Judicial, 3ª época, número 57 año 2000 (I).

LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

LÓPEZ CALERA, Nicolás, *El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

LÓPEZ, Hernán, *La Autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas*. En: *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*”, Ad-Hoc, Buenos Aires 2011

LÓPEZ PEREGRÍN, María, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Universitas, Madrid 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*. en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLII, 1989.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoraciones de las aportaciones causales*, en Revista de Derecho de Circulación, Número 6. 1984.

MACKINNON ROEHRS, John, *Autoría y participación en el delito de receptación*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002.

MACULAN, Elena, *La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos entre Derecho penal e internacional: Observaciones sobre el caso Fujimori*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°14-05 (2012), <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>. p. 25

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en Dogmática actual de la autoría y participación criminal – Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinador), Idemsa, Lima, 2007.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *“La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación”*, Alvi Impresores Ltda. Bogotá, 2008.

MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham, *La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, en Revista de derecho penal y criminología, 3ª época (8), 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Traducción y notas de Derecho penal español de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general 2*, Traducción de la séptima edición alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAZUELOS COELLO, Julio, *¿Siguiendo siendo el acuerdo de voluntades presupuesto de la coautoría? Comentario a la sentencia N° 3005-2000-Lima, de 18 de octubre del 2000*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 4, Grijley, Lima, 2003.

MAZUELOS COELLO, Julio, *El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual*, en Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima, 2003.

MEINI MENDEZ, Iván, *El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la Sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001)*, en AMBOS, Kai/ MEINI, Iván (editores); *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*. Ara Editores. Lima 2010

MEINI MENDEZ, Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2008.

MEINI MENDEZ, Iván, *Imputación y responsabilidad penal*, Ensayos de Derecho penal, Ara Editores, Lima, 2009.

MEINI MENDEZ, Iván, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 14, Idemsa, Lima, 2004.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, T. II, Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1935.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 8ª edición, Editorial B de F, Buenos Aires 2008.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*. Atelier. Barcelona 2009.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs*. En Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Tomo I, Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coordinador), 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI – Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs* – Guillermo Jorge Yacobucci - Director; ARA Editores, Lima 2005.

MONTOYA VIVANCO, Yván, *La autoría mediata por dominio de organización en el Código penal de 1991*, en *Problemas fundamentales de la parte general del código penal*, José Hurtado Pozo (Editor), Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?*, En Revista Penal N° 6 (Año - 2000), disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/84/79>

NIEWYK, Donald / NICOSIA, Francis, *La guía de Columbia en el holocausto*, Columbia University Press, New York.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PARIONA ARANA, Raúl, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori en AMBOS*, Kai / MEINI, Iván (editores); *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores, Lima, 2010.

PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización*. Grijley. Lima – 2009

PARIONA ARANA, Raúl, *La doctrina de la “disposición al hecho”. ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización? En: JUS Doctrina & Práctica*. Grijley. Lima - 2008.

PARIONA ARANA, Raúl, *La Autoría Mediata en el Delito de Usurpación de Funciones. Consideraciones a propósito de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori*, en Jus Jurisprudencia, Grijley, Lima, 2008

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 6º edición, Editorial Porrúa, México 2003.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid 1990.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Autoría y participación en la empresa*. En SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón / DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Directores); *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Colex. Madrid – 2008.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *La Coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada 1998.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, *El caso de los tiradores del muro de Berlín. a vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo xx*, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N° 23, 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, T. II, Tecnos, Madrid, 2016.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, ARA Editores, Lima, 2015.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel. *Intervención delictiva. Una exposición programática con casos fundamentales*. En: Jorge BUOMPADRE (Director), *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus ROXIN y Miguel POLAINO NAVARRETE*, Contexto, Resistencia-Chaco, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Delitos de organización como Derecho penal del enemigo* en JAKOBS Günther / POLAINO-ORTS, Miguel. *Delitos de organización: un desafío al Estado*. 1ª edición, Grijley, Lima 2009

POLAINO-ORTS, Miguel, *Imputación objetiva: esencia y significado*, en KINDHÄUSER, Urs/ POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2009.

PORTOCARRERO MAISCH, Gonzalo, *Un relato letal. El mito del “Presidente Gonzalo” por Abimael Guzmán*. Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 8 ([https://dl.dropboxusercontent.com/u/60156832/numeros\\_revista/Trama\\_y\\_Fondo\\_30.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/60156832/numeros_revista/Trama_y_Fondo_30.pdf))

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal*. 2º edición. Ed. Aranzadi. Navarra 2000.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita*. en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio/ CARO CORIA, Dino Carlos/ REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir – aspectos sustantivos y procesales*; Jurista Editores, Lima 2002.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Autoría y participación en el delito – Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial*, 1ª edición; Gaceta Jurídica, Lima 2014.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Derecho penal Parte general*, 1ª edición; Gaceta Jurídica, Lima 2009.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique, *Autoría directa, autoría mediata, coautoría*, en Código Penal Comentado – Tomo I / José Luis CASTILLO ALVA / Coordinador, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2004.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons. Madrid 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier. Barcelona 2006.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*. en FRISCH, Wolfgang/ ROBLES PLANAS, Ricardo; *Desvalorar e imputar*. 2º edición. Editorial B de F. Buenos Aires 2006.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2001.

RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús, *Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en el Código penal guatemalteco*, Guatemala, 2007.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El autor mediato en Derecho penal español*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo y CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, I, (artículos 1-22), Ariel, Barcelona 1972.

ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto, *Código penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada*, Tomo I, *Parte general*, 3ª edición, Idemsa, Lima 2007.

ROJAS VARGAS Fidel, *Jurisprudencia penal*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ROSALES ARTICA, David Emanuel, *La coautoría en el Derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.

ROTSCH, Thomas, *De Eichman hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú*. en AMBOS, Kai/ MEINI, Iván (editores); *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores. Lima 2010

ROXIN, Claus, *Apuntes sobre la Sentencia – Fujimori de la Corte Suprema del Perú*. en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores); *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Ara Editores. Lima 2010

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus, *Dominio de la organización y resolución al hecho*. En: *La teoría del delito en la discusión actual* (Traducción de Manuel Abanto Vásquez), 1ª edición. Ara Editores. Lima 2007

ROXIN, Claus, *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En: Revista Penal – N° 18 – Año 2006. disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/293>.

ROXIN, Claus, *La autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas actuales de dogmática penal (Traducción de Manuel Abanto Vásquez) 1ª edición. Ara Editores. Lima 2004.

ROXIN, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*. En: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral. Año 8. N° 29 a 32. Ediciones Depalma. Buenos Aires - 1985.

RUÍZ ANTON, Luis Felipe, *El agente provocador en Derecho penal*. Edersa. Madrid 1982.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, 1ª edición, Palestra Editores, Lima 2006.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativas en Derecho penal. Comentarios de sentencias del Tribunal Supremo español en casos de omisión, dolo, error de prohibición y delito de infracción de deber*, Grijley, Lima, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SAUER, Guillermo, *Derecho penal. Parte general*, traducido por Juan Del Rosal, Bosch, Barcelona 1956.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *El salto del autor detrás del autor al otro lado del atlántico*, En SAAD-DINIZ, Eduardo / FALCONE, Andrés (Coordinadores), *Fundamentos y Dogmática penal*, 1ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Disposición al hecho versus fungibilidad*, en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

SHELLER D'ANGELO, André, *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana*, en Revista de Derecho N° 35, Barranquilla, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo 41, mes 2, 1988.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible*. (Traducción CANCIO MELIÁ, Manuel / SANCINETTI, Marcelo A.), 4ª Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría*, Bogotá, 2007.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, *Kant y la idea del progreso indefinido de la humanidad*, en Anuario Filosófico, Vol. 44 N° 2 (2011), Universidad de Navarra.

TORRES JIMÉNEZ, Eduardo, *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

TORRES VÁSQUEZ, Henry, *El concepto de terrorismo de Estado: una propuesta de lege ferenda*, en Revista Diálogos de Saberes, Bogotá, julio-diciembre 2010.

URQUIZO OLAECHEA, José, *El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano*, en *Dogmática actual de la autoría y participación criminal* – Nelson SALAZAR SANCHEZ / Coordinador, Idemsa, Lima, 2007.

URQUIZO VIDELA, Gustavo, *Sobre la responsabilidad penal de los directivos de empresa por los delitos cometidos por sus subordinados*, disponible en [http://www.cedpe.com/blogs/Actualidad\\_penal/?p=11](http://www.cedpe.com/blogs/Actualidad_penal/?p=11)

VAN DER WILT, Harmen, *Sobre la comisión funcional en el Derecho penal neerlandés. Algunas reflexiones a partir del caso contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori*, en AMBOS, Kai / MEINI, Iván (editores), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010.

VAN WEEZEL, Alex, *Límites de la imputación penal*, Universidad Externado, Bogotá, 2011.

VAN WEEZEL, Alex, *Intervención delictiva y garantismo penal a la memoria de Juan Bustos Ramírez*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com),

VAN WEEZEL, Alex, *¿Necesitamos una nueva teoría de la intervención delictiva?* en *Cuestiones actuales del Sistema penal. Crisis y desafíos*, 1ª edición, ARA Editores, Lima, 2008.

VAN WEEZEL, Alex, *Coautoría en delitos de organización*, en *El Funcionalismo en Derecho penal*, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo II, Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coordinador), 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

VAN WEEZEL, Alex, *Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa*. en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI – Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, Guillermo Jorge Yacobucci (Director), ARA Editores, Lima, 2005.

VAN WEEZEL, Alex, *Pena y sentido. Estudios de Derecho penal*, ARA Editores, Lima, 2008.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, Parte general*, 3ª edición, Editorial Themis, Bogotá, 1997.

VERA TOSTE, Yan, *Autoría y participación*, Editorial Unijuris, La Habana, 2015.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal, Parte general*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2008.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal, Parte general*, ARA Editores, Lima, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Autoría y participación*, en Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo I, 1ª edición, Ara Editores, Lima, 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código penal comentado*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal, Parte general*, 1ª edición, Grijley, Lima, 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Autoría mediata por dominio de organización: El caso Fujimori*, en <http://vmrfirma.com/publicaciones/wp-content/uploads/2012/08/19-Villavicencio-Autoria-Mediata-27-10-111.pdf>.

VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador), *Comentarios al código penal de 1995*, Volumen I, 1º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, T. III, traducción castellana de la 20 ed., alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1917.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal, Parte general*, Traducción de Conrado Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

WELZEL, Hans, *Derecho penal, Parte general*, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11ª edición, 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la Criminología*, en <http://www.corteidh.or.cr>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, Parte general*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZELENDON, F. Guillermo, *Contradicciones en la sociedad peruana. El caso sendero luminoso*, en Reflexiones N° 39, San José, 1995.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Derecho penal, Parte general*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director), *Fundamentos de Derecho penal, Parte general*, (Adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.