



Universidad del Azuay

Especialidad en Derecho Penal

Autoría en las organizaciones criminales

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de

Especialista en Derecho Penal

Autor: Sandra Maldonado López

Director: Gustavo Aboso

**Cuenca, Ecuador
2008**

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación dedico en primer lugar a Dios, quien ha permitido que continúe con mi preparación académica, a mis padres que siempre han sido mi apoyo y a mis sobrinos que son mi alegría.

Agradecimiento

Agradezco a mi director de tesis
Dr. Gustavo Aboso,
quien me guió durante la investigación.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Introducción	1
Capítulo I: Dominio del Hecho	
1. Conceptualización	3
2. Variante de dominio del hecho	6
2.1 Dominio de la acción	6
2.2 Dominio de la voluntad	8
2.3 Dominio funcional	9
Capítulo II: Autoría Mediata	
1. Conceptualización	12
2. Fuentes de la autoría medita	14
2.1 El dominio de la voluntad en virtud de la coacción	14
2.2 El dominio de la voluntad en virtud del error	16
2.3 El dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores	17
2.4 El dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder	18
3. Opiniones contrarias a la teoría planteada por ROXIN con respecto a la tercera fuente de la autoría mediata	21
Conclusión y toma de postura	31
Bibliografía	35

RESUMEN

Esta tesis analiza la forma por la cual se puede imputar los ilícitos a aquellas personas de las organizaciones criminales que dan las órdenes de cometerlos, es decir a sus jefes conocidos como autores de escritorio, en razón de que no ejecutan el ilícito por propia mano sino a través de otras personas. Existiendo para este fin diferentes teorías, entre las que tenemos la teoría de la inducción, coautoría y la autoría mediata por dominio de la voluntad en razón de aparatos organizados de poder, por el criterio de la fungibilidad de sus actores y el automatismo de la organización.

ABSTRACT

This thesis analyzes the form by which that can be imputed illicit acts to those people of the criminal organizations who issue the orders to commit them, that is to say, to their heads known as desk authors, in regard to do not execute the illicit one by own hand but through other people. Existing for this aim many different theories, between which we have the theory of the induction, co responsibility and the mediate responsibility by dominion of the will, in regard to organized power team, by the criterion from the fungibles of its actors and the automatism of the organization.

INTRODUCCIÓN

Las actividades ilícitas tales como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de órganos, el mercado negro de alcohol en un inicio y de otras mercaderías en la actualidad, entre otros, han dado lugar al nacimiento de las conocidas **organizaciones criminales**, con las que se ha incrementado de una manera alarmante las actividades ilícitas a las que se dedican, sin embargo de ello, en la generalidad de los casos se ha incriminado y condenado a aquellas personas que ejecutan el acto, no así a aquellas que han dado la orden o disposición para ejecutar dicho acto, el mismo que conlleva la realización de un ilícito, es decir no se incrimina ni se lograba condenar al autor detrás del autor, conocido como autor de escritorio.

Cuando se ha llegado a incriminar a los jefes de las organizaciones criminales, la pregunta es, en calidad de que se lo hace, pues no sería autor directo, ya que no ejecuta por sí el acto delictivo, es decir no lo realiza por mano propia; surgiendo así la interrogante de si se le podría incriminar en base a lo que se conoce como autoría mediata, sabiendo que “el autor mediato, es autor, pues tiene el dominio sobre la realización del hecho descrito por el respectivo tipo legal, su peculiaridad reside en que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro, al que utiliza como instrumento, es decir, alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como "herramienta" en manos de éste”¹, es decir el autor mediato tiene el dominio del hecho en razón de que domina la voluntad del ejecutante o autor inmediato, sin tener que estar presente en el momento de la ejecución.

Tradicionalmente se considera autoría mediata cuando se domina la voluntad ya sea por coacción o porque el ejecutor se encuentra bajo un error, situaciones que no serían aplicables a los casos de las organizaciones criminales, es por ello la interrogante de si pueden ser condenados por autores mediatos, en base al dominio de la voluntad en los aparatos organizados de poder, o en su defecto se les puede incriminar en base a los conceptos de coautoría –dominio funcional- o de inducción. Alrededor de esta

¹ Artículo de *Enrique Eduardo Aldunate Esquivel*, “El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder ”

interrogante o posibilidades de incriminación se han presentado un sin número de discusiones, todo lo cual será dilucidado a lo largo del presente trabajo, pues en el primer capítulo se analizará lo atinente al dominio del hecho, estableciendo las diferentes modalidades que se presentan para que se pueda dominarlo; en tanto que en el segundo capítulo se tratará lo correspondiente a la autoría mediata y sus fuentes, haciendo especial referencia a la teoría propuesta por CLAUS ROXIN, así como las opiniones contrarias a la autoría mediata en virtud de los aparatos organizados de poder, en base de lo cual se podrá concluir si las organizaciones criminales se pueden o no equiparar a los aparatos organizados de poder, así como si los jefes o dadores de las órdenes pueden responder por los ilícitos cometidos por sus inferiores en base del concepto del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.

CAPITULO I

DOMINIO DEL HECHO

1. Conceptualización.- La ciencia y la práctica del Derecho Penal han exigido unánimemente la “voluntariedad” de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico – penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino ha de entenderse como **la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad** (esto es a través de la capacidad para querer final)² (lo resaltado me corresponde), es lo que se conoce para WELZEL como la dominabilidad del curso causal, y se da cuando una persona tiene en sus manos el dominio del hecho, es decir de su actuar depende que se realice o no el resultado final, y si dicho resultado final es la consecución de un tipo penal, dicha persona será objeto de un enjuiciamiento de tipo penal.

Como se ha manifestado es a WELZEL a quien se le atribuye la teoría de la dominabilidad, es quien enlaza por primera vez la idea del dominio del hecho con la doctrina de la acción, “derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. «La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final» dice WELZEL. (...) El inicio de su avance – de la teoría del dominio del hecho- hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a WELZEL; pero las características del concepto proceden a HEGLER, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación (...) WELZEL desarrolla entonces su teoría sólo en términos muy generales. Señor del hecho y, por tanto, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. En otro lugar señala que en el dominio del hecho se trata de la «simple realidad de que la persona puede poner en práctica la configuración del futuro (de la causalidad) con arreglo a un fin que se señala (...) no la vaga voluntad de autor, sino el efectivo dominio del hecho final es lo que constituye el criterio esencial del dominio del hecho. Así, incumbe el dominio del hecho a aquel que ejecuta su resolución con vistas a

² WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, duodécima edición, Editorial Jurídica de Chile, página 51.

un fin» la coautoría es «la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente»³

En base al criterio proporcionado por WELZEL, se han dado lugar a diferentes conceptualizaciones y reflexiones con respecto a lo que se conoce como el dominio del hecho, así tenemos:

ROXIN nos dice que dominio del hecho es estar ante todo libre de dominio ajeno, es decir el actuar depende única y exclusivamente de la persona que ejecuta el acto, y no depende de la intervención de terceras personas, no tiene injerencia alguna de alguien ajeno a su actuar propio.

Para MAURACH el dominio del hecho es el mantener en las propias manos abarcado por el dolo, el curso del hecho típico, “es posible que se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo (...) puede concretarse como la ejecución de la acción ejecutiva, del dominio o acerca de la decisión respecto del hecho y de la configuración de éste”⁴

HERMANN BRUNS su idea básica es que la autoría –bien sea en el hecho doloso, bien en el imprudente- presupone al menos la posibilidad de dominio del hecho. LOBE da la siguiente reflexión: «Lo esencial para la autoría no es (...) sólo la existencia de una voluntad con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se ejecute bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización (...) Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos subjetivo – objetivo (...) Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otros (...)». En este contexto habla LOBE del «animus

³ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 85

⁴ MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal” Parte General, 2, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 316

domini en conexión con el correspondiente dominare al ejecutar» como criterio de la autoría”⁵

Tenemos una reflexión que hace GALLAS, quien incorpora las nociones de *intraeus*, entendiéndose por tal al sujeto que cumple los requisitos del sujeto activo de un delito especial, como es el caso del juez en los delitos de prevaricato, o de funcionario público en los delitos de peculado; y, *extraneus*, siendo aquel que no reúne dichos requisitos, pues un ciudadano común no puede ser sujeto activo de un delito de prevaricato que es un delito especial, pues justamente no tiene la calidad de juez, manifestando que “en los delitos de propia mano y en los tipos con elementos de la autoría objetivos y subjetivos, el *extraneus*, aun cuando ejerza influencia decisiva sobre el suceso, no puede tener el dominio del hecho ya porque no le es accesible el «específico contenido delictivo del hecho». Así pues, quien tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos”⁶, por ello para establecer si se trata de autor directo, autor mediato, coautores, o cómplices se debe analizar los casos concretos que se presenten, pues como lo dice GALLAS, en el caso de un *extraneus*, éste no podría tener el dominio del hecho en un delito especial, como es el caso del prevaricato que ya fue mencionado, por más que lo ejecute, pues no podría ser sujeto activo, es decir autor de un tipo penal especial en el cual se requiere una determinada calidad para que se configure, así en el caso mencionado la calidad de juez, o en otros ejemplos como en el peculado se requiere la calidad de funcionario público, en el parricidio debe tener la calidad de hijo, por poner unos ejemplos.

De lo que se entiende por dominio del hecho se puede establecer, y de hecho así es, las diferentes modalidades de autoría –directo, mediato y coautoría- así como los grados de participación, en cuyo caso, como se manifestó se tiene dominio sobre la participación y no así sobre el dominio del hecho en sí. La autoría, la inducción y la complicidad se refieren según el tenor de la ley, a un hecho concreto, por ello el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso, los que llevan a cabo de diferentes maneras el hecho, pues domina el hecho de manera objetiva como subjetiva –voluntad

⁵ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 83-86-87

⁶ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 95

del dominio del hecho- en tanto que el inductor y el cómplice se encuentran al margen de dicho suceso.

2. Variantes del dominio del hecho.- En base al concepto del dominio del hecho, como se manifestó, se establece la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría, y por ello se habla de dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional, a saber:

2.1. El dominio de la acción.- Por esta variante del dominio del hecho, se entiende por aquel que domina la acción en sí, es aquel que se presenta cuando el sujeto por sí solo, sin ser coaccionado, sin que medie error alguno, ni jerárquicamente dependiente de un superior, realiza todos los elementos del tipo, y se lo conoce como realización de *propia mano*, desde todos los puntos de vista el sujeto tiene el dominio del hecho, pues ejecuta de propia mano el hecho delictivo.

“No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano. Sólo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha coaccionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho, y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata –como ya sabemos- en la determinación de la autoría para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante (...) al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos estamos imaginando un comportamiento dirigido finalmente. En los hechos no dolosos la situación es muy distinta. Al menos en esto hay que dar la razón a WELZEL, MAURACH y GALLAS, cuando hablan de un concepto de dominio del hecho “final”. No obstante, sigue estando justificado llamar criterio objetivo de la autoría a la realización del tipo de propia mano, pues la diferencia reside, en esta forma de delimitación, en lo objetivo, dado que dolosamente también actúa el partícipe”⁷

⁷ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 155

Surge la interrogante de que sucede cuando una persona realiza de propia mano y dolosamente una acción, sin embargo de ello se encuentra coaccionado por otro o por una situación de peligro, al respecto ROXIN nos dice que en dicha circunstancia “– no concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física no evitable de otro modo- y estado de necesidad – no concurre acción punible cuando la acción, fuera de los supuestos de legítima defensa, se cometió en un estado de necesidad no provocado y no evitable de otro modo, para salvar de un peligro actual la vida o la integridad física del autor o de una persona allegada- ya se trate de una situación análoga al estado de necesidad (...) WELZEL defendió la opinión de que el coaccionado actúa sin el dominio final del hecho porque en tales casos bien es verdad que está presente “el conocimiento del tipo (o la consciencia del resultado), pero falta la voluntad de realización propia” esto es el “dolo de tipo”

En base de lo expresado por ROXIN y WELZEL se puede concluir que para que exista un verdadero dominio del hecho no solo se requiere la realización del resultado de una manera dolosa y de propia mano, sino que dicho actuar de propia mano sea libre, es decir no esté supeditado a coacción alguna, pues caso contrario no se podría hablar de que existe dominio del hecho; sin embargo de ello “la violencia o la intimidación con peligro para la vida o la integridad física ciertamente motivan al agente a que obre, pero esta fuerza impelente no suerte efecto en la configuración del curso conducente al resultado. Al margen de los casos de *vis absoluta*, que impiden la presencia ya de una acción en sentido penal y que no tienen nada que ver con las causas de exclusión de la culpabilidad, el agente domina el suceso, tanto si está coaccionado como si no, en igual medida”⁸.

Con lo que se debería analizar si estamos frente a una causa de justificación o de exculpación, o en su defecto de atenuantes, sin con ello querer decir que el sujeto no tuvo el dominio del hecho en sentido estricto, en palabras de ROXIN “a la vista de todas estas circunstancias, habrá que considerar demostrado que también quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coacción es autor en todo caso y posee el pleno

⁸ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 157

dominio del hecho. La postura constaría como hemos visto, no sólo forzaría el contenido material del concepto de dominio, sino que tampoco daría cuenta de la esencia de la autoría mediata del requisito de coherencia sistemática, del significado autónomo de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la problemática de la accesoriadad. Además, da impulso –quíéralo o no- a la tendencia de considerar autor al “principal culpable” en sentido criminológico o de acuñar en términos dogmáticos consideraciones sobre determinación de la pena”⁹.

2.2 El dominio de la voluntad.- Otra de las formas de determinar la autoría es lo que se conoce como el dominio de la voluntad, en base de la cual se presenta lo relacionado a la autoría medita, pues en este caso el autor no tiene el dominio de la acción pues no realiza el hecho por su propia mano, sino que realiza el tipo penal por medio de otra persona, tiene el dominio del hecho en razón de que domina la voluntad del que ejecuta, puesto que utiliza a otra persona para que realice el acto delictivo, ya sea porque esa persona es considerada como un simple instrumento, o se encuentra en error, o porque es parte de una organización de poder, siendo el tema de la autoría mediata una de las cuestiones más discutidas en la doctrina, en razón de que surge la interrogante de cómo puede ser autor de un ilícito una persona que no ejecuta por sí dicho acto.

“Para los partidarios consecuentes de la teoría objetivo – formal el fenómeno de la comisión “mediata” del delito no ha pasado de ser un caso de autoría “impropia” o “ficticia” de la que se esperaba, introduciendo la accesoriadad limitada, poder volver a encuadrarla en el ámbito de la inducción. Inversamente, la teoría extensiva pudo fácilmente someter estos casos a su concepto de autor, circunstancia que contribuyó decisivamente a su nacimiento y difusión; pero sólo lo consiguió al precio de nivelar todas las formas de participación, lo que consecuentemente habría tenido que conducir al concepto unitario de autor. (...) Intentando apreciar algún orden en la pluralidad de sus manifestaciones tradicionales resultan distintos grupos de casos: el dominio del hecho en virtud de poder volitivo configurador del curso del hecho cabe imaginarlo mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor; también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error o sea, se encuentra en situación de superioridad intelectual *in concreto*

⁹ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 160

con respecto al que obra directamente; así mismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en relación con menores o enfermos mentales; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso, por último, ha de comprobarse si las figuras (que no dejan de aparecer en doctrina y jurisprudencia) del llamado “instrumento doloso” pueden justificarse mediante la idea del dominio del hecho”¹⁰

Lo relativo al dominio de la voluntad en virtud de coacción, en razón de error, o de aparatos organizados de poder, serán tratados dentro del segundo capítulo que hace relación a la autoría mediata, en razón de que justamente el dominio de la voluntad es la que da nacimiento a dicho tipo de autoría.

2.3 El dominio del hecho funcional.- La tercera forma de determinar la autoría es lo que se conoce con el nombre del dominio del hecho funcional, en base de ésta se determina la coautoría, que consiste en que cada una de las personas que actúan –coautores- en la ejecución del acto, tiene una función específica, es por ello que cada uno tiene el dominio del hecho de lo que realiza, y se llega a la configuración del tipo penal por la “suma” del actuar de todos y cada uno de los miembros, teniendo así que si uno falla o no realiza su parte no se llega a configurar el delito planeado y buscado por todos.

MAURACH nos dice que coautoría es la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico. De este modo, sólo puede ser coautor quien sea autor, es decir, aquel que tenga el dominio final del hecho, haciendo la aclaración de que este tipo de autoría solo puede presentarse dentro de los tipos dolosos, al manifestar que sólo un tipo delictivo pasible de ser cometido con dolo puede constituir el fundamento de la coautoría.¹¹

WELZEL entiende que la coparticipación en el dominio final del hecho estriba en que cada uno, al llevar a cabo su acto parcial, no sólo ejecuta su voluntad del hecho, sino al mismo tiempo también la de los demás, se basa sobre el principio de la división del

¹⁰ ROXIN, Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 166

¹¹ MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal” Parte General, 2, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 366

trabajo, al ser una complementación del trabajo, pues el coautor con su parte complementa la de los demás en la totalidad del delito, y por eso es que responden cada coautor en la totalidad del hecho, es decir cada uno responde por el tipo penal ejecutado en la calidad de autor.¹²

Como se ha dicho en la coautoría el que interviene no puede ejecutar nada solo, requiere de la coparticipación de los demás a fin de llegar a la configuración del hecho delictivo, así por ejemplo en el caso del asalto de un banco, se requiere de varias personas que intervengan a fin de llevar a cabo el asalto, teniendo por ejemplo quien intimida a los empleados del banco, quien controla al guardia, y quien realiza la sustracción del dinero, como se puede ver, si no cooperan todos, el plan no podría llevarse a cabo, por lo tanto el mismo fracasaría, pues si no se controla al guardia y se intimida a los funcionarios, terminarían detenidos, es por ello que en la coautoría se dice que cada uno de los coautores tiene el hecho en sus manos.

La coautoría como se desprende de lo manifestado se da cuando se presta en la fase ejecutiva una aportación significativa al hecho, y justamente por ello es que se habla del dominio del hecho funcional en razón de que la ejecución y consecución del resultado se da por el actuar de dos o más personas, pues dicho actuar individual se complementa y con ello se realiza el tipo penal.

De lo manifestado en el presente capítulo, se desprende que una persona puede ser autor:

a) si realiza la acción típica personalmente, es decir si tiene el dominio del hecho en sus manos, siendo lo que se conoce como el dominio de la acción;

b) si hace ejecutar el hecho mediante otro, cuya voluntad no es libre desde el punto de vista jurídico puesto que existe coacción; o porque la otra voluntad, es decir el ejecutor se encuentra bajo los efectos de un error; o en razón de que el autor inmediato es parte de un aparato organizado de poder. En estos tres casos se es autor en razón que es sujeto de atrás domina el hecho en virtud de que dominio de la voluntad de los ejecutores; y,

¹² WEZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán" Parte General, 12va edición, Editorial Jurídica de Chile, página 155

c) si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa, lo que se conoce como dominio del hecho funcional.

CAPITULO II

AUTORIA MEDIATA

1. Conceptualización.- La autoría mediata se da en razón de que el autor tiene el dominio de la voluntad, es decir maneja los hilos conductores del accionar del ejecutante, se es autor mediato cuando alguien ejecuta el delito por medio de otro, cuyo actuar domina conscientemente, pues si aquel que induce a un niño, a un enfermo mental o a quien sufre error de prohibición, puede ser perfectamente autor mediato; si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aún cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conocedor es autor mediato; este dominio se da en razón de varios aspectos, como los mencionados, que en definitiva hace que se hable del sujeto de detrás, todo lo cual será analizado en el presente capítulo.

El autor mediato, es autor, pues tiene el dominio sobre la realización del hecho descrito por el respectivo tipo legal, su peculiaridad reside en que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro, al que **utiliza como instrumento**, es decir, alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, *sino mediante otra persona* que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como "herramienta" en manos de éste.¹³

Para MAURACH “autor mediato quien comete el hecho “por medio de otro”, o dicho de un modo más complicado, pero también más preciso: quien para la ejecución de un

¹³ A este respecto MUÑOZ CONDE, nos dice: “autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Con un criterio objetivo – formal es difícil fundamentar este tipo de autoría y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que generalmente sin saberlo, lo ejecuta hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho (...) pues está claro que el autor mediato es quien domina la realización del delito. (...). En la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que supone normalmente la ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve. En estos casos no se puede hablar de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato ni siquiera actúa típicamente (MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal” Parte General, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, páginas 498 y 499)

hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirva de otro ser humano como instrumento (...) el elemento material constitutivo de la autoría mediata es el dominio del hecho en la persona del “hombres de atrás”, (...) el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto *en si idóneo* para la comisión responsable del hecho”¹⁴, en tanto que para HEGLER la esencia de la autoría mediata reside en la «supremacía» del sujeto de detrás, señalando en este contexto que si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor porque o es “pleno señor del hecho” o –dada la imprudencia- tiene el “dominio del hecho más intenso”¹⁵

En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho, basta que el individuo que está sujeto a una relación de ver deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría medita se distinguen en los delitos de infracción de deber –de nuevo en contraposición a los delitos de dominio- sólo en que en el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo intraneus y extraneus. También las distintas manifestaciones de la autoría adquieren así una estructura notablemente modificada¹⁶. Cabe destacar que la autoría mediata es imposible en los delitos de propia mano, pues como se sabe éstos deben ser cometidos por el sujeto activo establecido en el tipo penal, como es el caso del falso testimonio.

¹⁴MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal” Parte General, 2, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 329 – 330. Para Roxin “«Autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio». Correlativamente, autor mediato es quien «se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho» (...) solo existe conducta de autor allí donde la disposición intencional del sujeto actuante le hace aparecer como el señor del hecho, en otras palabra, autor es por una parte, aquel que lleva a cabo la acción típica; por otra parte quien, se sirve de un ejecutor forzando su voluntad, o de manera que dirige, configurando el hecho, la acción, en virtud de conocimiento más amplio, pasando por encima de la mente de otro, o que el ejecutor, en virtud de su fungibilidad, aparece en el marco de maquinarias de poder dominadoras como instrumentos del sujeto de detrás. (la frase “en otras palabras” me corresponde) (ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 86 y 305)

¹⁵ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 82

¹⁶ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 394

Como se ha manifestado autor mediato es aquel que domina la voluntad de quien realiza o ejecuta el tipo penal, el mismo que puede presentarse por:

1. coaccionar de manera exculpante al ejecutor o aprovechar su falta de libertad volitiva basada en otras razones;
2. dirigir de manera configuradora de sentido la acción típica, sustrayéndose a la voluntad del ejecutor directo mediante la provocación o aprovechamiento de un error;
3. servirse para realizar el delito de un órgano a él sometido en el marco de maquinarias de poder organizadas.

2.- Fuentes de la autoría mediata.- la autoría mediata se da porque el sujeto tiene el dominio de la voluntad, dominio que se puede presentar de diferentes maneras, a saber:

2.1 El dominio de la voluntad en virtud de coacción.- Dentro de esta fuente tenemos el *estado de necesidad coactivo*, en cuyo caso si se busca la figura central del suceso en forma de acción y la persona que “tiene en sus manos” el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás, en razón de que quien ejerce la coacción, domina de manera directa al coaccionado, quien actúa en razón de la coacción que se ejerce en su persona, y por lo cual el sujeto de detrás domina el hecho, esto es en base a la conclusión de quien domina la voluntad –de quien ejecuta el acto-, domina en sí el hecho, pues éste no se realizaría si no se ejerce la coacción.

“Contemplando la realización del tipo, ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos: uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador de la voluntad del sujeto de detrás. Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor”¹⁷, cabe destacar que no todo el que influye en la decisión del que ejecuta un acto, se puede concluir que es autor mediato, pues dicha influencia la

¹⁷ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 167

tienen en su medida también el inductor y el cómplice, es por ello que cada caso se debe analizar independientemente de otro, en este aspecto no se puede generalizar pues se pueden presentar un sin número de variantes.

En el caso del *estado de necesidad simple* no se presenta el problema de la autoría mediata, pues el agente no se ve en la situación coactiva por una persona sino por la fuerza de los acontecimientos.

En el caso del *estado de necesidad exculpante suprallegal*, como sería en el caso que otros hayan producido conscientemente –con conocimiento de todas las circunstancias– la situación en la que el ferroviario sólo podría evitar la colisión mediante el cambio de agujas, en cuyo caso surge la interrogante de ¿cómo ha de valorarse su conducta?, es decir la conducta del individuo que produjo conscientemente dicha situación.

Es evidente entender que hay dominio del hecho del que determina siempre que (pero también solo cuando) se ha forzado a suicidarse al afectado mediante violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para él mismo o para un allegado suyo. A favor de lo señalado habla la consideración de que el legislador parte de que, de existir estos requisitos, ya no se da una decisión del coaccionado que sea libre por la que tenga que responder jurídicamente y que mantenga, por tanto, el dominio de la voluntad. Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor medito, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás¹⁸.

Al respecto WELZEL nos dice que “el hecho punible ejecutado por coacción es antijurídico, sin embargo, el autor en estado de necesidad es exculpado. El que coacciona es autor mediato, él tiene el dominio superior el hecho respecto de un tercero que actúa sin libertad”¹⁹

¹⁸ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 185 y 193

¹⁹ WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, parte general, décima segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Página 253

2.2. El dominio de la voluntad en virtud de error.- Esta situación se presenta cuando el conocido sujeto de detrás comete el ilícito sirviéndose de un instrumento que se encuentra bajo una circunstancia de error, lo cual la doctrina concuerda que se trata de un caso de autoría mediata, y sostiene que el actor directo actúa de forma ciega, y por ello se le considera un factor causal ciego, lo cual se puede apreciar del siguiente ejemplo dado por ROXIN, A pide a B encender la luz en un piso, lo que inocentemente hace B, activando, así como había planeado A, en un lugar lejano un explosivo que mata a una persona. Estos supuestos muestran una estructura totalmente distinta a la de las situaciones coactivas antes tratadas. El que yerra no domina la situación y actúa de manera causal, ciega, y el sujeto de detrás tampoco domina al ejecutor de la manera que sabemos que ocurría en la coacción”

En estos casos de error se sostiene que el ejecutor es simple y llanamente un instrumento del sujeto de detrás o autor mediato, pues el individuo no tiene en dicho acontecer su calidad específicamente humana, y como diría ROXÍN, dicho personaje se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego, equiparable a las concausas no humanas. Así en el ejemplo, A confía en que incluso sin pedirselo, B va a encender la luz en el cuarto en cuestión, nada se altera en el enjuiciamiento del caso.

Con respecto a la sanción del ejecutor, en el evento de que su actuar fuera imprudente, será sancionado si dicho actuar se encuentra tipificado de esa manera en la legislación de un país, así existen diferentes circunstancias a analizar, como es el caso de que la imprudencia sea consciente o inconsciente, a saber: “cuando el ejecutor actúa con imprudencia inconsciente, el legislador hace también responsable del resultado al ejecutor allí donde la imprudencia sea punible. Pero la imputación se base en circunstancias que son irrelevantes para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás. En efecto sin la imprudencia del ejecutor el autor medito no habría podido dominar el acontecer (...) El dominio del hecho del sujeto de detrás se basaba allí siempre en que se servía del otro como intermediario que actuaba de manera causal – ciega, esto no se da con la imprudencia consciente. (...) Si se considera a la realización del tipo con imprudencia consciente como suceso final, ya no cabe decir que el sujeto de detrás supradetermine un simple curso causal, entonces se interpone entre él y el resultado la voluntad final de otro que dirige autónomamente el acontecer posterior, no

pudiéndose ya atribuir al sujeto de detrás el dominio del hecho en virtud de finalidad configuradora del curso del hecho (al menos en el sentido usual, el único empleado hasta ahora)”²⁰

Con respecto a la imputación MAURACH nos dice: “Si el intermediario incurre en error acerca del objeto o de la persona cuya lesión el “hombre de atrás” quiere provocar mediante el instrumento, según los principio de la aberratio ictus se pierde el dominio del hecho del “hombre de atrás” y del intermediario; por ello, respecto del “hombre de atrás” solo cabe asumir un hecho intentado y una autoría culposa con relación al objeto o al ser humano efectivamente lesionado por un intermediario (...) en el caso del exceso del instrumento, el “hombre de atrás” desconoce la extensión de su domino del hecho. Existe exceso cuando el intermediario comete un hecho distinto o hace más de aquello que el autor mediato quiso. En la medida que el exceso difiera de la dirección final del “hombre de atrás”, aquél deja reconocer que éste carece del domino del hecho o que, al menos lo ha perdido parcialmente”²¹. En base de lo expuesto se puede concluir que cada caso debe ser analizado por separado en razón de que se pueden presentar un sin número de variantes, que pueden llegar a la imputación del hombre de atrás, y no así al ejecutor directo, o se puede dar la situación contraria, o la imputación al uno –autor mediato- por un delito doloso y al otro –autor inmediato- por un delito culposo.

2.3. *El dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores.*- Siempre se ha considerado como autoría mediata, al igual que los casos de coacción y error, ya analizados, los casos en que el ejecutor es inimputable y/o menor, en estos casos el dominio de la voluntad por el sujeto de detrás puede basarse en que domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido.

En el caso de que *el ejecutor es inimputable* GALLAS estima autoría mediata con carácter general, a no ser que la necesidad de comisión de propia mano o la naturaleza del delito especial lo impida. Para fundamentarlo argumenta que el ejecutor por falta de capacidad de comprender o de querer (no es) capaz de oponer la tentación proveniente

²⁰ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 203 y 204

²¹ MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal” Parte General, 2, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 342

del sujeto de detrás la resistencia que en otro caso se le exigiría, encontrándose por ello “en manos de éste”²², al respecto ROXIN hace una distinción si se trata de “defecto” en el elemento volitivo o en el intelectual, manifestando que si el ejecutor era incapaz de comprender el carácter no permitido del hecho, es decir el injusto material, el que lo utiliza tiene el domino del hecho, sea del tipo que fuera la colaboración del ejecutor. En el evento de que el problema se encuentre en el elemento volitivo, esto es que el ejecutor inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, sin embargo de ello no posee la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión, es decir “le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien es no libre en esa medida y (dado que no ha podido resistir el impulso) ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el sujeto de detrás. Tiene el domino de la acción en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el domino de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente.”²³

En el caso de que el *ejecutor sea un menor*, para ROXÍN siempre que el ejecutor sea menor de catorce años, y el que determina es el sujeto de detrás se estará frente a autoría mediata, y en el caso de los adolescentes se dará cuando éstos no sean responsables penalmente; esto se da en razón de que el legislador prescinde de la sanción a menores, y de adolescentes –dependiendo del caso– justamente porque no pueden motivarse en la norma, en razón de que no son lo suficientemente maduros para comprender lo ilícito del hecho y obrar con arreglo a tal comprensión.

2.4. El dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.- Ésta es una teoría estructurada por CLAUS ROXIN, con la que se crea una nueva fuente de autoría mediata, a fin de que no queden en la impunidad aquellas personas que daban las ordenes de cometer ilícitos, en los aparatos organizados de poder estatal, como fue el caso del poder violento nacionalsocialista, pues cuando Hitler, Himmler o Eichmann daban órdenes de matar, podían estar seguros de su cumplimiento, y se buscaba

²² ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 260

²³ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 262

establecer la responsabilidad de quien daba dicha orden, lo que no había sido posible mediante los criterios hasta ahora establecidos de autoría y participación.

“Tradicionalmente la naturaleza del instrumento –ejecutor- venía siendo deducida de la exclusiva equiparación con un instrumento mecánico (empleo de armas, piedras, artificios mecánicos...) y, desde luego, no venía vinculada a la figura de la autoría mediata. La restricción del concepto de autoría como realización exclusiva del hecho de propia mano fue progresivamente superada, abriéndose paso a la posibilidad de extender el concepto de instrumento también a seres animados y a la calificación de autor de quien de ellos se servía (cuando el instrumento del autor era también una persona, cabía cuestionarse si la cualidad de autor se atribuía al instrumento y, siendo esto así, cómo debía interpretar y enjuiciar la conducta de quien había ordenado o encargado la ejecución del delito”²⁴ (lo constante entre guiones me corresponde), y el autor mediato se aprovechaba del ejecutor, generalmente por la coacción o el error, elementos ya analizados, extendiéndose en base a la teoría planteada por ROXIN, a aquellos que manejan aparatos organizados de poder, pues el modo de funcionamiento específico del aparato hace que estén a disposición del hombre de atrás un sin número de individuos, haciendo con ello que el aparato funcione sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático; haciéndose extensiva dicha formulación a las organizaciones criminales en razón de que su estructura es similar a aquellos aparatos de poder que inicialmente fueron considerados por ROXIN.

Esta teoría básicamente consiste en que el sujeto de detrás “puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renunciar a coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato (...) es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder –sin importar el nivel jerárquico- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad

²⁴ FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial Comares, Granada 2006, páginas 41 y 42

del ejecutante. Luego la “fungibilidad”, es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y permite dominar los acontecimientos. El actor inmediato solamente es un “engranaje” reemplazable en la maquinaria del aparato de poder (...) los dadores de la orden ubicados en la palanca del poder son autores mediatos, pues la ejecución del hecho, a diferencia de la inducción, no depende de la decisión del autor mediato. Dado que la autoría inmediata del ejecutante y la mediata del hombre de atrás descansan en presupuestos diferentes –la primera, en la propia mano, la segunda en la dirección del aparato-”²⁵

En este tercer grupo de autoría mediata, y siendo el motivo fundamental de discusión, es que el autor inmediato o directo, realiza el acto de manera libre y voluntaria, es decir es netamente responsable por su actuar, y cierta parte de la doctrina se fundamenta justamente en el hecho de la responsabilidad del autor directo para desvirtuar que existe autoría mediata, sin embargo de ello ROXIN manifiesta que dicha circunstancia es irrelevante para el sujeto de detrás, puesto que para dicho sujeto el ejecutor o autor directo es un simple engranaje de la maquinaria que el dirige, y por la tanto sustituible en cualquier momento, y no así un hombre libre y responsable como se plantea.

Se puede decir que el fundamento básico de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, es la fungibilidad de los ejecutores o autores inmediatos, pues es en base a dicha fungibilidad de que la orden impartida será ejecutada independientemente de quien sea el ejecutor, pues si un ejecutor se niega a cumplir la disposición –de disparar por ejemplo- habrá otro que la ejecute, por ello se les considera como simples engranajes de la maquinaria de poder, pues “los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo”²⁶, a más de ello, se cuenta con un segundo fundamento que consiste en el llamado automatismo de las organizaciones, que como se

²⁵ ROXIN, Claus, “Problemas Actuales de Dogmática Penal”, Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima – Perú - 2004, Pág. 223 - 224

²⁶ <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12.41

sabe desarrollan una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros.

La teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, en la actualidad es acogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes, quienes parten de que el hombre de atrás - a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable - tiene dominio del hecho cuando "aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados". De acuerdo con esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: "si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar", será autor mediato. Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás - de acuerdo con una resolución reciente - sea un sujeto con facultades de decisión política; también el comandante de un regimiento de tropas de fronteras puede convertirse mediante una orden de disparar (realizada mediante actos concluyentes) a un subordinado en autor mediato del homicidio cometido por éste.²⁷

Este modelo de autoría mediata, nació por los crímenes cometidos por organizaciones o aparatos organizados de poder estatal, sin embargo de ello y en base al funcionamiento de algunas organizaciones criminales de gran envergadura, dicha teoría o modelo les es aplicable, siempre y cuando dichas organizaciones cuenten con una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles, es decir siempre y cuando se cuenten con los dos elementos

²⁷ <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41, a este respecto Roxin nos dice que "los inculpados tenían dominio del hecho pues controlaban la organización que producía los hechos... en este contexto pierde importancia el ejecutor concreto de los hechos. El dominio de los que controlan el sistema sobre la consumación de los hechos ordenados por ellos en total, pues incluso si hubiera algún subordinado que se resistiera, sería automáticamente reemplazado por otro; de lo cual resulta que el plan proyectado no puede ser frustrado por la voluntad (opuesta) del ejecutante. El cual solamente juega el papel de un simple engranaje dentro de una máquina gigantesca... el instrumento del cual se sirve el hombre de atrás es el sistema mismo ... el cual está compuesto por intermediarios fungibles" (ROXIN, Claus, "Problemas Actuales de Dogmática Penal", Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima - Perú - 2004, Pág. 226

fundamentadores manifestados de la autoría mediata, esto es la fungibilidad de los ejecutores y el automatismo de la organización.

3. Opiniones contrarias a la teoría planteada por ROXIN, con respecto a la tercera fuente de la autoría mediata.- La teoría planteada por ROXIN es acogida de manera mayoritaria por la doctrina, y ha sido ya acogida de igual manera por Tribunales de Justicia, lo que no quiere decir que no tenga detractores o opositores, quienes basan dicha oposición básicamente sobre la concepción de la coautoría o de la inducción, o negando el principal fundamento de la autoría mediata que es la fungibilidad.

Concuerdan con ROXIN, BLOY quien asume que se trata de un supuesto de imputación por “injusto de organización”, y tan sólo en el caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad. Resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido vertical suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano horizontal²⁸, de igual manera “afirma que en los supuestos de autoría mediata a través de dominio de organización «la idea central es que la sustituibilidad de los ejecutores inmediatos proporciona a la persona con poder de orden en tal organización el dominio del suceso, aunque el ejecutor no esté liberado de responsabilidad por su hecho»”²⁹ siguiendo la misma línea, es decir acogiendo el criterio de autoría mediata propuesta por ROXIN, tenemos a HERZBERG, SCHMIDHÄUSER, BOTTKE, SCHILD, AMBOS³⁰, con pequeñas variaciones tenemos a SCHROEDER³¹ y MURMANN³²

²⁸ <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41

²⁹ FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 128

³⁰ Quien sostiene que “el dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles. Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La desvinculación del derecho de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización (<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41)

³¹ El criterio de la fungibilidad no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. Pues, en su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aun el hecho de

Tenemos quienes están en desacuerdo con la teoría de la tercera fuente de la autoría medita propuesta por ROXIN, y en su defecto sostiene que el problema se resuelve mediante el concepto de *coautoría*, considerada que es una “autoría, su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales del autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte de la ejecución del delito”³³, al considerar que el hombre de atrás, quien ordena acciones punibles en el ámbito de aparatos organizados de poder, no es autor mediato sino coautor, teorías que se basan principalmente en el sentido que es inaceptable una autoría mediata cuando el hombre que ejecuta el acto es plenamente responsable.

Como uno de los mayores defensores de la coautoría en los casos de aparatos organizados de poder tenemos a JAKOBS, quien manifiesta que no son intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino de modo sucesivo, con lo que no solo serían intercambiables los ejecutores de las ordenes sino también los emisores, considera que el carácter común de la decisión de realizar el hecho, elemento necesario de la coautoría, queda reflejado por la consciencia común de los dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios de similares características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección.³⁴

que los ejecutores no fueran intercambiables no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. (<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41)

³² Defiende un dominio del hecho por poder de instrucción. En su opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando de lado así que también un - hipotético - funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor. Desde este punto de vista, es “una imagen distorsionada la de calificar a seres humanos que están imbricados en estructuras de organización como parte de una máquina”, pues en virtud de la cualidad de seres humanos de los intervinientes, “la incerteza que deriva de la libertad... se plantea siempre de nuevo en los mismos términos”. Ha de darse la razón a Murmann cuando advierte de que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización en cuanto tal, sino también el dominio del hecho por parte del hombre de atrás que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor) han de probarse en el caso concreto. Ha de oponerse, sin embargo, que tampoco la construcción de una relación de instrucción entre autor mediato, ejecutor y víctima está en condiciones de resolver el problema de la libertad del ejecutor (<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41)

³³ WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, 12va edición, Editorial Jurídica de Chile, página 154

³⁴ (<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41)

JESCHECK, sostiene que “el carácter conjunto de la resolución hacia el hecho se produce a través de la consciencia del director y del ejecutante de que se emprenderá determinado hecho o varios hechos de igual tipo siguiendo las indicaciones de la dirección”³⁵ OTTO, en el sentido de que el ejecutor hace suyo concluyentemente y de manera tácita el plan delictivo.

La tesis de la coautoría sorteja la diferencia estructural determinante entre autoría mediata y coautoría, que reside en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actividad pareja, simultánea, “fundamentadota de comunidad”). Con razón dice BLOY: “cuando se trata –como aquí– de comportamiento nítidamente coordinado en vertical, en el que el papel de los sujetos de detrás está sujeto de entrada a la comisión del hecho por mano ajena, todo habla claramente en contra de la coautoría y en pro de la autoría mediata”³⁶

El fundamento básico para que sea rechazada por ROXIN la teoría de la coautoría en los casos planteados, con lo cual comparto, es que en la coautoría se requiere la confluencia de voluntades, en el sentido de acuerdo para cometer el ilícito o acto punible, así como la división funcional del cometimiento de dicho acto, en los aparatos organizados de poder no se presenta un acuerdo de voluntades en dicho sentido, pues con lo que se cuenta es con la impartición de órdenes, las mismas que deberán ser cumplidas; y, con respecto a lo manifestado por OTTO en que se hace suyo tácitamente el plan criminal, ese “hacer suyo” es una resolución individual y en ningún momento es una resolución conjunta, a más de ello no se consideran en sí mismos como portadores de decisiones de igual rango, ni existe la división funcional acordada a fin de que se presente la coautoría.

Otro grupo de la doctrina sostiene en lugar de autoría mediata que se trata de inducción, entendida como tal a la motivación dolosa de otro al hecho de cometer intencionalmente

³⁵ ROXIN, Claus, “Problemas Actuales de Dogmática Penal”, Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima – Perú -2004, Pág. 233

³⁶ ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000, página 727

un delito³⁷; para MUÑOZ CONDE, la inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido³⁸, esta parte de la doctrina sostiene que se trata de inducción, pues tanto el ejecutor o autor directo como el hecho en sí son prestos para ser determinados desde la visión del inductor, como partidarios de esta concepción tenemos a:

HERZBERG dice “Hitler, Himmler y Honecker no perpetraron como autores las muertes que ordenaron, sino que las ocasionaron como inductores”; KOHLER señala “en los supuestos de “dominio de la organización” determinante, ha de apreciarse inducción”, en tanto que se atiende a la fungibilidad del individuo en la organización del hecho es división del trabajo, ello nada altera en la responsabilidad concreta de ésta, no procurándole, por tanto al sujeto de detrás posición de autor alguna”, lo que es sostenido de igual manera por ROTSCH y RENZIKOWKI

“Una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no sólo aprehende de modo más adecuado el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás, sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación. En este sentido, SCHROEDER ha indicado con razón que en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la "ausencia de cualquier fuerza que se oponga". Partiendo de lo anterior, el soldado que hizo disparos en el muro corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho, cuya "disposición incondicional" el hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho. El instigador no domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción”³⁹

³⁷ MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal – Parte General” II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995, página 435.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal” Parte General, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, página 508

³⁹ <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>, página consultada el 2008-09-19 a las 12h41., en este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA para quien la fungibilidad «es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata». En su opinión, la eventual negativa del

Para ROXIN la diferencia entre inducción y autoría mediata, es que “el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato (...) el inductor tiene primero que buscar un autor, el autor de escritorio solamente necesita dar la orden; el inductor tiene que tomar contacto con el potencial autor, ganárselo para su plan y eventualmente superar su resistencia; el dador de la orden situado en la jerarquía de un aparato de poder no necesita nada de esto”⁴⁰

La autoría mediata se fundamenta como se manifestó en la fungibilidad de los ejecutores, es decir que si una persona –ejecutor– se negaba a ejecutar el acto pedido –orden de disparar, por ejemplo–, éste era reemplazo sin inconveniente por otra persona –ejecutor– que efectivamente lleve a cabo el acto solicitado, aspecto que no se presenta en el caso de la inducción, pues dicha suplantación o reemplazo no se da con la facilidad, ya que el inductor debería encontrar otra persona que pueda ser influenciada, e iniciar la inducción nuevamente, cuestión que no se presenta en la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, pues el autor mediato da la orden, y cualquier persona o engranaje de dicho aparato organizado simple y llanamente ejecuta la decisión, y si el “escogido” en base a su “libertad y responsabilidad” no ejecuta el acto, de manera automática será suplantado por otro, que si llevará a efecto el acto, teniendo con ello el sujeto de atrás la seguridad –aunque sea en mayor grado– que su orden será ejecutada y con ello cumplida.

ejecutor a cumplir la orden, basada en una resolución libre de voluntad, no conduce sino a calificar como inducción la influencia recibida a través de una orden y a negar el dominio de los dirigentes sobre los que ejecutan materialmente la acción. (FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 155)

⁴⁰ ROXIN, Claus, “Problemas Actuales de Dogmática Penal”, Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, ARA editores, Lima. Perú – 2004, página 236. Al respecto MAURACH nos dice: “El aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento, mientras la inducción se manifiesta como la *corrupción* de un ser humano *libre*. (...) Acerca de la delimitación de la autoría mediata y la inducción debe resultar decisivo el contenido de la voluntad; si el sujeto motivador del hecho quiere que éste sea cometido por un tercero, más considerando el resultado como propio, entonces aquél es autor mediato; al contrario, si bajo idénticos presupuestos éste quiere el hecho *como ajeno*, entonces deber ser tratado como inductor” (MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal – Parte General” II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995, página 332 – 337)

Hasta el momento se ha planteado los criterios que niegan la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de los aparatos organizados de poder; sin embargo de ello existen doctrinarios que si bien están de acuerdo que existe autoría mediata en los casos de aparatos organizados de poder, sin embargo no comparten con que su fundamento central sea la fungibilidad que ha sido sostenida y mantenida por ROXIN, y lo hacen manifestando que no es esencial dicho fundamento o requisito, o ya sea negándolo y estableciendo en su lugar concepciones equivalentes, así tenemos por ejemplo a SCHRODEDER, quien sostiene que el fundamento de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder se encuentra en la previa determinación del ejecutor a realizar el hecho, la disposición incondicional a ejecutar el acto delictivo⁴¹, este autor “siguió otra vía de fundamentación, apoyando la autoría mediata en el empleo de alguien que estaba condicionalmente decidido a cometer el hecho. «Se presenta tal aprovechamiento cuando la ejecución de la intención solamente depende de una condición que lleva a cabo al hombre de atrás... con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero»”⁴²

Existen quienes niegan el fundamento de la fungibilidad, básicamente en razón de que se sostiene que los “engranajes” no son sustituibles de manera ilimitada, que para que sean intercambiables como lo plantea ROXIN se requiere un gran número de individuos dispuestos para la ejecución del ilícito, en esta postura tenemos a STRATENWERTH⁴³, en esta misma línea tenemos a MURMANN, quien, “al hilo de la realización de unas consideraciones críticas a la resolución del BGHSt, intenta fundamentar el dominio de

⁴¹ Dicho autor afirma que el fundamento de la autoría medita es la previa determinación al hecho, niega que la fungibilidad constituya un elemento típico de estos supuestos y le otorga únicamente el valor de «medio» para obtener el dominio del hecho, pero en ningún caso el valor de fundamento sustentador (...) en su opinión, el hecho de que el BGH no mencione ni una sola palabra de la fungibilidad del ejecutor, sino que únicamente se centre en la «utilización de la disposición incondicional del ejecutor inmediato para completar el tipo» refuerza su argumentación” –lo resaltado me corresponde- (FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 132)

⁴² ROXIN, Claus, “La Teoría del Delito en la Discusión Actual”, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2007, página 514

⁴³ 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 (FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 123)

los hombres de atrás desde otra premisa. Afirma este autor que la intercambiabilidad del ejecutor del hecho no puede ser el punto de partida fundamentador porque en función de la «limitación/espacial de la situación de huida» sólo entraba en consideración un número limitado de soldados de frontera, haciéndose depender, en definitiva, la ejecución del hecho de la «obediencia de alguno o algunos pocos soldados». En consecuencia, y como ya antes he indicado, comparto aquí la crítica que al respecto hace BOLEA BARDÓN, y que asume recientemente FARALDO CABANA⁴⁴, en el sentido que la fungibilidad debe venir predicada no sólo del «momento final en que los soldados disparan, sino observando si existe con anterioridad sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean solo unos pocos los que las ejecuten». Tal y como vengo diciendo, fundamentar el criterio de la fungibilidad exclusivamente desde una perspectiva *ex ante* me parece desacertado, pero ello no nos obliga a desconocer que efectivamente la persona fungible en el momento de la comisión del delito con casi absoluta seguridad lo era también previamente. Que en el tiempo y lugar de comisión de un delito el ejecutor no hubiera sido *sustituido* no supone en absoluto negar que éste hubiera sido *sustituible*. La posibilidad de sustitución con la que cuenta el «hombre de atrás» y que asegura el funcionamiento automático del aparato no puede ser negada por mucho que en el momento concreto no se haya recurrido al empleo de tal facultad (...) la presencia de un número limitado de personas en el momento y comisión del delito no cierra el paso, desde mi punto de vista a la posibilidad de sustitución de la misma⁴⁵, criterio con el cual comparto, pues la simple posibilidad de ser sustituido el ejecutor hace que el hombre de atrás tenga mayor seguridad de la ejecución del ilícito, es decir del cumplimiento de su orden, y en el evento que el ejecutor no se pudo sustituir y el ejecutor inicial no llevó a cabo la orden, estaríamos ante una tentativa, y no así ante el criterio de que el concepto o idea de fungibilidad es obsoleto, y por ello no existiría autoría medita en estos casos.

Existe otra crítica a la fungibilidad, la misma que es en razón de la especialidad, es decir en caso de que se requiera de un especialista para realizar el hecho delictivo por parte de la organización, como puede ser el caso de la estructuración y detonación de una

⁴⁴ Manifiesta que el número existente fuera suficiente «para posibilitar el reemplazo en caso de negativa a actuar por parte de alguno de los miembros de la organización»

⁴⁵ FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 137-138

bomba, en este caso se dice que no es aplicable el criterio de la fungibilidad, esto es sostenido por AMBOS y SCHROEDER⁴⁶, mi posición la estableceré en mis conclusiones.

Como detractores del criterio de la fungibilidad tenemos a HEINE, quien manifiesta que se trata de un dominio del hecho «muy abstracto», porque basta que (en relación con el caso de los disparos en el muro) cualquier soldado de frontera dispare a cualquiera que intente huir en el marco de una pluralidad de procesos más o menos reglados. Por ello se pregunta este autor si no se trata primero de una responsabilidad de autor «por organización original o por injusto de sistemas», de igual manera BOSCH nos dice que en un primer grupo incluye aquellos supuestos en los que la realización del delito no es por naturaleza «recuperable», estos supuestos, en el marco del hecho concreto, participaban sólo unos pocos soldados de frontera (generalmente en patrulla de dos), de manera que si el soldado de frontera no cumplía la orden de disparar inmediatamente o no conseguía detener a quien intentaba escapar, entonces la huida tenía éxito y el hecho no podía ser otra vez llevado a cabo, y por ello no se puede hablar de «una específica seguridad de realización del resultado que se deba a la intercambiabilidad del ejecutor inmediato»; por otro lado tenemos a HERZBERG quien niega la existencia de fungibilidad en aquellos supuestos donde, en caso de sustitución del ejecutor, pudiera ser cometido el mismo delito (muerte de aquellos que intentaban cruzar la frontera), pero en ningún caso fuera el *mismo hecho* en concreto *ni la misma víctima*. Así ocurriría en el supuesto en que ningún soldado de frontera hubiera llevado a cabo el cumplimiento de la instrucción, y el fugitivo hubiera conseguido finalmente escapar⁴⁷.

⁴⁶ AMBOS de que nos encontramos ante un problema empírico, a saber, de si de la dependencia del dominio de organización del criterio de fungibilidad se deriva que ésta deja de existir cuando la intercambiabilidad del ejecutor puede negarse en el caso concreto, de manera que la cuestión que se plantea es si en todos los casos de comisión del hecho a través de un aparato organizado de poder puede partirse de la fungibilidad del ejecutor. Para ello remite no sólo a la posible especialización de los ejecutores ya advertida por SCHROEDER, sino que hace alusión expresa a los casos recientes de macrocriminalidad, especialmente al caso Pinochet, que muestran precisamente que un aparato moderno de represión no puede pasar sin «especialistas» (en relación aquí con el uso de técnicas de tortura en Chile). Para este autor eventual intento de superación de la objeción a través del argumento de la existencia de una reserva de especialistas lo suficientemente grande para un intercambio inmediato del ejecutor es insuficiente, ya que es preciso satisfacer las exigencias de este requisito desde una perspectiva general, ya que de lo contrario la utilidad del criterio como fundamento del dominio de organización acabaría anulándose. (FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 139)

⁴⁷ FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial COMARES, Granada 2006, página 148

Como se ha manifestado ya en líneas anteriores, estos supuestos planteados por estos tres autores se encontrarían a mi parecer en un caso de tentativa, pues el ejecutar un acto como autor mediato por dominio de la voluntad en virtud de los aparatos organizados de poder, en razón de la fungibilidad existente, no quiere decir que el acto delictivo se llevará a cabo sin lugar a dudas, pues no hay que olvidar que existe la tentativa, que es plenamente aplicable a estos casos al igual que el desistimiento, aspectos que como se sabe son incluso plenamente aplicables en el caso de los autores directos que tienen el dominio en sus propias manos.

Con respecto a los criterios manifestados en contra de la fungibilidad ROXIN se mantiene defendiendo tal criterio, en razón básicamente que se requiere de dicha intercambiabilidad para poder fundamentar este tipo de autoría, sin embargo de ello considera que se deben extender los requisitos para fundamentarla, y por ello acoge el criterio de SCHRODER de la resolución incondicional al hecho, manifestando: “que aquél que ejecuta el último acto realizador del tipo, en un aparato de poder organizado y apartado del Derecho, está bajo otra situación que un autor particularmente abandonado a su suerte. El primero está sometido a una serie de influjos que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que esté «más dispuesto al hecho» que cualquier delincuente potencial y que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás”⁴⁸, es decir que para se pueda hablar de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, según lo planteado por ROXIN, -autor de dicha teoría- se requiere de tres elementos: a) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización, b) la necesidad del apartamiento del derecho del aparato de poder; y c) la disponibilidad hacia el hecho específica de la organización.

⁴⁸ ROXIN, Claus, “La Teoría del Delito en la Discusión Actual”, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2007, página 530

CONCLUSION Y TOMA DE POSTURA

A fin de concluir con el presente trabajo, considero que la pregunta fundamental es, si a aquellas personas que dan una orden con el fin de cometer un ilícito, en los aparatos organizados de poder estatal u organizaciones criminales, se les puede considerar autores mediatos, en base al criterio del dominio de la voluntad, que en estos casos se basa en la fungibilidad de los ejecutores, en el automatismo de dichos aparatos, y en la disponibilidad hacia el hecho, esto a pesar de que el ejecutor es una persona libre y responsable, pues si el no desea ejecutar la orden impartida, no sería imputable en razón de que decidió no ejecutarla.

Tradicionalmente se ha basado la autoría mediata, en razón de que el sujeto de detrás ejecuta el acto a través de otro, que es considerado única y exclusivamente como un instrumento, justamente como un factor causal ciego; autoría que se basa como se manifestó porque el sujeto de detrás ejerció coacción sobre el ejecutor, o porque dicho ejecutor se encontraba en situación de error, o porque se utilizó ejecutores inimputables como el caso de un demente o un menor de edad; en todos estos casos, como regla general, el ejecutor es ininimputable, a pesar de que realizó el acto no se le podía imputar el mismo, en razón de que se encontraba dominada su voluntad por el sujeto de detrás.

En tanto la teoría planteada por ROXIN, en base de la cual se extiende la autoría mediata a actos realizados en el ámbito de aparatos organizados de poder estatal, el ejecutor o autor directo o inmediato, responde del acto justamente porque es autor directo, es decir porque tiene el dominio de la acción, y el sujeto de detrás es imputado en razón de que maneja el aparato organizado de poder y por ende a los ejecutores quienes son intercambiables en cualquier momento, es decir porque el sujeto de atrás tiene el dominio de la voluntad, por tener el dominio de la organización, organización que por su estructura propia tiene “vida propia”, una vida que es automatizada, puesto que desarrolla una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros, funciona de todos modos, de manera “automática”, sin importar la persona individual del ejecutante, en definitiva el que ejecuta el acto responde por ser autor directo, en tanto que el sujeto de detrás responde por ser autor mediato, siendo dicha conclusión la

que no es aceptada por cierta parte de la doctrina en razón de que no se puede hablar de autoría mediata cuando el autor inmediato es una persona libre y responsable, y por ello buscan la solución para condenar al sujeto de detrás dentro de la concepción de la coautoría y/o de la inducción, criterios con los cuales no comparto, en razón de que no encaja plenamente dentro de dichas concepciones, a saber:

Al existir dos autores, en este tipo de casos de los aparatos organizados de poder o de las organizaciones criminales, uno directo y uno mediato, se podría decir o pensar que se estaría hablando de una coautoría, por la coexistencia de dos personas, sin embargo de ello, ésta concurrencia de dos autores “libres y responsables”, considero que no se puede hablar de coautoría, concordando con lo que expone ROXIN, pues no existe lo que se conoce como el dominio funcional, no se presenta una división de funciones, dentro de cada cual las partes intervinientes, que serían los coautores, dominan el hecho de dicha actividad, que conjuntamente se complementan para la consecución de un fin común, que es la ejecución en el presente caso de un ilícito; en el caso de los aparatos organizados de poder no existe en ningún momento un acuerdo de voluntades para llevar a cabo dicho ilícito, sino se cuenta con una orden de quien maneja la organización, la misma que es cumplida por cualquiera de los individuos que son intercambiables.

No se puede hablar tampoco de inducción, en razón de que el inductor necesita buscar un autor influenciado, a quien debe enrolarlo en su plan de ejecución, para lo cual incluso tendrá que vencer la resistencia que pueda presentar, y en el evento que no logre inducirlo, deberá buscar otra persona y repetir el procedimiento, todo esto no se presenta en el caso analizado, que es los aparatos organizados de poder estatal, que es también aplicable para las organizaciones criminales, pues en este caso el autor de escritorio o autor de despacho, conocido como el sujeto de detrás, solo debe impartir una orden, teniendo la seguridad que la misma será cumplida, por cualquiera de los individuos “inferiores jerárquicamente”, pues como bien se dice son únicamente engranajes de la gran máquina u organización de poder, y con ello no tendrá que convencerlos de que ejecuten el acto, sino que simplemente da la orden y la misma será cumplida, pues como se manifestó dichos individuos son intercambiables, situación que no se presenta en la inducción. Uno de los fundamentos a favor de la inducción y en contra del criterio de fungibilidad, es el hecho de que debe ser ilimitado el número de

ejecutores intercambiables, con lo cual no estoy de acuerdo, puesto que si existe más de un sujeto dispuesto a ejecutar el hecho, es decir que pueda ser intercambiado, la seguridad de ejecución del acto es mayor, situación que no se refleja en los casos de inducción.

Considero que cabe destacar que existen casos concretos, de delitos perpetrados por la organización criminal o los aparatos organizados de poder a los cuales no se los puede aplicar el criterio de la autoría mediata, como es el caso de la “especialidad” que se hablaba, y que era el fundamento de algunos autores para negar la teoría planteada y analizada; en los casos de especialidad como el de la fabricación de una bomba, que se esbozó en el trabajo, no estaríamos frente a un caso de autoría mediata, pues no es una actividad por la cual el autor de escritorio pueda servirse de la intercambiabilidad de los ejecutores y del automatismo de la organización, justamente porque es una actividad que puede ser desarrollada única y exclusivamente por determinadas personas, en función de su especialidad, estando por lo tanto a mi parecer frente a una inducción, puesto que el sujeto de detrás deberá inducir al “especialista” al cometimiento del ilícito, y dependerá de la actuación de éste, sin que exista la seguridad de ejecución del acto, que si se presenta en la autoría mediata.

Por todo lo expuesto, comparto con la tercera modalidad de autoría mediata planteada por ROXIN, ya que el instrumento, que es uno de los elementos claves de las formas de autoría mediata, en los casos de los aparatos organizados de poder, se encuentra en el sistema mismo que está compuesto por intermediarios fungibles, el sujeto de detrás aprovecha la estructura y condiciones marco preconfiguradas de un aparato de poder, encontrando dentro de ello los fundamentos básicos de dicha modalidad, que son la fungibilidad y el automatismo, elementos que son necesarios en las organizaciones criminales para poder hablar de esta modalidad de autoría mediata. Ahora bien, como se manifestó en el segundo capítulo, en la actualidad ROXIN, acogiendo el planteamiento de SCHRODER, incorpora el requisito de “disponibilidad hacia el hecho específico de la organización” para que se pueda configurar este tipo de autoría, al respecto debo manifestar que considero que la disponibilidad incondicional hacia el hecho, es una consecuencia lógica o más aún forma parte del criterio de la fungibilidad planteado inicialmente, esto en razón de que para que una persona sea intercambiable – criterio de fungibilidad- debe contarse con la disponibilidad de dicha persona para

ejecutar el ilícito, es por ello que a mi parecer se estaría redundando por decir de alguna manera el concepto de fungibilidad, al añadir dicha disponibilidad incondicional. Por todo ello considero, como ya lo expresé, que el fundamento para la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de los aparatos organizados de poder son la fungibilidad de los ejecutores y el automatismo de la organización

BIBLIOGRAFÍA

- ROXIN, Claus, “Autoría y Domino del Hecho en Derecho Penal” Séptima Edición – Editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, España 2000
- ROXIN, Claus, “La Teoría del Delito en la Discusión Actual”, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2007
- FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva, “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Editorial Comares, Granada 2006
- ROXIN, Claus, “Problemas Actuales de Dogmática Penal”, Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima – Perú, 2004
- WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, duodécima edición, Editorial Jurídica de Chile 1969
- Edgardo A. DONNA, Derecho Penal Parte General, tomo I, Rubinzal Culzoni, 2006
- José CEREZO MIR, Cursote derecho penal español, II y III, Civitas 2005
- José CEREZO MIR, Obras completas Ara, Lima 2006
- Hans Joachim HIRSCH, Obras completas, Rubinzal Calzón 2005
- Hans WELZEL, El nuevo sistema de derecho penal B de F 2001
- MAURACH, Reinhart, y otros “Derecho Penal” Parte General, 2, Séptima Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992
- Claus ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Civitas 1997
- Wolfgang NAUCKE , Derecho Penal Parte General, Astrea 2006
- MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal” Parte General, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000

ARTÍCULO

- “El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder ” de Enrique Eduardo Aldunate Esquivel

PAGINA WEB

- <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/ambos17.htm>

- www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/autoriamediata-PantaCueva.pdf
- <http://www.perujuridico.com/2008/08/21/la-autoria-mediata-por-dominio-de-organizacion/>
- <http://www.jusdem.org.pe/articulos/IVAN%20MEINI.ppt>
- http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoria_mediata.htm
- http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1706963&orden=62793
- <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Marquez1.pdf>
- <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2007-09-15/imecopinion0785075.html>
- <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1869>
- <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/la%20autor%EDa%20mediata%20de%20abimael%20guzm%El%20por%20dominio%20de%20la%20organizacion%F3n.pdf>