

*Ministerio de Educación Superior
Universidad de Sancti – Spíritus
“José Martí Pérez”*



Facultad de Humanidades.

*Trabajo de Diploma para optar por el Título de Licenciada en
Derecho.*



*“LA AUTORÍA MEDIATA: APUNTES PARA UNA REVISIÓN
CRÍTICA DEL CÓDIGO PENAL CUBANO”*

Autora: Felicia Aymara Acosta Mirabales

Tutor: Lic. Manuel Díaz García

Sancti - Spíritus

2011

“Año 53 de la Revolución.”

Pensamiento

"Llevamos nuestras dificultades y nuestras escaseces con dignidad, con la dignidad de aquellos que no se rinden, con la dignidad de aquellos que no se pondrán jamás de rodilla".

Fidel Castro Ruz

Dedicatoria

Dedico este trabajo A:

- *Mi esfuerzo y mi sacrificio para poder ver este sueño materializado y hecho realidad.*

- *A mis padres, especialmente, a mi madre por no perder la esperanza en mí.*

- *A los que creyeron en mí y a los que me creyeron rendida.*

Agradecimientos

Quiero hacer extensivos mis más sinceros agradecimientos A:

- *Mis padres por enseñarme y guiarme en el camino de la vida.*
 - *Mis abuelos por quererme y mimarme tanto.*
- *Mis tías(os) y primas(os) por estar siempre pendiente de mí.*
 - *Mi tutor el Lic. Manuel Díaz García por ser el guía en esta última travesía.*
- *Mis compañeros de aula porque fue maravilloso compartir con todos esta etapa de mi vida.*
 - *A los profesores de la Universidad José Martí y a la Revolución por darme la posibilidad de formarme y ser una profesional.*
- *Todos los que me quieren y los que nunca dudaron de mi capacidad.*

A todos muchísimas gracias y mi corazón.

Resumen

El Trabajo de Diploma “La autoría mediata: apuntes para una revisión crítica del Código Penal cubano” constituye la frontera entre las categorías de autor y partícipe, más específicamente las discrepancias existentes en el orden teórico práctico y el doctrinal científico acerca de la autoría mediata.

En aras de arrojar luz sobre esta situación se enuncia la presente tesis en respuesta al problema de: ¿Cómo modificar el artículo 18 apartado 2 del Código Penal para que, cuando se trate de una organización criminal o similar y el instrumento responda penalmente, el hombre de atrás sea considerado autor mediato, sin estar presentes las circunstancias de inducción y organización-ejecución del hecho? El objetivo general de esta investigación es: Proponer las bases para la modificación del artículo 18 cardinal 2 de la Ley Penal sustantiva, en virtud de una amplia regulación de la autoría mediata, de manera que la solución de los casos tengan mejores resultados, evitándose lagunas al respecto.

La información tratada se obtuvo examinando textos, artículos de revistas, ponencias, legislación nacional y extranjera. Fueron utilizados métodos teóricos como el histórico-lógico, el jurídico-comparado, el exegético, el análisis y síntesis y el inductivo-deductivo; así como la técnica empírica del análisis de documentos y las entrevistas.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I. Evolución de la participación delictiva. Conceptos de autoría y participación.....	7
1.1 Evolución de la participación delictiva.....	7
1.2 Conceptos de autoría y participación.....	14
a) La autoría. Concepto de autor.....	14
b) Autor y sujeto activo.....	15
c) Autor y partícipe.....	16
1.2.1. Sistema unitario.....	16
1.2.2 Sistema diferenciador.....	19
1.2.2.1 Concepto extensivo de autor.....	19
a) La teoría del interés.....	20
b) La teoría del dolo.....	21
1.2.2.2 Concepto restrictivo de autor.....	22
A. Teoría objetivo - formal.....	23
a) La concepción tradicional.....	24
b) La concepción moderna.....	24
B. Teoría objetivo - material.....	25
a) Las antiguas teorías.....	25
▪ Teoría de la necesidad de la aportación causal.....	25
▪ Teoría de la simultaneidad.....	26
▪ Teoría de la causalidad física y la causalidad psíquica.....	26
▪ Teoría del nexo directo.....	26
▪ Teoría de la intensidad del ataque al bien jurídico.....	26
b) La teoría del dominio del hecho.....	26
Capítulo 2: Concepciones doctrinales acerca de autoría mediata, su regulación en diferentes ordenamientos jurídico.....	28
2.1 Concepciones doctrinales acerca de autoría mediata.....	28
2.1.1 Autoría mediata en sentido estricto y autor detrás del autor.....	31
2.2 Regulación de la autoría mediata en diferentes ordenamientos jurídicos.....	38

2.2.1 Código Penal Federal mexicano.....	38
2.2.2 Código Penal alemán.....	39
2.2.3 Código Penal español.....	40
2.2.4Otros ordenamientos jurídicos (de Latinoamérica –incluido) Cuba.....	40
a) El Código Penal de Bolivia.....	40
b) El Código Penal colombiano.....	40
c) El Código Penal ecuatoriano.....	41
d) El Código Penal de la República de El Salvador.....	41
e) El Código Penal de la República de Costa Rica.....	42
f) El Código Penal de la República de Cuba.....	42
Capítulo 3: Autoría mediata por dominio de la organización.....	44
3.1 Razones para el fundamento del autor detrás del autor.....	44
3.2 Ninguna coautoría o inducción de los hombres de atrás.....	51
3.2.1Diferencias entre la autoría mediata en virtud de organizaciones de poder y la coautoría.....	51
3.2.2 La inducción al delito y sus diferencias con la autoría mediata por dominio de la organización.....	55
3.3 Diferencias del autor mediato con el autor organizador.....	58
3.4 Estado actual de la regulación jurídica de la autoría mediata por dominio de la organización. Bases para una modificación.....	59
Conclusiones.....	61
Recomendaciones.....	63
Bibliografía.....	64

Introducción

El delito puede ser cometido por un sujeto o por varios. Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre lo indica, alguien que favorece, ayuda, o auxilia en la comisión de un delito, para cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.

Esta distinción se hace más difícil de realizar e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas, cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno y por otros miembros del grupo se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar a todos los miembros del grupo por su pertenencia al mismo, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacer responsables a los miembros de esos grupos que no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que sólo llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican asumen el control o dirección de su realización o simplemente como jefes de una organización lo desean.

Esta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos concretos realizados por organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales, que son los grandes males que aquejan a las sociedades modernas.

La autoría y las diversas modalidades de la participación en el delito entrañan, en realidad, formas concretas de obrar el sujeto. De lo contrario se perdería el sentido lógico de las disposiciones contenidas en el artículo 18 del Código Penal cubano¹.

Los casos en que una persona comete el delito valiéndose de otra como instrumento, no se recogen de igual forma en todos los ordenamientos penales sustantivos, existiendo algunos que ni tan siquiera lo tienen establecido, violándose con ello elementales principios de la técnica jurídica.

Es la doctrina quien los ha delimitado y, como en casi todos los tópicos penales, no hay unanimidad al enumerarlos. La autoría mediata es una creación de la moderna ciencia penal alemana. Su origen sistemático se inicia con CRISTOPH CARL STÜBEL en la primera mitad del siglo XIX, y quizá la mayor explicación la produjo en 1963 CLAUD ROXIN en su obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Así, el origen, concepto, naturaleza jurídica, casos y la problemática en general aparecen en textos de autores alemanes, a quienes en un sentido u otro ha seguido la literatura penal española y latinoamericana.

Los casos de autoría mediata, tradicionalmente tienen como punto de partida que el instrumento ejecutor no es responsable. Así, a manera de ejemplo, citamos a LISZT²,

1 **ARTICULO 18.** 1. La responsabilidad penal es exigible a los autores y cómplices.

2. Se consideran autores:

- a) los que ejecutan el hecho por sí mismos;
- b) los que organizan el plan del delito y su ejecución;
- c) los que determinan a otro penalmente responsable a cometer un delito;
- ch) los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse;

d) *los que ejecutan el hecho por medio de otro que no es autor o es inimputable, o no responde penalmente del delito por haber actuado bajo la violencia o coacción, o en virtud de error al que fue inducido.*

3. Son cómplices:

- a) los que alientan a otro para que persista en su intención de cometer un delito;
- b) los que proporcionan o facilitan informes o medios o dan consejos para la mejor ejecución del hecho punible;
- c) los que, antes de la comisión del delito, le prometen al autor ocultarlo, suprimir las huellas dejadas u ocultar los objetos obtenidos;
- ch) los que sin ser autores cooperan en la ejecución del delito de cualquier otro modo.

4. En los delitos contra la humanidad o la dignidad humana o la salud colectiva, o en los previstos en tratados internacionales, son autores todos los responsables penalmente, cualquiera que fuere su forma de participación.

quien aduce como hipótesis cuando el instrumento no es imputable, cuando ha obrado sin libertad, cuando actúa sin dolo, cuando obra sin la intención o cualidad determinada y cuando el agente inmediato estaba obligado a ejecutar el acto por deberes del servicio o por disposición legal. Para DONNA “Es autor mediato quien comete el hecho por medio de otro, quien para la ejecución del hecho punible que se cometa con dolo se sirve de otro ser humano como instrumento. Por eso si algo caracteriza a la autoría mediata es el dominio de la voluntad de otro”.

ROXIN, además de explicar sobradamente el tema, agregó una hipótesis que rompió con las bases acuñadas hasta 1963, pues alejándose de la no responsabilidad del instrumento, propuso que hay autoría mediata en los casos de dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, en las cuales el instrumento actúa con plena responsabilidad penal pero sirve a la ejecución de un plan de una organización jerárquicamente organizada. Bajo este concepto abierto de dominio del hecho, ROXIN cree posible encontrar autoría mediata no sólo en casos de coacción o de error del ejecutor, sino también cuando el instrumento es responsable pero forma parte del engranaje de un aparato organizado de poder. Propone así un verdadero caso de **“autor detrás del autor”**, tema del que me ocuparé en lo sucesivo.

En todo caso lo que está claro, es la depreciación de una persona a la categoría de medio material, conducido dentro de un ámbito de falta de libertad, con el objetivo de perpetrar la obtención de fines delictivos. De ahí me parece convincente entonces, la tesis que sostiene que el autor mediato es autor y no partícipe, independientemente de que se sirva de una cosa o de un ser humano como intermediario. Su autoría se funda en que el llamado hombre de atrás mantiene en todo momento el dominio del suceso, por esta razón DONNA afirma “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 sí idóneo para la comisión responsable del hecho. Su autoría se funda en el dominio del hecho: objetivamente tiene en las manos el curso causal del acontecimiento típico y subjetivamente conoce y quiere este dominio.”

² von Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, 2da ed., tr Jiménez de Asúa, t. III, ed. Hijos del REUS, Madrid, 1917, Pág. 71 y ss.,

El concepto de autor mediato no comprende la responsabilidad o irresponsabilidad del instrumento. Basta decir que es autor mediato quien comete el delito sirviéndose de otro como instrumento, sin especificar si a este último le es imputable o no el hecho punible, pues con ello se descartan discrepancias que corresponde analizarlas en los casos de autoría mediata y no en su concepto. Y es que tradicionalmente se afirma que el instrumento no es responsable, pero en el caso de error de tipo el sujeto instrumento puede tener responsabilidad por culpa si aquél es vencible, y más claro resulta en los casos de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, en el que el sujeto instrumento actúa con plena responsabilidad.

La clave que sirve para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de los mismos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes. Se trata, pues, de meros ejecutores anónimos que si por cualquier motivo no quieren o no pueden realizar en el caso concreto el hecho que se les ordena, pueden ser sustituidos por otros, sin que por eso fracase el resultado final, de ahí la diferencia con el autor inductor y el organizador, dada cuenta que nunca podrán sustituir al instrumento a utilizar.

Dada esta disyuntiva es que se pretendió realizar esta investigación, existen sobradas interrogantes que responder, pero la más importante en esclarecer es la de ¿Cómo modificar el artículo 18 apartado 2 del Código Penal para que, cuando se trate de una organización criminal o similar y el instrumento responda penalmente, el hombre de atrás sea considerado autor mediato, sin estar presentes las circunstancias de inducción y organización-ejecución del hecho?

Es por ello que la hipótesis planteada es la siguiente: Con la propuesta de modificación del artículo 18 cardinal 2 del Código Penal se podría lograr que tanto el autor mediato como el instrumento utilizado por este respondan penalmente en

supuestos en que la redacción actual del artículo lo impida, salvando una objetiva laguna técnica.

El objetivo general de la investigación es: Proponer las bases para la modificación del artículo 18 cardinal 2 de la Ley Penal sustantiva, en virtud de una amplia regulación de la autoría mediata, de manera que la solución de los casos tengan mejores resultados, evitándose lagunas al respecto. De él se desprenden los siguientes objetivos específicos: Determinar cuáles son las concepciones teóricas acerca de la autoría y la participación; Analizar valoraciones doctrinales que fundamentan la autoría mediata; Valorar la regulación de la autoría mediata en Cuba respecto a otros códigos penales; Demostrar la insuficiente regulación de la autoría mediata en nuestro Código Penal.

Cuando se valora la participación se está analizando diversas formas de intervención de sujetos en el evento delictivo, en qué grado debería exigírsele responsabilidad penal a través de la imputación del hecho a cada uno de los participantes del mismo por separado partiendo de su real, objetiva y concreta intervención. Presentar una solución factible al problema en cuestión puede impulsar el debate a todos los niveles posibles, para convertirse en el principio de análisis más profundos en las instancias pertinentes (como el legislador, por ejemplo).

Más allá de las implicaciones prácticas que puedan desencadenarse con este trabajo, el servirá como bibliografía complementaria en la materia penal, pues incluye diferentes enfoques doctrinales, aspectos de derecho extranjero, datos reales sobre la situación y nuevas opiniones, válidas para seguir motivando a los estudiantes de Derecho a investigar sobre cualquier aspecto que consideren que deba reformarse en el ordenamiento jurídico o en cualquier otra esfera de sus vidas pre-profesionales.

La investigación comenzará como Exploratoria ya que en ella se abordarán los antecedentes de la autoría y la participación, así como las teorías en las que se basa la distinción entre el autor y el partícipe. Se desarrollará como Descriptiva: en ella se caracterizará el fenómeno de la autoría mediata, su situación actual y sus rasgos concretos así como se expondrán conceptos de otras figuras relacionadas con esta.

Explicativa: se interesa en cuáles son los factores causales que determinan este fenómeno y el resultado que se deriva de su aplicación. Es una investigación Aplicada: ya que lo que se busca con la investigación es resolver un problema social o cambiar una situación actual. Y por último Cualitativa: la investigación se basa en examinar diferentes textos, artículos de revistas y de sitios de la Web.

Para dar cumplimiento a los objetivos trazados se utilizaron métodos teóricos y empíricos. Entre los métodos del nivel teórico encontramos: Histórico-Lógico: que permitió el estudio del tema en su devenir histórico; Análisis-Síntesis: permitió analizar las características específicas de la institución y entenderlas de modo interrelacionado, utilizándose en toda la investigación pues el análisis tuvo un papel decisivo en la descomposición bibliográfica y la síntesis, permitió su integración a fin de obtener nuevos conocimientos y concatenarlos para elaborar conceptos y supuestos teóricos de la investigación; Deducción-Inducción: propició arribar a conclusiones a partir de la información recopilada; Análisis Jurídico y Comparado de la Norma: aportó el encuentro de semejanzas y diferencias e incluso exclusividades en los ordenamientos jurídicos positivos de un país a otro, permitiendo identificar las tendencias en el derecho en el mundo actual marcado por el proceso de globalización e integración; Exegético-Jurídico en sus modalidades gramaticales y lógicas: facilitó concatenar el lenguaje común con el técnico jurídico y realizar un estudio razonado de las normas legales, tanto en la legislación nacional como en la de otros países. Entre los del nivel empírico: Análisis de documentos: permitió descubrir las dificultades existentes en legislación relacionadas con la autoría mediata.

La información manejada se obtuvo examinando los criterios de autores autorizados a hablar sobre el tema en diferentes textos, artículos de revistas, ponencias presentadas a eventos, trabajos de tesis relacionados con el contenido de la investigación, así como la consulta a toda la legislación que resultó necesaria; para lo cual el uso de Internet permitió, en gran medida, la obtención de las fuentes disponibles.

Evolución de la participación delictiva. Conceptos de autoría y participación.

1.1 Evolución de la participación delictiva³

En la antigüedad se carecía de una doctrina general sobre el concurso de personas en el delito, sin embargo se habla de una ley ateniense que castigaba, con igual pena, al que había aconsejado el delito y al que lo había realizado⁴. Fue en el Derecho Romano en donde esta materia comenzó a desplegar sus primeros atisbos. El trato legislativo que tuvo la participación para los romanos ha traído como consecuencia que algunos autores sean del criterio(LUDEN, ROSSHIRT, HEPP y VON LISZT)⁵, que en éste, no se realizaba distinción alguna entre los distintos tipos de intervinientes, otros (BIRBAUN) consideraban que el mismo castigo sólo se aplicaba a los que merecieron el nombre de *socii criminis* y por último (PESSINA) se encuentran los que, sostuvieron que sólo se establecía la penalidad para algunos delitos y algunos tipos de participación.

En el Derecho germano aparece con mayor claridad el principio de graduación entre diversos intervinientes, aunque varias formas de participación eran castigadas con las mismas penas que la autoría. En Alemania medieval el instigador se equiparó al autor; así como el cómplice en determinados delitos o cuando sin su aporte o cooperación la consumación no hubiese sido posible. El resto de los partícipes eran penados en grado inferior.

³Sobre una reseña de la evolución de la participación puede verse entre otros: von Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, 2da ed., tr Jiménez de Asúa, t. III, ed. Hijos del REUS, Madrid, 1917, Pág. 71 y ss., PESSINA, Enrique; *Elementos del Derecho Penal*, 2da ed., tr González del Castillo, ed. Hijos del REUS, Madrid, 1913, Pág.491 y ss., MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 1ra parte, V.3, tr. Santiago Sentis, ed EDIAR, Buenos Aires, 1949, Pág. B233 y ss.

⁴ Vid. PESSINA: *Ob. Cit.*, n.1, Pág. 491

⁵ Cfr. Von LISZT: *Ob Cit.*, Pág. 72 y ss., Mommsem, Teodoro: *Derecho penal romano*, tr. P. Dorado, Bogotá, 1976, Pág. 68- 71

El Derecho canónico reconstruyó las doctrinas de Derecho romano reconociendo, no sólo el principio de que se puede intervenir en el delito con hechos distintos a los de la realización material, siempre que se hallen relacionados con la misma, sino también castigó la instigación a delinquir, acogiendo además, la doctrina alemana de los hechos posteriores que constituían la *ratihabitio* o protección y se desarrolló algo más el principio de graduación de la pena entre la cooperación principal y la secundaria.

“(…) el verdadero comienzo de una teoría sobre el concurso de delincuentes se debe a las Leyes estatutarias de las ciudades italianas y a los interpretes que inauguraron en Italia la Ciencia del derecho penal”⁶. Según los Estatutos italianos, el partícipe del delito era penado, pero en menor medida que el reo principal. Es en virtud de la obra de los intérpretes italianos y de otros autores y tratadistas de diversas nacionalidades que se consolida el principio de una graduación de la pena entre el autor y los partícipes, el cual se transmitió al Derecho positivo moderno.

Ya en la *Constitutio Criminales Carolina*, en su artículo 177, se establecía que todo el que para favorecer la comisión de un delito prestara concientemente y de un modo peligroso asistencia o socorro, cualesquiera que fuera la clase y nombre de semejante ayuda, debía ser castigado, pero con una diversidad correspondiente a las varias exigencias de los casos.⁷

En el Código Penal francés de 1810, aun cuando ofreció hasta ese entonces la delimitación más clara y esencial entre autor, cómplice e inductor, delimitación esta que pasó al Código Penal prusiano de 1851, al alemán imperial e influenciaron en el español de 1822 y 1848, equiparaba la pena del cómplice a la del autor y así mismo castigaba el encubrimiento, como una de las formas de complicidad.⁸

⁶PESSINA; *Ob Cit.*, Pág. 494

⁷ *Ídem*, Pág. 495

⁸ El Código Penal francés recibió la influencia de dos Derechos: el galo-romano y el germano. Sobre sus fundamentos y contenido *Vid.* Riviére, Alberto: “Francia” en von LISZT: *La legislación penal comparada*. t. I, *Derecho criminal de los estados europeos*, ed. Revista de medicina y cirugía práctica, Madrid, 1986, Pág. 361 t y ss

Igual resultado presentaba el Código Penal inglés. Este Derecho, en materia de delitos graves (*felonies*), presentaba la distinción entre reos principales y cómplices, subdividiendo los primeros en principales de primer grado y segundo grado, y los segundos en cómplices antes del hecho y después del hecho. También trató en los delitos no graves, de los *abettors* o auxiliadores. Ninguna de estas distinciones tenía eficacia práctica en cuanto a su penalidad, toda vez que, venían exceptuados y castigados con una pena menor los cómplices después del hecho, los cuales no eran reales cómplices, sino meros encubridores. Por la influencia del *common law* inglés, esta misma diferenciación y severidad se recogió en el Derecho Penal de los Estados Unidos de América.

En el resto de las legislaciones del siglo XIX se hecha a ver la tradición jurídica de los prácticos de la edad media.⁹ Ejemplo de ello lo es en los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870, el portugués de 1886, el alemán de 1870, el holandés de 1881, el belga de 1867 y el italiano de 1889.

En la actualidad son pocos los ordenamientos jurídicos que igualan la pena del partícipe a la del autor, siendo la mayoría los que realizan una adecuada distinción. Entre las legislaciones que aun mantienen esta equiparación encontramos la francesa, el Código Penal italiano, el austriaco y el brasileño, el cual retoma en su artículo 29 el modelo de la normativa italiana. El Derecho anglosajón no ha experimentado en la actualidad grandes cambios, siguiendo los mismos patrones expuestos *supra*¹⁰, aunque el Derecho norteamericano, a diferencia del inglés, se sitúa cerca del concepto unitario de autor en los códigos penales más recientes, exceptuando sólo el cómplice después del hecho (encubrimiento).¹¹

Para establecer las características de las categorías de autor y partícipe en la legislación penal sustantiva cubana, primero hay que analizar los antecedentes y

⁹ PESSINA: Ob Cit., Pág. 496

¹⁰ JESCHECK/WEIGEN: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ta ed., tr. Olmedo Cardenete ed. Comares, Granada, 2002, Pág. 711-713.

¹¹ Vid. HERLIZT: *Parties to a Crime*, Pág. 87 y ss., LAFAVEL SCOUT: *Substantive Criminal Law 2*, Pág. 132 y ss., FLETCHER, GEORGE P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal*, tr. Muñoz Conde, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

fuentes legislativas del Código Penal cubano. El primer Código Penal que como tal rigió en la Isla lo constituyó el español de 1870 el cual, por Real Decreto de 23 de mayo de 1879 se dispuso que se aplicara en los territorios jurisdiccionales de las Islas de Cuba y Puerto Rico. Este código establecía en su artículo 13: **se consideran autores**, 1. *los que toman parte directa en la ejecución del hecho*; 2. *los que fuerzan o inducen directamente á otros á ejecutarlo*; y 3. *los que cooperan á la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiese efectuado*, y en su artículo 15 preceptuaba que *son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 13, cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos*¹².

Como puede apreciarse, el Código Penal español de 1870 *consideraba* como autores algunos tipos de participación como el inductor y el cooperador necesario. Este elemento caracterizará el desarrollo legislativo en materia de participación, tanto de España como de Cuba¹³.

En la doctrina española son muchos los autores que han abordado esta problemática del tratamiento legislativo en forma diferente a estas categorías. MUÑOZ CONDE expone que una cosa es lo que, a los efectos de la pena, el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde el punto de vista conceptual puede entenderse como tales. “No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí puede castigarse con la misma pena, en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría”¹⁴.

MIR PUIG, refiriéndose a la regulación de la participación en el actual Código Penal español de 1870, dice: “El Código Penal emplea, pues en dos sentidos el término ‘autor’: en **sentido estricto** que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un **sentido amplio** que incluye a partícipes especialmente importantes en

¹² Vid. VON LISZT y otros: *La legislación penal comparada*, t. I, *Derecho Criminal de los estados europeos*, tr. Adolfo Posada, ed. Revista de medicina y cirugía práctica, Madrid, 1896, Pág. 65.

¹³ Vid. artículo 14 del Código Penal español de 1973, artículo 28 del Código de 1995 y el antiguo artículo 14 del Código de 1848.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, 2da edición. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1991. y GARCÍA ARÁN: Ob. cit., Pág 478.

el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario”¹⁵. Apoyando esta idea se encuentra lo expresado por CEREZO MIR en su *Curso de Derecho Penal*, en donde recuerda que en criterio de la doctrina dominante en el Derecho Penal español consideraba que en el antiguo artículo 14 del Código Penal de 1973, no se formulaba un concepto de autor sino que se declaraba únicamente a quienes se consideraba autores a efectos penales, correspondiendo a la Ciencia del Derecho Penal y a la jurisprudencia formular un concepto de autor¹⁶.

El Código Penal español de 1870, salvo en el período de las luchas mambisas por lograr la independencia de Cuba, en donde se promulgó la Ley Penal de la República en Armas con fecha 28 de julio de 1896, rigió hasta que entrara en vigor el Código de Defensa Social con fecha 8 de octubre de 1938. Este código recopiló lo más actual de la Ciencia Penal en su época, inspirándose fundamentalmente en el Código Penal español de 1928. En su artículo 27 y siguientes se regulaba lo concerniente a la codelinuencia. En ese propio artículo se disponía que eran responsables de los delitos y contravenciones: los autores y los cómplices. El artículo 28 hacía referencia a los autores: **Inmediatos**, *los que toman parte directa en la ejecución del hecho o lo realizan por sí mismos (autor inmediato y coautor) y los que cooperen a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos al mismo sin los cuales el delito no hubiera podido ejecutarse (cooperador necesario o cómplice primario) y mediatos*, *los que fuerzan o inducen a otros a ejecutar la infracción, empleando la violencia o fuerza física, la intimidación, el hipnotismo u otra fuerza o constreñimiento psicológico de entidad suficiente para producir el acto y los que actúen moralmente sobre los autores inmediatos engañándolos, sugestionándolos, imponiéndoles su autoridad ascendiente o poder, ofreciéndoles precio, recompensa, dádiva, influencia o empleando cualquier otro medio semejante tendiente a inducir la acción criminosa.*

De lo anterior se colige que el legislador, en el caso del Código de Defensa Social, al igual que el Código Penal español de 1870, aunque eliminando el término de *se consideran autores*, reguló como tipos de autoría reales tipos de participación como lo

¹⁵ MIR Puig: *Derecho Penal...*, ob. cit., Pág 358

¹⁶ CEREZO Mir, JOSÉ: *Curso de Derecho Penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito / 2*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002. t. III, Pág 208.

son el cooperador necesario y el inductor. Un aspecto positivo se encuentra en la regulación del *principio de comunicabilidad de las circunstancias* dentro de los artículos referentes a la participación delictiva, marco metodológico adecuado para el análisis de esta institución: artículo 32.- *No se comunicará a los co-reos las circunstancias modificativas de la responsabilidad del agente*; además, se regulaba la posibilidad de no apreciarle las circunstancias materiales a los codelincuentes cuando alguno de éstos, no la conociesen: artículo 31.- *Cuando el agente no conociera, al tiempo de la ejecución del delito, la existencia de circunstancias de hecho que según la ley influyan en su calificación, o agraven la responsabilidad, dichas circunstancias no le serán imputables.*

Algo similar ocurrió en la Ley 21 de 1978 (Código Penal) vigente desde 1979, modificativa del Código de Defensa Social en la cual el legislador revolucionario en el apartado 2 del artículo 18 expuso: **son autores** y dentro de esta consideración comprendió al cooperador necesario, al inductor y a la figura del organizador, la cual aparece por vez primera debido a la influencia del derecho socialista en nuestro país, desapareciendo la figura de la coautoría, se desprendió de la regulación de la codelinuencia lo referente al *principio de comunicabilidad de las circunstancias* y se eliminó el artículo 31 del Código de Defensa Social.

En la Ley 62 de 1987 y vigente en el año 1988, modificativa de la Ley 21, el legislador, aunque mantiene en esencia la misma regulación del artículo 18 de la Ley 21, introduce una ligera modificación al cambiar el término de **son autores**, mantenido de forma expresa en la Ley 21 y tácita en el Código de Defensa Social, por el mismo término empleado en el Código Penal español de 1870 y el empleado por el también Código Penal español de 1973 vigente en la época de promulgación de la Ley 62: **se consideran autores**. Con la utilización de este término, aunque no lo suficientemente claro, el legislador está dando a entender que no todas las formas de intervención reguladas en el apartado 2 del artículo 18, son tipos de autoría y que existen tipos de participación o autores legales dentro de ese propio apartado (el inductor, cooperador necesario y el organizador).

La afirmación anterior no está sustentada únicamente en la utilización del término **se consideran autores** argumento poco sólido y científico sino también y especialmente en el *principio de accesoriedad* y en toda la herencia acumulada por la doctrina penal en lo tocante a la diferenciación entre las categorías de autor y partícipe expuesta *supra*; así como en la valoración del desarrollo histórico de la regulación de la codelincuencia y las influencias teóricas en la que ésta, se ha inspirado. Lo antes expuesto no quita que la regulación de la codelincuencia en el Código Penal cubano no es la más feliz y que la misma, contraviene principios que hoy constituyen pilares en el Derecho Penal moderno como el de *individualización*, el de *culpabilidad*, el de *proporcionalidad*, al atentar contra un juicio adecuado de culpabilidad en lo que respecta a los partícipes (inductor, cooperador necesario y organizador).

Pudiera incluso pensarse del análisis de la regulación de la codelincuencia en el Código Penal cubano, que éste recoge en el artículo 18 un *concepto unitario de autor*, aunque no es tan absoluto, toda vez que éste hace una distinción entre los que considera autores y los cómplices, por lo que estaríamos ante una versión limitada del *concepto unitario de autor* o pudiera incluso, asociarse al *concepto unitario funcional de autor*.

Este análisis quiebra ya que en el *concepto unitario* no hay cabida para el *principio de accesoriedad* de ciertos tipos de intervención en el hecho, en concreto de los tipos de participación y como se expuso *supra*, en nuestro ordenamiento penal sustantivo rige el *principio de accesoriedad limitada* de la participación. Nunca podrá exigírsele responsabilidad a un inductor o a un cooperador necesario si el sujeto activo no realizó un hecho antijurídico.

Del estudio de la codelincuencia a lo largo de los años surge en la dogmática penal lo que se conoce como la *Teoría de la autoría y la participación*, la cual se ha encargado de sistematizar los conocimientos, principios y categorías referidos, precisamente, a la intervención de los sujetos de un delito. Ésta ha sido ubicada metodológicamente en

diferentes estadios. Para algunos es un problema especial de la **tipicidad**.¹⁷ MIR PUIG¹⁸ considera que las formas de intervención en un delito constituyen tipo de autoría y tipo de participación.

Como indica JACKOBS: “En la determinación de la autoría y la participación se trata de comprobar en que relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes en un suceso delictivo”.¹⁹ De lo anterior se concluye que lo esencial es determinar en que grado y tipo, un determinado sujeto, es responsable por su concreta intervención en un delito, por lo que a pesar de la indiscutida relación que existe entre la problemática y la tipicidad, la punibilidad y la causalidad, el problema pertenece a la Teoría de la autoría y la participación, constituyendo éste, el criterio mayoritario en la doctrina cubana.²⁰

1.2 Conceptos de Autoría y participación.

La autoría. Concepto de autor.

Las descripciones de los hechos punibles de los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal hacen referencia al autor de la manera anónima y singular: “el que”. El autor de un delito es aquél a quien un tipo penal del catálogo señala como su realizador²¹. JIMÉNEZ DE ASUA define al autor como “aquel que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito in species”²². En los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico es señor sobre la realización del tipo²³.

¹⁷ZAFFARONI, E. R.: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1982, Pág. 228, FERNÁNDEZ, Alberto A. y Luis G. PASTORA: *Autoría y participación criminal*, ed L. E. A., Buenos Aires, s.f., Pág. 26, para estos autores el problema de la participación constituye una ampliación de la tipicidad.

¹⁸MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 6ta ed., Reppetor, Barcelona, 2002, Pág. 357 y ss

¹⁹JACKOBS, Gunter: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, tr. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 718.

²⁰Vid QUIRÓS PÍREZ: *Ob. Cit.*, Pág. 53 y ss., RAMOS SMITH; *Ob. Cit.*, Pág. 485 y ss., BAQUERO VERNIER; *Ob. Cit.*, Pág. 8 y ss., GONZÁLEZ ALCANTUL; *Ob. Cit.*, Pág. 2 y ss.

²¹VILLA STEIN. *Derecho Penal. Parte General* (2ª Ed.) 2001, Pág. 309.

²²JIMENEZ DE ASUA. *La ley y el delito*. (6ª Ed.) 1973, p. 501.

²³ PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 2000, Pág.329. Cit. a WELZEL.

La noción de autor se encuentra descrita en el artículo 18 del Código Penal, así como las definiciones de autor mediato o indirecto. La norma penal da un concepto de autor adelantando la idea general que modelará la autoría, pues la expresión “el que realiza” es obvio que lo que se ha requerido es individualizar al sujeto sobre quien recaerá el título de la imputación. Esta condición significa, además, que el autor debe obrar con el dominio de la realización del hecho, que supone una acción típica y antijurídica como mínima: la sola realización de los elementos objetivos y subjetivos de la descripción típica fundamentan únicamente el título de “sujeto activo”.

Significa, que los criterios que nos permitirán saber quién es autor deberán deducirse de cada tipo legal en la parte especial, del Código Penal, complementado por las prescripciones contenidas en la Parte General. Autor será, en ese sentido, el sujeto (“el que”) a quien se le imputa el hecho como suyo, esto es: el que mató, robó, estafó, etc., con un dominio final sobre el acontecer. Al decir de JESCHECK, autor es “el que” anónimo con que empiezan la mayoría de descripciones típicas; el legislador parte del presupuesto de que el autor es quien realiza la totalidad de los elementos del tipo en su propia persona.

Autor y sujeto activo.

Es importante destacar la diferencia entre el concepto de autor con la expresión sujeto activo. No son conceptos del mismo nivel, ni iguales. La noción de autor contiene la responsabilidad criminal por el hecho cometido, en tanto que el sujeto activo es exclusivamente la persona que realiza la conducta típica, persona que, como anota Quintero Olivares, puede o no ser catalogada como autor en el sentido indicado.

Es más el concepto de sujeto activo es la base objetiva sustentadora de la noción de autor, porque alude a la persona que realiza el tipo, ya que efectivamente la tipicidad excepcionalmente no comporta antijuricidad; visto así, el sujeto activo normalmente es el autor del hecho²⁴.

²⁴Ibidem.

Autor y partícipe.

El problema en torno al cual giran y es punto de inicio u origen de las teorías sobre la autoría y participación es encontrar la manera de lograr, lo más exactamente posible que se pueda, la distinción entre el autor y los colaboradores que hayan participado en la realización de un hecho delictuoso, valorar cada conducta y de acuerdo a esa distinción y participación penar dichas conductas. La complejidad de esta separación, complejidad que resulta de la gran variedad de formas del comportamiento humano y sus manifestaciones, fue lo que dio base para que surgieran diversos sistemas:

1.2.1. Sistema unitario.

1.2.2. Sistema diferenciador.

1.2.2.1 Concepto extensivo de autor.

1.2.2.2 Concepto restrictivo de autor.

A. Teoría objetivo - formal.

B. Teoría objetivo - material.

1.2.1. Sistema unitario.

El concepto unitario de autor ²⁵alcanzó, con la obra del jurista alemán STÜBEL en 1828, su más elevado nivel de desarrollo teórico, iniciándose entonces el lento y limitado proceso de su previsión legislativa, que tuvo su punto de partida en el Código Penal de Austria de 1852 y continuó con el noruego de 1902, el danés y el italiano, ambos de 1930, el brasileño de 1940 y el ahora vigente en Austria de 1974. El concepto unitario de autor se ha desenvuelto con arreglo a dos tendencias: la tradicional o clásica (el llamado “concepto unitario formal”) y la funcional (el llamado “concepto unitario material”)

²⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *Autoría y Participación*, 2º. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 45 y ss.; REINHARD MAURACH: Ob. cit., t. II, p. 304; BACIGALUPO, ENRIQUE: *Manual de Derecho penal*, Editorial Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, p. 179; MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho penal*, 2º. ed. Editorial PPU., Barcelona, 1985, pp. 310 y ss.; JESCHECK, HANS-HEINRICH: Ob. cit., vol. II, p. 889.

La diferencia entre la noción funcional o material y la tradicional, clásica o formal es simplemente conceptual, porque aquella hace la clasificación de las diversas formas de autoría sólo para darle a cada una de esas formas denominaciones específicas, existiendo entre ambas nociones (la formal y la funcional) identidad valorativa al señalársele a todos los intervinientes, tanto en el concepto funcional como en el formal, los mismos marcos punitivos.

El concepto unitario de autor considera a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo como autores, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho²⁶. El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad: Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable, culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación)²⁷.

Respecto a este concepto unitario de autor, pese a que a primera vista aparece como sencillo y práctico, se puede, sin embargo, plantear serias objeciones. La primera de ellas se refiere al hecho de que si tratamos a todas las contribuciones al hecho típico de igual manera, se desdibuja el injusto específico de la acción prevista en cada tipo penal. El principio de legalidad material podría entrar en crisis, en este contexto, porque no quedaría en claro exactamente cuál es la conducta prohibida por cada figura penal. Se podría preguntar, por ejemplo, si está alcanzada por la prohibición de matar la acción de comprar un arma y entregársela a quien se manifiesta dispuesto a privar de la vida a otra persona. Desde el uso ordinario del propio lenguaje, parece claro que "no mata" o, mejor aún, que "no es autor del homicidio", quien sólo entrega el arma a la persona que, materialmente, causa la muerte. Es decir, el concepto

²⁶ JESCHECK. Ob. cit Pág.889

²⁷ JACKOBS. Derecho Penal. Parte General. (2ª Ed.) 1995. Pág.719.

unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa del fomento de un delito no realizado²⁸.

En segundo término, este concepto unitario de autor provoca objeciones adicionales tanto en los delitos que sólo pueden ser cometidos de propia mano como en los delitos especiales. Según el concepto unitario, en este tipo de delitos, habría que considerar autores, también, a todos los que intervengan en la comisión del hecho con algún aporte que contribuya causalmente a la producción del resultado —por la pura causalidad de su cooperación—, aun cuando estas personas no realicen la conducta típica de propia mano ni posean la calificación especial que el tipo penal exige para los autores. Es decir, todos son responsables, tanto los extraneus como los intraneus responden.

Según se advierte, el hecho de postular que son autores todos aquellos que realicen alguna contribución causal a la comisión del hecho, parece más que nada una proposición semántica. En realidad, se pretende eliminar la categoría de la instigación y de la complicidad, recurriendo exclusivamente al concepto de autoría pero, sin embargo, al momento de la graduación de la pena, esas categorías resurgen porque, evidentemente, significan una intervención diferente en el hecho que debe ser reflejada en la determinación judicial de la pena. Podría criticarse esta afirmación pues en muchas legislaciones, tanto cuando se trata de la instigación como de la complicidad necesaria, se impone la misma pena que la prevista para el autor.

Tales circunstancias son las que han determinado que el concepto unitario de autor haya tenido reducida significación en el terreno teórico y en el normativo. Esta concepción, es recomendada especialmente por el “Derecho Penal de la voluntad”²⁹, acogido por la escuela nazi de Kiel (Rueder).

²⁸ Ibidem

²⁹ JESCHECK. Ob. cit. Pág. 889.

1.2.2. Sistema diferenciador.

Esta corriente realiza una diferenciación entre los autores y los partícipes de un hecho punible, lo que implica estimar distintas consecuencias jurídicas para cada intervención. Conforme este sistema son dos conceptos de autor diferenciados:

1.2.2.1. Concepto extensivo de autor.

También presenta los defectos del concepto unitario de autor. Extensivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad. Según aquél, toda causación fundamenta autoría (en algunos tipos, toda causación por determinada vía) que luego con arreglo a diversos tipos, mediante la limitación de la pena por el Derecho positivo, cabe reducirla a participación (y por eso no es concepto unitario de autor)³⁰.

El fundamento dogmático de esta teoría es - coincidiendo en este punto con el concepto unitario de autor - la idea básica de la teoría de la equivalencia de todas las condiciones del resultado. Según la misma, es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica. Según ella, también el inductor y el cómplice son en sí autores³¹. Como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal³². De esta manera se concluye que es autor el que aporta una condición del resultado.

El concepto extensivo de autor hace posible, que no pueda existir ninguna aportación causal al hecho que, por lo menos en principio, no pueda ser aprehendida por el Derecho Penal. Los militantes del concepto extensivo de autor realmente practican

³⁰ JACKOBS. Ob. cit. Pág. 721.

³¹ JESCHECK. Ob. cit. Pág. 894/895

³² PEÑA CABRERA. Cit. a LISZT. Ob. cit. Pág. 331.

una inaceptable ampliación de los tipos, violando el principio garantista de la ley y que, con justicia, BELING tildó de “procedimiento desleal y de engaño del pueblo”³³.

Pero si autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, porque ambas son equivalentes desde un prisma causal, solamente resta la posibilidad de buscar la distinción en un criterio subjetivo. De ahí que el concepto extensivo de autor vaya unido a la **teoría subjetiva de la participación**. Según la misma, es autor quien realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, con **voluntad de autor**, mientras que es partícipe quien al hacerlo únicamente posee **voluntad de partícipe**³⁴. Autor será quien actué con ánimo de autor (*animus auctoris*), y partícipe quien obre con ánimo de partícipe (*animus socii*). Para determinar en qué caso el sujeto ha actuado con *animus auctoris* o *animus socii*, los subjetivistas han recurrido a diversas fórmulas: así hay quienes consideran que autor es quien quiere el hecho como propio, y partícipe el que lo quiere como ajeno; otros sostienen que autor es quien tiene interés en la producción del resultado, y partícipe, quien no lo tiene; por último, están quienes indican que partícipe es quien somete su voluntad a la del autor, dejando al criterio de éste decidir sobre la consumación del delito³⁵. Para vencer tales inconvenientes se procuró definir de manera concreta ese requisito subjetivo y abstracto (el del *animus*) recurriendo a diversas vías teóricas, de las cuales las dos predominantes han sido: la teoría del interés y la teoría del dolo.

a) La **teoría del interés** sostiene que actúa con *animus auctoris* quien con intervención en el hecho persigue su propio interés, mientras que actúa con *animus socii* quien persigue con su actuación un interés ajeno. Esta teoría puede conducir a la absurda consideración de un sujeto como cómplice a pesar de haber sido quien realizó íntegramente el comportamiento delictuoso, sólo porque actuó en interés de otro, así como a la no menos absurda consideración de un sujeto como autor a pesar de haber actuado como cómplice.

³³ PEÑA CABRERA. Ob. cit. Pág. 331

³⁴ JESCHECK. Ob. cit. Pág. 895.

³⁵ PEÑA CABRERA. Ob. cit. Pág. 332/333.

El caso más notable es “el de la bañera” a que alude la sentencia de Reichsgericht 74, 84 (85) (Tribunal Imperial) que condenó como cómplice a la altura de la muerte por inmersión de su sobrino “en la bañera”, en interés de su hermana, la madre, que estaba siendo amenazada por el padre de ambas hermanas, abuelo de la víctima³⁶. Otro caso es del espía de la KGB Soviética, Staschinsky, que recibe la orden de Alemania del Este de matar en Munich a dos fugitivos alemanes guías de inmigrantes (muro de Berlín), y que por hacerlo es sentenciado como cómplice y no como autor³⁷.

b) La **teoría del dolo** se sustenta en que el *animus auctoris* consiste en una voluntad autónoma, independiente, mientras que el *animus socii* consiste en una voluntad dependiente de la del autor y subordinada a la decisión de este. Por consiguiente, el criterio determinante de la diferencia entre la autoría y la participación fundamenta en un punto de vista subjetivo, pero basado en una actitud psíquica concreta: la subordinación del dolo del cómplice a la decisión del autor principal.

La distinción entre autoría y participación ha pasado a ser así en amplia medida, en la aplicación práctica del Derecho, de ser una cuestión del tipo a convertirse en un problema de fijación de la pena. Esta teoría subjetiva de la participación ha sido seriamente criticada por el desafortunado resultado jurisprudencial que ha tenido en Alemania, donde sus tribunales castigaron como meros partícipes a sujetos que habían realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que consideraron autores a quienes no habían tenido intervención material en el hecho.

BACIGALUPO opina que esta teoría es criticable por cuanto la sola actitud interior del autor no debería ser suficiente para reemplazar la realización de una acción ejecutiva de un delito³⁸.

Contra el concepto unitario de autor, contra el concepto extensivo de autor y contra los demás intentos de fundamentación sin recurrir a la accesoriedad (es decir sin

³⁶ VILLA STEIN. Ob. cit. Pág. 312.

³⁷ Ibidem

³⁸ BACIGALUPO. Manual de Derecho Penal. 1984, Pág. 182.

imputación de la acción ejecutiva realizada por otro) la responsabilidad del que no ejecuta por sí mismo o mediante un instrumento hable también que todos estos esquemas se ven obligados a definir como ilícito un comportamiento en el ámbito previo a la exteriorización (a la realización del tipo).

El acuerdo de varias personas que, sin posterior ejecución, no tiene efectos exteriores algunos, debería estar libre de controles en un estado de libertades; pero si se renuncia a la accesoriedad, sólo queda la vía de caracterizar como perturbación social el acuerdo de cometer el delito o en favorecimiento del delito psíquica o activamente, u otro comportamiento interno; es decir, no se respeta el principio del hecho. La situación cambia si se reconoce la accesoriedad: el comportamiento en el ámbito previo no constituye entonces injusto, sino que forma la comunidad que permite imputar a todos en común el comportamiento típico ejecutivo. La formulación usual del que no ejecuta por sí mismo participa en el injusto ajeno es más bien equívoca, pues el comportamiento ejecutivo es el injusto de todos y cada uno de los partícipes, también del que no ejecuta por sí mismo³⁹.

El hecho de penar como cómplice a quien verdaderamente es autor, extiende el concepto de autor hasta un punto que afecta la función de garantía de la ley penal. Además, al relevarse la actitud interna de los intervinientes como criterio diferenciador entre autoría y participación conduciría a entender este problema equivocadamente fuera del tipo, como una problemática de culpabilidad.

1.2.2.2. Concepto restrictivo de autor.

Llamando también “teoría subjetiva restrictiva”, propugna que “no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo”⁴⁰.

³⁹ JAKOBS. Ob. cit. Pág. 721/722.

⁴⁰ VILLA STEIN. Ob. cit. Pág.312

Según este concepto, autor es, sólo, quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna. Desde el prisma del concepto restrictivo de autor, la previsión de especiales formas de participación, como la inducción y la complicidad, significa que la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, pues con arreglo al propio tipo sólo podría castigarse al que por sí mismo mata, hurta u ofrece resistencia⁴¹.

Es elocuente al respecto la sentencia del Reichsgericht 74, 85, que condena como autor a quien en efecto lo fue, por matar al marido de la mujer cuyo matrimonio era inestable, por ayudarla a ella. El crimen planeado entre ambos se produce con ocasión de una caminata al pueblo vecino que realizan los tres (víctima, esposa y el autor). El condenado golpea a la víctima con un hacha, hasta causarle la muerte. Todo sucede a instancias de la mujer. El tribunal imperial lo condena como autor, distanciándose de las sentencias del “caso de la bañera”, y del “caso Staschinsky”⁴².

Si la realización de la acción típica ya significa objetivamente algo distinto a su favorecimiento, se deduce por sí solo que autoría y participación también deben distinguirse con arreglo a criterios objetivos. Por ello, el concepto restrictivo de autor va unido a una teoría objetiva de la participación⁴³. Este concepto restrictivo de autor tiene dos posturas o vertientes a estudiar: Teoría Objetiva Formal y Teoría Objetiva Material, las que se apoyan en la sistemática causalista naturalista donde el tipo era concebido en forma exclusivamente objetiva:

A. Teoría objetivo - formal

Esta propuso que la persona que realizara o ejecutara la acción descrita en el tipo, debería ser considerado autor; sin embargo este concepto fue criticado porque no explicaba la situación del autor mediato, del autor intelectual, del instigador, a quienes se les reconoce como autores pero que no realizan personalmente la conducta

⁴¹ JESCHECK. Ob. cit. Pág. 892/893.

⁴² VILLA STEIN. Ob. cit. Pág. 313.

⁴³ JESCHECK. Ob. cit. Pág. 893.

prevista en el verbo que describe el tipo. Esta teoría presenta dos corrientes: la concepción tradicional y la moderna.

a) la concepción tradicional se basa en que *es autor aquel que realiza todos o parte de los actos ejecutivos y los partícipes realizaran una acción preparatoria o accesoria a la acción ejecutiva del autor*. Este es el criterio predominante en la doctrina cubana y a la que se acoge el Código penal cubano⁴⁴

El problema de esta teoría es a la hora de definir que entendemos por acción o actos ejecutivos, al carecer de límites precisos. Las dos nociones predominantes son: las que identifican el acto ejecutivo con aquel que constituye la referencia inmediata a los términos típicos y otra; las acciones ejecutivas pertenecen no sólo a los actos inmediatamente consignados a la figura delictiva, sino a actos previos, con los que aquellos forman una unidad indisoluble, p ej. una acción que, vista aisladamente, pueda constituir tentativa del delito respectivo.

b) La concepción moderna surge como resultado de un proceso de rectificación de aspectos fundamentales de la concepción clásica. Los seguidores de esta teoría parten del principio de que *no pueden ser autores aquellos sujetos que no reúnan las características exigidas en la figura del delito o tipo penal*; ahora, cuando un extraneus interviene en la comisión de un delito de sujeto especial o utiliza a un intraneus, se está ante supuestos de *inducción, cooperación necesaria o complicidad*.

El concepto de autor, en el marco de la concepción moderna, resulta en cierto sentido más amplio que el de la concepción tradicional (en cuanto a que, formas de autoría basadas en la ejecución, admite otras en las que no cabe ver ejecución) y en otro sentido más restringido (en cuanto no se contenta con la realización de alguno o de algunos de los actos ejecutivos para otorgar la condición estricta de autor sino que requiere la realización total de la conducta penalmente configurada)

⁴⁴ QUIRÓS PÍREZ, RENÉN. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ed., 2005. Pág. 53-56

La principal objeción que puede formularse a esta concepción, desde el punto de vista de la legislación cubana, es la siguiente: el artículo 18 del Código Penal contiene la regulación de la autoría, de modo que la admisión de un autor extraído directamente de las figuras delictivas es formalmente innecesaria y produce indeseables consecuencias. La autoría y las diversas modalidades de la participación en el delito entrañan, en realidad, formas concretas de obrar el sujeto. De lo contrario se perdería el sentido lógico de las disposiciones contenidas en el artículo 18 de Código Penal. Si cuando en el artículo 261 se define el homicidio diciendo “el que mate a otro”, se aludiera “al que ejecuta ese hecho por sí mismo” ¿Qué misión desempeñaría entonces el artículo 18 apartado 2 inciso a) del Código Penal? La conclusión es la siguiente: el artículo 261 contiene sólo un concepto (homicidio es la muerte de un hombre causada por otro hombre), el cual no se refiere a la forma concreta en que el sujeto ejecuta o contribuye a la ejecución del hecho punible; ella se toma en cuenta por la ley en otro momento.

B. Teoría objetivo - material.

Esta teoría trató de encontrar la solución al problema, basándose en teorías individualizadoras del nexo causal, específicamente en la teoría de la causa suficiente; donde se distingue causa, condición y ocasión, propone que quien ponga la causa será autor; y participe el que cuantitativamente aporte una condición, o sea ocasional su intervención. En este ámbito pueden distinguirse dos direcciones principales: la de las antiguas teorías objetivo materiales y la de la moderna teoría del dominio del hecho.

a) Las antiguas teorías basan la distinción entre autor y participe en el nexo causal (producción del resultado delictivo) entre quienes aportan causas (autores) y quienes aportan condiciones (partícipes); aunque también incluyen otras orientaciones en lo material a criterios objetivos. Estas teorías surgidas fundamentalmente en Alemania han sido abandonadas por la doctrina y la jurisprudencia de aquellos países donde se aplicaron. Entre ellas encontramos:

- Teoría de la necesidad de la aportación causal:

- Teoría de la simultaneidad: (autor es quien actúa en la fase de ejecución del delito, de suerte que debe estar vinculado temporalmente al hecho, en cuanto debe tener una cierta proximidad a la ejecución).
- Teoría de la causalidad física y la causalidad psíquica: (autor es aquel que está en posición de superioridad frente a otro, mientras que partícipe es quien se halla en posición de inferioridad, con respecto al autor).
- Teoría del nexo directo: (autor es quien haya colocado con su comportamiento una condición necesaria para el resultado, de modo que sin tal aporte causal no se hubiera producido la consecuencia no deseada por la correspondiente figura de delito).
- Teoría de la intensidad del ataque al bien jurídico: (el autor ataca el bien jurídico y en cambio, el partícipe prepara o asegura el ataque al bien jurídico).

b) La teoría del dominio del hecho: La *Teoría del dominio del hecho* surge para paliar las consecuencias que la teoría subjetiva extrema venía ocasionando en la aplicación de justicia del Tribunal Supremo Alemán por una parte, y por otra, las contradicciones que se presentaban con el concepto causal de acción⁴⁵. Muestra de ello es que quien primero utiliza esta categoría con el ámbito de la participación delictiva es LOBE, precisamente, para criticar la teoría subjetiva, y exige, junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, el verdadero dominio objetivo de la ejecución⁴⁶. El *dominio del hecho* en sus inicios fue objeto de varias críticas. Tratar de salvar todas las observaciones, manteniendo el concepto de dominio del hecho, constituyó el objetivo y el planteamiento metodológico-científico de la obra de ROXIN⁴⁷.

Perfeccionada por CLAUS ROXIN, haciéndola florecer a tal grado de que por unanimidad, se reconoce como teoría dominante de la autoría y la participación; pertenece a las clases de posturas que distinguen entre autoría y participación, siendo así se califica como restrictiva; alcanza aplicaciones válidas incluso frente a la cuestión

⁴⁵ MIR PUIG: Ob. cit., Pág. 363

⁴⁶ En Cuba vid. GONZÁLEZ ALCANTUL, DAVID: *Manual de Derecho Penal General*, t. II, ed. Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1986, Pág. 4-5, para este autor el Código Penal cubano descansa en la "Teoría clásica", la cual basa la diferencia entre autoría y complicidad en virtud de la *causa eficiente*, VEGA VEGA, JUAN: *Algunas diferencias entre el Código de Defensa Social burgués y el nuevo Código Penal Cubano*, La Habana, 1980, Pág. 24, este autor también coincide con los elementos señalados anteriormente.

⁴⁷ BARJA de QUIROGA: Ob. cit., Pág. 29.

de determinar los casos de autoría y participación en los delitos cometidos por personas jurídicas de índole colectiva. En desacuerdo con esta teoría el autor es el sujeto que tenga control directo sobre el acontecimiento del ilícito. Así mismo la persona que no incurra en la realización del hecho, es ajena tanto al control de la acción causante del resultado, así como el dominio funcional del mismo, y que ni siquiera, en un momento dado tiene el dominio sobre la voluntad de quien o quienes lo causaron, es considerada partícipe, en tanto que su aporte fue concurrente para el alcance del delito, en otras palabras el sujeto que habiendo ocurrido a la realización del hecho no lo hizo con algún tipo de dominio funcional, será calificado como partícipe.

Capítulo 2:

Concepciones doctrinales acerca de autoría mediata, su regulación en diferentes ordenamientos jurídicos.

2.1 Concepciones doctrinales acerca de autoría mediata.

“La teoría del autor mediato, se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat*, desarrollada a fines de la Edad Media (...) pero un concepto de autoría mediata no aparece [sino] hasta Stübel (1828) en reemplazo del de causante intelectual. La fundamentación moderna comienza con los hegelianos: Luden, Köstlin, Berner, Hälschner⁴⁸”

La imputación de un hecho delictivo no sólo se hace en contra de quien materialmente lo ha ejecutado, también puede recaer en quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho, y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. En tal caso se habla de autoría mediata. Adquiere la categoría de autor cuando tiene el dominio del hecho y le atribuimos el calificativo de “mediato” en cuanto que no ejecuta el hecho por sí.

La autoría mediata surge para limitar las graves consecuencias del concepto restrictivo de autor y de la accesoriedad extrema. En el primer caso, porque autor sólo lo era quien de manera inmediata cometía el hecho punible y, por consecuencia, la intervención mediata era considerada participación. En el segundo, porque cuando el autor era inculpable, aplicada la accesoriedad extrema, también era impune el partícipe, “de manera que, como afirma Welzel, parecía, pues, necesaria la figura jurídica independiente de la autoría mediata, para el caso de utilización de otro hombre con el objeto de efectuar la acción típica...”.

⁴⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, Pág. 505.

Autor mediato es quien para cometer el delito se sirve de otro como instrumento. La autoría mediata no compagina con la teoría subjetiva ni con la formal-objetiva de autor, pues no es el *animus auctoris* ni la ejecución de propia mano del hecho punible lo que da la categoría de autor.

La autoría mediata sólo es explicable bajo los postulados de la teoría del dominio del hecho, porque sin lugar a dudas es el hombre de atrás el que tiene en sus manos la voluntad del instrumento y las riendas del acontecer causal. “En la autoría mediata — dice Hirsch— queda claro que el dominio del hecho constituye el decisivo punto de partida; cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste tiene el dominio sobre los acontecimientos”.

Los casos de autoría mediata, tradicionalmente tienen como punto de partida que el instrumento ejecutor no es responsable. Así, a manera de ejemplo, citamos a Liszt, quien aduce como hipótesis cuando el instrumento no es imputable, cuando ha obrado sin libertad, cuando actúa sin dolo, cuando obra sin la intención o cualidad determinada y cuando el agente inmediato estaba obligado a ejecutar el acto por deberes del servicio o por disposición legal⁴⁹. Mezger reconoce como casos de autoría mediata cuando el instrumento actúa sin dolo, si lo hace sin voluntad de autor, cuando en un delito especial obra sin estar calificado para la autoría⁵⁰. Y para Mir Puig cuando el tercero actúa con violencia, engaño, inidoneidad, sin dolo, sin elementos subjetivos del injusto, amparado por una causa de justificación o sin posibilidad de imputación objetiva⁵¹.

La irresponsabilidad del instrumento constituyó una barrera para delimitar el campo de la autoría mediata y evitar un irrefrenable abuso de su aplicación. “La figura jurídica de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites —dice Jescheck—, la posibilidad de autoría mediata termina, en primer lugar, allí donde el instrumento es en sí mismo un autor plenamente responsable”⁵².

⁴⁹ VON LISZT, FRANZ. *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Madrid, Reus, 1999, Pág. 80-82.

⁵⁰ MEZGER, EDMUNDO, *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, México, Cárdenas, 1990, Pág. 310.

⁵¹ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Reppertar, 2004, Pág. 380-382.

⁵² JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1981, Pág. 920.

Roxin, además de explicar sobradamente el tema, agregó una nueva hipótesis, propuso que hay autoría mediata en los casos de dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, en las cuales el instrumento actúa con plena responsabilidad penal pero sirve a la ejecución de un plan de una organización jerárquicamente organizada. Propone así un verdadero caso de “autor detrás del autor”,

Bajo este concepto abierto de dominio del hecho, Roxin cree posible encontrar autoría mediata no sólo en casos de coacción o de error del ejecutor, sino también cuando el instrumento es responsable pero forma parte del engranaje de un aparato organizado de poder, porque ésa es la conclusión después de describir el caso y de aplicar los principios orientadores, como elementos de la teoría del dominio del hecho.

La fuente real que llevó a la propuesta de esta tercera hipótesis de autoría mediata fueron los crímenes de guerra o de Estado atribuidos a los altos mandos del régimen nacional-socialista alemán relativos al exterminio masivo de judíos de 1933 a 1945, juzgados en el Tribunal de Nuremberg. Los casos particulares que la doctrina destaca son los procesos judiciales seguidos en contra de Adolf Eichmann y Staschynskij,⁵³ los cuales demuestran, deduce Roxin, “que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar cabida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global”⁵⁴.

⁵³ Adolf Eichmann fue funcionario nazi encargado del Departamento Central para la Emigración Judía y responsable de la ejecución (no de propia mano sino ordenando) de judíos en el campo de concentración de Auschwitz durante el nacionalsocialismo alemán; tras la derrota del régimen, huyó a Argentina de donde el servicio secreto israelí, sin mediar procedimiento de extradición, lo llevó a Israel; ahí los tribunales lo juzgaron y condenaron (a muerte y fue ejecutado) como autor mediato de esos hechos, esto en 1961 y 1962. Staschynskij fue agente ruso a quien el servicio secreto soviético encomendó la muerte de dos dirigentes políticos exiliados; la ejecución fue de propia mano en las calles de Munich; el Tribunal alemán, siguiendo una teoría subjetiva, lo condenó por complicidad porque en el hecho no tenía interés personal, esto en 1962

⁵⁴ ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, Pág. 270.

2.1.1 Autoría mediata en sentido estricto y autor detrás del autor.

La comisión de un delito a través de otra persona, característica de esta forma de autoría tradicionalmente conocida como autoría mediata, no responde a una estructura única. De hecho, la autoría mediata es un tipo de autoría que puede concretarse en dos maneras: la autoría mediata en sentido estricto y el autor detrás del autor.

La autoría mediata en sentido estricto se caracteriza por la realización del tipo a través de otro sujeto al que no se le puede imputar como autor el hecho que materialmente ejecuta, por falta de una decisión autónoma que genere plena responsabilidad. Esto es, la conducta del hombre de detrás será calificada de autoría mediata en sentido estricto únicamente en los casos en que la persona que actúa inmediatamente no sea plenamente responsable. El hombre de detrás es el único que toma una decisión autónoma en relación al hecho punible, por ello, se le va a considerar plenamente responsable del mismo. En relación al ejecutor inmediato, la persona de detrás tiene un dominio exclusivo del hecho. El hecho le pertenece porque es el único que interviene en el proceso lesivo con conocimiento y voluntad en la realización del tipo penal.

El ejecutor inmediato no está en condiciones de disputarle el título de autor, porque, aunque efectivamente sea quien conduzca fácticamente el curso lesivo y, en este sentido, determine objetivamente el hecho, no tiene dominio sobre el hecho. El riesgo originado con la conducta del primer agente no depende para su realización de la decisión autónoma del ejecutor material. La interposición autónoma en el proceso lesivo iniciado por otra persona en principio interrumpe la posibilidad de imputar o hacer responsable como autor al primer agente.

Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el hecho, y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas (coautoría), sino también vertical (autor detrás del autor). La atribución de responsabilidades a título de autor conforme a una estructura vertical se corresponde con la **figura del autor detrás del autor**.

Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permite al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo. Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocando una situación de necesidad coactiva para otra persona, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero, o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante.

En ocasiones, la instrumentalización se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me refiero a organizaciones de poder o delincuenciales constituidas al margen de la ley, en las que el hombre de detrás dispone de capacidad para dictar órdenes, contando que las mismas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos o simples miembros (autor detrás del autor).

Así, el autor detrás del autor, sin prescindir de la decisión de otro, lo instrumentaliza, es decir, se sirve de ella para dominar el hecho desde un punto de vista global. Lo decisivo es en este caso que el hombre de detrás crea una especial situación de peligro para el bien jurídico desde una posición que le permite compartir el dominio del riesgo con el autor inmediato, sin necesidad de llegar a un acuerdo ni de tomar parte en la ejecución material del hecho.

Supuestos o formas de instrumentalización

1. Instrumento que actúa sin dolo. Constituye la primera hipótesis de autoría mediata, que se presenta cuando se utiliza a otra persona que obra con error de tipo como medio para alcanzar el fin propuesto.

La conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de delante, que debe canalizar el dominio del primero, suele presentarse generalmente en forma de provocación del error, pero también en forma de aprovechamiento del error o ignorancia existentes en el intermediario. La incidencia directa del sujeto de atrás sobre el instrumento hace patente la influencia sobre el hecho que realiza el ejecutor.

Ejemplo es el de la enfermera a quien alguien le cambia la medicina que va a inyectar por un veneno, el cual produce la muerte al paciente, o el del individuo que pide a otro destruir una cosa ajena, asegurándole que es propia o el que atraviesa la frontera transportando sin saberlo en su coche, drogas o dinero o el mensajero que entrega el paquete bomba.

El tratamiento en estos casos de autoría mediata responde al máximo al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría que quien coloque intencionalmente en un error de tipo al que actúa, o aprovecha un error ya existente, posee el dominio del hecho y por ello debe responder como autor.

Según la Doctrina, en todos estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa, puede sentarse una regla general: 'cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúa sin dolo ni culpa, sienta una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato'.

2. Instrumento que obra sin culpabilidad. Son los supuestos en los que el instrumento obra inimputablemente, o bajo un error de prohibición.

2.1. Instrumento inimputable. En los supuestos de instrumentos inimputables, incapaz de culpabilidad (como menores de edad, enfermos mentales, etc.) es preciso conocer hasta que 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 inducción.

Puede presentarse la autoría mediata, tanto si el sujeto provoca la incapacidad como si se aprovecha de dicha incapacidad que conoce (utilizar el niño, al demente etc.)

2.2. Instrumento que obra con error de prohibición. Siguiendo la doctrina, en el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable la solución es la misma - que para los inimputables - " pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras que el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de

esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata".

Dado que el error del autor afecta a un factor decisivo de la contemplación penal de su hacer, tanto en los casos de error de prohibición vencible como invencible el tratamiento del hombre de atrás debe ser el mismo que cuando provoca un error de tipo, en el que en los casos de vencibilidad, la apreciación de la responsabilidad del autor por imprudencia no excluye la autoría mediata del hombre de atrás. En los casos de error de prohibición vencible, debe tenerse en cuenta la capacidad del hombre de atrás sobre el instrumento, su dependencia y la influencia y autoridad moral 'indiscutible' que el hombre de atrás pueda tener sobre el autor directo.

3. Instrumento que obra de acuerdo a derecho. Es una forma en la que el instrumento no actúa antijurídicamente, a consecuencia de una justificante creada por el autor mediato, o visto el problema desde el punto de vista del instrumento, su actuación no es típica, es conforme a derecho. El instrumento de este modo actúa justificadamente, al obrar objetiva y subjetivamente conforme a derecho.

En estos casos el instrumento mismo actúa, sin duda, jurídicamente tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo (por ejemplo el funcionario de policía que practica de buena fe una detención en virtud de una acusación falsa consciente), pero no importa su actuación ajustada a derecho, sino la ilicitud de la actuación del hombre de atrás, si éste sabe que la privación de libertad no se halla materialmente justificada.

La creación por el autor mediato de una situación de legítima defensa para el instrumento ha sido el clásico ejemplo de este tipo de autoría. Como en el caso donde A crea una situación en la que B es llevado a agredir a C, el cual, según lo previsto por A, resulta muerto o lesionado. A en tal caso sería autor mediato de las lesiones o del homicidio de C causados por B en legítima defensa.

4. Instrumento que actúa coaccionado. La autoría mediata en este sentido tiene lugar cuando se trata de una situación de *vis compulsiva*; la *vis absoluta*, por el contrario, origina la autoría inmediata. *Vis compulsiva* es la fuerza física o moral empleada en contra de otra persona con el objeto de obligarla adoptar una decisión. Si bien puede tratarse de violencia psíquica, como amenazar la voluntad, con un castigo reiterado tendiente a ese objetivo; la *vis compulsiva* va dirigida siempre a la voluntad del forzado. Es el caso del padre que es obligado, mediante el secuestro de su hijo, a transportar estupefacientes hacia otro país, bajo la amenaza de que si no lo hace matarían a su hijo.

5. Instrumento que no obra típicamente. Existen tipos penales en los que, por la misma configuración en la descripción del legislador, permite el ordenamiento al titular del bien jurídico lesionarlo, sin consecuencias jurídicas. Son situaciones donde la autolesión es impune. El caso es discutido en Alemania por la necesidad de punir la inducción al suicidio. En España como en Colombia el caso no ofrece problemas pues está incriminada la inducción misma en forma expresa. Pero el supuesto subsiste cuando se trata de autolesiones.

En el supuesto de las autolesiones, la manifestación de la autoría mediata no se articula a partir de la conducta realizada por el instrumento, puesto que éste no siempre actúa de forma típica al no estar su acción prohibida por la ley penal. Y de otro lado, el sujeto de atrás tampoco ejecuta directamente la actividad que produce el resultado típico para él. Pero, la colaboración de la víctima en la producción del resultado puede revestir alguna importancia en la determinación de la responsabilidad del tercero, pues en cierta manera condicionaría la imputación objetiva del resultado.

La doctrina dominante considera que tal impunidad supone una libre voluntad de lesión del titular del bien jurídico y la conciencia del alcance del acto realizado en propio perjuicio, de modo que cuando la lesión al bien jurídico es causado por el propio titular, pero en virtud de una voluntad viciada por la acción de un tercero, éste responde como autor mediato.

6. Aparatos organizados de poder o meramente delincuenciales. El dominio de la voluntad también puede obtenerse a través de los llamados aparatos organizados de poder, en los que la preponderante posición que ocupan en ellos unos o varios sujetos los convierte en autores mediatos de los delitos que ejecutan sus miembros.

Esta forma de autoría mediata es independiente de la forma de la coacción y del error; su fundamento se encuentra en la fungibilidad de los miembros de la organización criminal, que llevaban a cabo la ejecución de las ordenes; éstos son meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordena la comisión de un delito. Según este planteamiento, el dominio de la voluntad estaría siempre en el sujeto de atrás puesto que la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato, pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden de cometer el delito se negara a ejecutar el hecho, debido a la fungibilidad del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituirse automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría. Lo decisivo es que el autor de atrás domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desemboquen finalmente en la ejecución de delito por parte de autor inmediato. No se descarta, sin embargo, la participación pero ésta sólo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos.

La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatales, sino también se entiende incluido en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc. que actúan al margen del ordenamiento jurídico. Organizaciones que se caracterizan por tener una estructura jerárquica consolidada (aparato organizado de poder), la disposición de los miembros de la organización a seguir los objetivos de la misma, el poder de decisión de los mandos dirigentes, la intercambiabilidad de los ejecutores materiales y el automatismo en el cumplimiento de órdenes derivadas de la propia dinámica del aparato de poder.

Las condiciones del dominio de organización

Por consiguiente, si se reconoce el dominio de organización como una forma independiente de autoría mediata, queda la cuestión acerca de sobre qué condiciones en particular se fundamenta este dominio.

1. Poder de mando.

Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.

2. La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.

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 ésta. Esta desvinculación al Derecho no depende, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica.

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 ej., el homicidio de fugitivos en el Muro de Berlín 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.

3. La fungibilidad del ejecutor inmediato.

La ejecución de órdenes del hombre de atrás se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no pueden impedir la realización del tipo.

4. La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

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.

Se explica partiendo de que aquél 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.

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.

2.2 Regulación de la autoría mediata en diferentes ordenamientos jurídicos.

La autoría mediata no se regula de igual forma en los diferentes ordenamientos jurídicos. Se impone hacer referencia a algunos de esos ordenamientos jurídico-sustantivos. Apuntes de derecho comparado resulta el modo idóneo para ilustrar las afirmaciones anteriores, se comenzará comentando lo que se establece con relación a la autoría mediata en el Código Penal Federal mexicano,

2.2.1 Código Penal Federal mexicano

En el Código Penal mexicano la autoría mediata fue desconocida por el legislador de 1931. Se introdujo en la reforma de enero de 1984 al artículo 13, y ahora en la fracción IV se considera como autor *a quien lleve a cabo el delito sirviéndose de otro*. El texto es adecuado, pues no corresponde a la norma prever todos los supuestos de autoría mediata que la realidad proporciona, por lo que basta una fórmula general que

comprenda un concepto abierto y la incertidumbre corresponde al juez desecharla al momento de ocuparse de los casos, recurriendo a la interpretación de la norma jurídica, pues no hay pronunciamiento jurisprudencial al respecto.

En México, la adopción de la autoría mediata en el Código Penal Federal (artículo 13, fracción IV) permite concluir el reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como punto esencial de la autoría, y al menos la literalidad del precepto (llevar a cabo el delito sirviéndose de otro) no lucha con la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder. Este camino de pronunciar un supuesto jurídico general sin entrar en casuismos lo siguen también los códigos penales alemán y español.

2.2.2 Código Penal alemán

En el Código Penal alemán, a diferencia del cubano, se sigue el sistema *numerus apertus* para regular la *autoría mediata*. El apartado 1 del párrafo 25 preceptúa: *Será penado como autor quien comete el hecho punible o lo hace por medio de otro.*

Al no establecerse taxativamente los supuestos de *autoría mediata*, le corresponde a la doctrina y la jurisprudencia alemana enunciar y fundamentar estos. El criterio preponderante en la doctrina y jurisprudencia es el dominio del hecho aunque existen algunos autores que no concuerdan con los resultados de esta teoría. Dentro de los seguidores del dominio del hecho, existen algunos autores que comparten la solución de ROXIN en los casos de *dominio del hecho en virtud de máquinas de poder*.

Un aspecto importante a destacar lo constituye la utilización del verbo **hacer** de naturaleza más normativa que el de **realizar**, utilizado por el legislador cubano. Realizar da la idea de ejecución de propia mano, *per se*, cuestión que no sucede con hacer o cometer.

2.2.3 Código Penal español

En el Código Penal español de 1973 no se recogía la figura del autor mediato, sino que se encontraba como inducción o supuestos de inducción. Ya en el nuevo Código Penal de 1995, en su artículo 28 se estatuye la *autoría mediata*: *son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

Al igual que el alemán, Código Penal español sigue el sistema *numerus apertus* para regular la *autoría mediata*, siendo tarea de la doctrina y la jurisprudencia establecer y argumentar los supuestos en que se puede apreciar. El criterio preponderante en la doctrina española y que viene imponiéndose en la jurisprudencia en el del dominio del hecho.

2.2.4 Otros ordenamientos jurídicos (de Latinoamérica –incluido Cuba-)

a) El Código Penal de Bolivia⁵⁵ Libro Primero Parte General, Título II El delito, fundamentos de la punibilidad y el delincuente, Capítulo III Participación criminal, en el artículo 20 se recoge la figura del autor mediato de la siguiente forma:

Art. 20°.- (AUTORES). *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso*

Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

b) El Código Penal colombiano⁵⁶, (DECRETO-LEY 100 DE 1980), establece en su Libro I Parte General, Título III Del hecho punible, en el Capítulo III De la participación, artículo 23 lo relativo al autor mediato y su penalidad.

⁵⁵ Vid. Código Penal de Bolivia, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

⁵⁶ Vid. Código Penal de Colombia, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

ART. 23.- Autores. *El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.*

c) El Código Penal ecuatoriano⁵⁷, del año 1999, establece, en su Libro I De las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y las penas en general; Título III De la imputabilidad y de las personas responsables de las infracciones, en el Capítulo II de las personas responsables de las infracciones, específicamente en el artículo 42 establece quienes se reputarán autores y dentro de ellos quienes autores mediatos.

....Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; *los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo;* los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin...

d) El Código Penal de la República de El Salvador⁵⁸, DECRETO N° 1030, de fecha 26 de abril de mil 1997 entró en vigencia el día 20 de enero de 1998, en su Libro I Parte General, Título II Hecho punible y responsabilidad penal, Capítulo IV de los autores y partícipes responsable penalmente, regula en el artículo 34 la figura del autor mediato y su responsabilidad.

⁵⁷ Vid. Código Penal de Ecuador, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

⁵⁸ Vid. Código Penal de El Salvador, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

.....Art. 32.- Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices. Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos. En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho.

Autores mediatos

Art. 34.- Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato

e) El Código Penal de la República de Costa Rica⁵⁹, Ley No. 4573, en vigor desde noviembre de 1970, regula la autoría mediata en el Título III, El autor, Sección II Autores y Cómplices donde el artículo 45 hace referencia a este tipo de autoría,

....ARTÍCULO 45.- Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor.....

f) El Código Penal de la República de Cuba⁶⁰, Ley No. 62/87, en vigor desde el día 30 de abril de 1988., regula la autoría mediata y la responsabilidad de autor e instrumento en el Título V La responsabilidad penal, Capítulo II La participación.

El artículo 18 apartado 2 inciso d) del Código Penal plantea que: se consideran autores (mediatos) “los que ejecutan el hecho por medio de otro que no es autor o es inimputable, o no responde penalmente del delito por haber actuado bajo la violencia o coacción, o en virtud de error al que fue inducido”.

⁵⁹ Vid. Código Penal de Costa Rica, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

⁶⁰ Vid. Código Penal de la República de Cuba, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

El Código Penal establece, de modo taxativo, los límites de la autoría mediata en las cuatro modalidades que ella puede adoptar:

- La falta de tipicidad o de ilicitud del hecho (no es autor). Los casos en que la actuación del instrumento queda amparada por la concurrencia en su favor de una causa de justificación, intencionalmente propiciada por el autor mediato Los casos en que en la actuación del instrumento falta alguna característica exigida por la figura delictiva
- La inimputabilidad del sujeto-medio (el instrumento es un enajenado mental, un sujeto de desarrollo mental retardado o un menor de edad penal).
- La falta de acción del sujeto-medio (la violencia).
- La inculpabilidad del sujeto-medio (la coacción y el error).

Capítulo 3:

Autoría mediata por dominio de la organización.

3.1 Razones para el fundamento del autor detrás del autor.

A la hora de analizar la estructura de la autoría mediata, la doctrina alemana más antigua centraba prácticamente toda su atención en la persona de delante, con lo que las posibilidades de admitir la realización de un hecho a través de otro quedaban reducidas a los casos en que el defecto del instrumento era suficientemente relevante.

Posteriormente, se produce un cambio de enfoque importante, pues se pasa a examinar con creciente interés la conducta del hombre de detrás, especialmente en su relación con el ejecutor material, desarrollándose así un concepto de autoría mediata más amplio, consecuencia del abandono del fundamento que, de forma más o menos explícita, se venía dando a esta figura (utilización de un sujeto que, por presentar algún defecto concreto, no podía ser hecho responsable penalmente). Con ello, se consigue dotar a la figura de la autoría mediata de un ámbito de aplicación relativamente amplio, al no quedar sujeta a un criterio único, puesto que el criterio del dominio se va estructurando en distintos niveles permitiendo, de este modo, admitir la autoría mediata en supuestos muy distintitos entre sí.

¿Cómo se puede fundamentar una autoría mediata en los casos de dominio de la organización?

La aceptación de una autoría mediata, sigue, pues, siendo también dominante en la discusión científica. Cito entre la doctrina alemana sólo dos autores de los más importantes comentarios al Código Penal alemán. HEINE⁶¹ destaca que, en tanto se trata de aparatos organizados de poder desvinculados del ordenamiento jurídico, pudiera “en gran medida estar asegurada la “autoría mediata””. Y JOECKS declara:⁶² “El dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder” aparece como tercera

⁶¹ Schönke/Schröder/Cramer/Heine, StGB, 26ª ed., 2001, § 25, marg. 25 a.

⁶² JOECKS, Münchener Kommentar, 2003, § 25, marg. 123.

forma independiente de la autoría mediata. Es el prototipo de una situación del “autor detrás del autor” y ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo algunas voces se muestran contrarias a esta construcción, rechazándola.” De la bibliografía española cito sólo la representativa afirmación del distinguido MUÑOZ CONDE⁶³ cuando afirma que el dominio de la organización se debería “considerar hoy como un afianzado pilar fundamental de la teoría de la autoría mediata”

¿Cuáles son las razones que se tienen para sustentar esta hipótesis de autoría mediata? Son diversas y constituyen a la vez el blanco de ataque de la doctrina opositora.

En un primer punto es que el instrumento executor del que se vale el autor mediato es evidente y, por tanto, responsable. Ello excluye el dominio de la voluntad derivado de coacción o de error. Esto lo ejemplifica ROXIN aduciendo que por cuanto hace a la coacción, en los procesos de Nuremberg no hay un “solo caso en que alguien hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves”. Y por cuanto hace al error, afirma que: “el simple error sobre la antijuridicidad formal que podría existir, no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer”.⁶⁴

Para atribuir autoría mediata del hombre de atrás no debe aplicarse la teoría subjetiva de autor argumentando que quien ordena es el portador del *animus auctoris*, pues la categoría de autor no se deriva del ánimo del sujeto sino del dominio que tenga sobre la ejecución del hecho punible.

Aquella tesis mayoritariamente la han abandonado por las consecuencias inadmisibles a que conduce, como en el caso Staschynskij en que el tribunal alemán lo condenó por complicidad, pese a que ejecutó de propia mano a los refugiados políticos o en el clásico ejemplo de “la bañera”.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Willensherrschaft im Rahmen “nichtrechtsgelöster” Organisationen?, Festschrift für ROXIN, 2001, Pág. 609 y ss. (611).

⁶⁴ Roxin, *Autoría...*, op. cit., Pág. 271

La autoría mediata por dominio de voluntad a través de aparatos organizados de poder sólo es aplicable a un número restringido de casos y la propuesta no está encaminada para los supuestos de criminalidad común. Dos son las hipótesis en que tendría cabida: primero, cuando el delito es atribuible a quienes ostentan el poder estatal, utilizando organizaciones subordinadas a ellos; segundo, tratándose de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes, creando un Estado dentro del Estado⁶⁵.

Aunque nuestro criterio es que no es requisito esencial que dichas organizaciones criminales, al menos sus máximos representantes, residan en el territorio donde se lleva a efecto el acto.

Este restringido campo de aplicación corresponde a una ponderación valorativa de los sucesos que cometen los integrantes de esas organizaciones. En el caso de estructuras estatales, “es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos [...] dominan la realización del resultado de una manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global”.⁶⁶ Es necesaria esta hipótesis de dominio de la voluntad, dada la naturaleza y papel que tienen los dirigentes de las organizaciones de poder en la comisión de peculiares hechos punibles.

La estructura organizada de poder debe actuar al margen del sistema jurídico socialmente establecido. No es concebible imputar responsabilidad penal respecto de hechos que jurídicamente tienen un sustento, y es que “en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás”.

⁶⁵ Lascano, Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001, Pág. 377.

⁶⁶ Roxin, *Autoría...*, ob. cit., Pág. 272

El sujeto de atrás no se subordina al sujeto ejecutor. Tanto en estructuras organizadas de poder estatales como paraestatales, la gravedad de los hechos punibles cuya ejecución ordenan los hombres de atrás, hace que no pierdan el control de la ejecución, no lo dejan al arbitrio del instrumento, y en esa medida permanentemente dominan la voluntad de éste a quien sólo dejan el dominio de su acción pero no del suceso globalmente considerado. La actuación del hombre de atrás no termina con la emisión de la orden, su dominio persiste dado el engranaje de la organización a la que pertenece y domina. Esto conlleva a conservar un dominio de la voluntad del instrumento, el que siendo portador del dominio de la acción, sólo es una herramienta más en los propósitos de aquél. “Aquí aparecen los autores de escritorio que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque, al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del aparato en la ejecución del hecho”.⁶⁷ De ahí la diferencia con la simple instigación en que el inductor queda subordinado al autor material.

El aparato organizado de poder tiene vida independiente, y sus miembros ejecutores constituyen piezas sustituibles. Es la fungibilidad del ejecutor una de las características esenciales de la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos de poder, pues la organización y los fines de sus dirigentes no dependen del instrumento ejecutor (de ser así habría inducción), por eso se dice que tiene vida independiente el grupo y que funciona en forma automática, pues la negativa de una persona a cumplir el cometido ordenado es irrelevante en la medida que otro más lo sustituirá cual herramienta de trabajo. Es así que el ejecutor constituye un verdadero instrumento, y aun siendo poseedor del dominio de la acción es una pieza más, y por tanto sustituible, en la compleja composición de la organización.

El dominio se basa aquí en la fungibilidad del ejecutor. Lo característico de esta forma de dominio es que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o de prevalerse de una situación de error en el ejecutor, y, además, sin tener que conocer a éste [...] El criterio de

⁶⁷ Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, Edersa, 1982, Pág. 243.

fungibilidad o intercambiabilidad alude a la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan conjunto.

A diferencia de los casos de autoría mediata de dominio de la voluntad por coacción o bajo error, en el supuesto a estudio la responsabilidad del instrumento es plena en autoría material, dado el dominio del hecho que tiene respecto de su acción. Aquí los ejecutores materiales son plenamente responsables e incluso cometen los hechos de forma absolutamente voluntaria, mostrando además muchas veces un alto grado de adhesión a la causa, entusiasmo o fanatismo, igual o mayor que el de los superiores que les daban las órdenes. La responsabilidad del autor material, sin embargo, no incide ni excluye la responsabilidad mediata del autor de atrás, y esto deriva, precisamente, de que el ejecutor, aun siendo dominador de su conducta, constituye una figura anónima y sustituible, como reiteradamente se le ha calificado, dentro de la estructura organizada de poder.

Es posible, indudablemente, una autoría mediata en cadena tratándose de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, incluso sería raro no encontrarla, pues toda organización implica un número considerable de partícipes con un orden, jerarquización, jugando roles distintos, moviéndose en estructuras verticales y horizontales, de manera que entre el sujeto que da la orden y el que la ejecuta, aparecen normalmente muchos eslabones, pero únicamente serán autores mediatos quienes tienen capacidad de orden, capacidad de disponer de la organización misma para los fines delictivos, sólo la cadena de mando importa en estos casos. “Desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando [...] el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes”.⁶⁸

En palabras claras y concisas el Tribunal de Jerusalén, en la sentencia que emitió contra Eichmann, explicó: “La proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre muchos

⁶⁸ Roxin, *Autoría...*, *ob. cit.*, Pág. 243.

delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuando más alejado se esté de aquél que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando”.

Estas son las características de esta peculiar forma de autoría mediata. El tema es poco claro y su aplicación a un caso concreto seguramente representa mayor oscuridad. Por ello me adhiero a Stratenwerth cuando al abordar el punto concluye que: “En la problemática particular hay muchas cuestiones dudosas”.⁶⁹

Pero, ¿cómo se puede fundamentar en realidad la autoría mediata?

Los que se oponen a esta figura jurídica defienden casi siempre la solución de la coautoría o la inducción no por su fuerza de convicción, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida porque creen que la aceptación de una autoría mediata choca contra un principio irrefutable de la teoría de la autoría. Este principio se basa en la aceptación de que no puede haber un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Si el que actúa inmediatamente –esto es, por ejemplo, el asesino del campo de concentración o el soldado del Muro– como poseedor del dominio del hecho es plenamente responsable de su conducta y considerado responsable como autor, sería impensable atribuir simultáneamente al hombre de atrás el dominio del hecho. En este sentido, un “autor detrás del autor” sería una construcción jurídica irrealizable. Ésta es una idea seductora. Sin embargo, se apoya en tres errores, cuyo conocimiento abre el camino a una sólida fundamentación de la autoría mediata.

En primer lugar, el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la

⁶⁹ Stratenwerth, *ob. cit.*, Pág. 243

organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide.

En segundo lugar, de esta visión de las cosas se deriva que el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho, que no se excluyen mutuamente. Quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el denominado dominio de acción, es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.

En tercer lugar, de las circunstancias mencionadas anteriormente se puede obtener una conclusión fundamental, que hace estimable una autoría mediata. No se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualesquiera déficits del "instrumento", como existen, por cierto, en el dominio mediante coacción y error [del instrumento] sino que hay que fundamentarlas positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa en el caso concreto de la dirección de la organización que el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata. Esto ya lo ha contemplado el Tribunal Supremo Federal alemán cuando sobre el dominio de la organización declara: "... en el empleo de instrumentos con error o incapaces de culpabilidad son frecuentes configuraciones de casos en las cuales el autor mediato tiene la aparición del resultado mucho menos en su mano que en casos del tipo descrito."

3.2 Ninguna coautoría o inducción de los hombres de atrás

El dominio de organizaciones como caso de autoría mediata se ha impuesto en la Jurisprudencia alemana, pero en la Doctrina- si bien- encuentra fuertes defensores, tiene también considerables adversarios. JACOBS considera que en estos casos hay “coautoría”; KOHLER defiende la “inducción” y ROXIN contradice: no puede existir coautoría porque los que dan las órdenes y el ejecutor ni se conocen y en modo alguno se hallan entrelazadas sus acciones- la orden sólo tiene la función de desencadenar la acción típica (en relación a la descripción dada de tipo).

3.2.1 Diferencias entre la autoría mediata en virtud de organizaciones de poder y la coautoría.

La coautoría, en su sentido más general, consiste en la realización de un hecho delictivo por una pluralidad de sujetos, actuando de manera conjunta. Para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.

Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. División quiere decir separación, repartición. Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o co-dominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente.

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva.

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: Por una parte, los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, decidan su perpetración. Por la otra cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.

La fase objetiva comprende:

Uno. El co-dominio funcional del hecho, entendiéndose por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.

Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.

Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral –“espiritual”-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, *v.gr.*, la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. De esta manera, el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o a los actos preparatorios, no constituye coautoría, como tampoco aquél subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito.

La coautoría puede valorarse de dos formas, en su concepto estricto y su concepto amplio. Según el concepto estricto, hay coautoría cuando cada uno de los intervinientes realiza íntegra y simultáneamente la misma conducta ilícita acordada por todos.

Según el concepto amplio, hay coautoría cuando el hecho punible es realizado conjuntamente y con división de las tareas y actividades ilícitas, por varios sujetos: Ej.: A y B deciden robar en la vivienda de X y lo hacen de tal manera que A se encarga de fracturar la puerta de entrada en la vivienda, y B se dedica a apoderarse de los objetos que encuentra en la habitación. Este concepto amplio de la coautoría —basado en la teoría del “acuerdo previo”—ha sido elaborado, principalmente, por la práctica judicial conforme se advierte de los pronunciamientos siguientes:

- Cuando en la realización de un hecho delictivo concurren varios sujetos, debe estimarse autores a todos los que, unidos por el concierto y la resolución de cometerlo, realizan actos íntimamente ligados con el delito, conducentes a su perpetración, por cuanto entre todos ellos se establece, en virtud del acuerdo común, un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado.
- Lo que caracteriza a la coautoría es la solidaridad de intención y concurrencia de la voluntad en el propósito y acción punible.
- Tiene el carácter de coautor quien obra en concierto con otros en la ejecución del acto delictivo.
- Para que pueda individualizarse la responsabilidad de varias intervinientes en el acto delictivo, es preciso que haya completa independencia entre los propósitos y los actos realizados por cada uno de ellos.

El coautor ejecuta sólo su propia parte del hecho; el acuerdo común constituye el vínculo que convierte las distintas partes en un todo, que funde, en una unidad jurídica de acción, los actos realizados por cada uno para lograr el resultado querido de manera común, por lo cual todos son coautores del hecho, con independencia de las concretas intervenciones de aquellos, en la ejecución del delito.

La teoría del acuerdo previo no constituye, en realidad, una creación jurídica de la práctica judicial cubana; a ella llegó proveniente de la práctica judicial española, que ya desde algunas sentencias del siglo XIX (por ejemplo, en las sentencias de 21 de febrero de 1884, de 7 de julio de 1892, y otras) había reconocido expresamente la mencionada teoría del acuerdo previo. Por supuesto, tampoco puede atribuirse a los tribunales españoles la elaboración de esta teoría. Ella tiene su punto de partida en dos fuentes principales: de una parte, en la teoría de la coautoría como inducción recíproca, concebida por Feuerbach y difundida por Köstlin y Berner; y, de otra parte, en las ideas de los iusnaturalistas italianos del siglo XIX, en particular Carrara, acerca de la "sociedad" como forma de inducción delictiva. Este fue el pensamiento que sirvió de antecedente a los tribunales españoles para elaborar y aplicar la teoría del acuerdo previo, en el terreno de la coautoría. Si bien la teoría del acuerdo previo surgió como obra impulsada por la necesidad político-penal, su ulterior desarrollo no puede radicarse en el ámbito de lo deseable.

Para que exista coautoría será necesario que ninguno de los intervinientes lleve a cabo todos los elementos del tipo. Ninguno de los sujetos debe tener el dominio del hecho en su totalidad porque en este caso habrá una autoría directa unipersonal y los demás serán partícipes.

En verdad, la concepción de que los hombres de atrás en delitos dentro del marco de aparatos organizados de poder u otros afines, no son autores mediatos sino coautores o inductores ha ganado en los últimos años algunos otros partidarios de prestigio, pero sigue siendo decididamente rechazable. Expongo los argumentos centrales brevemente.

Para una coautoría⁷⁰ falta la ejecución “en común”, que exigen tanto el legislador alemán como el español (§ 25 II del Código Penal alemán, Art. 28 I del Código Penal español). Una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho. Tampoco existe una ejecución común. Porque el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor. Sobre todo, no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas, lo que comúnmente se considera como el criterio central de la coautoría. Tampoco se aprecia en el dominio de la organización una unión recíproca de cómplices que colaboran al mismo nivel, que es característica de la coautoría.

3.2.2 La inducción al delito y sus diferencias con la autoría mediata en virtud de máquinas de poder.

Inducir o instigar significa causar, de manera intencional, mediante el influjo psíquico sobre otra persona penalmente responsable, la decisión de cometer el hecho configurado en la ley como delito. La inducción, por consiguiente, supone siempre, como mínimo, la intervención en el hecho punible de dos sujetos: el inductor (que es quien ejerce el influjo psíquico sobre el otro para determinarlo a cometer el delito) y el inducido (que es quien bajo la influencia psíquica del inductor, ejecuta el delito como autor material)

La inducción se materializa siempre mediante la influencia psíquica ejercida por el inductor, sobre otro sujeto penalmente responsable, para determinarlo a cometer el hecho punible. “Determinar” significa, en el terreno de la inducción, haber dado lugar a la decisión de cometer el hecho. El inductor es quien suscita en el inducido la “decisión” delictiva. Tal decisión delictiva constituye el “primer resultado” de la inducción, mientras que el “segundo resultado” está representado por la ejecución de dicha decisión por parte del autor material. En sentido similar se suele hablar de un

⁷⁰ A favor de la coautoría, Baumann/Weber/Mitsch, Allgemeiner Teil, 11ª ed., 2003, § 29, marg. 147; Jakobs, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1991, 21/103 con nota 190, 191; el mismo; NStZ 1995, pág. 27; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1996, pág. 670; Otto, Grundkurs Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2004, § 21, marg. 92; el mismo; Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, pág. 753 y ss.

“objetivo primario” del inductor (que consistiría en causar la decisión del sujeto) y de un “objetivo final” (que consistiría en la comisión del delito). La decisión del inducido debe ser la respuesta al influjo psíquico ejercido por el inductor sobre el autor material. El acto inductivo ha de ser lo suficientemente poderoso para mover la voluntad de otra persona y decidirla a ejecutar el delito que ella no hubiera realizado sin ese impulso, el cual llega a ser realmente generador de la infracción delictiva.

Es por ello que también con acierto tiene que excluirse una inducción de la autoría mediata. Y es que la situación descrita mediante el dominio de organización tiene una circunstancia en común con la inducción, a saber, que el hombre de atrás provoca al que ejecuta inmediatamente al hecho. Pero el peso objetivo de las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en el dominio de organización.

El inductor permanece fuera del suceso y ha dejado al que actúa inmediatamente la decisión acerca de si y cómo será ejecutado el hecho. Por el contrario, en una organización delictiva el hombre de atrás es la palanca de mando del poder, toma la determinante decisión acerca de si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que ejecuta inmediatamente casi siempre llega sólo casualmente a la concreta situación de acción. Éste no puede cambiar ya nada esencial en el curso del suceso trazado por el aparato, sino, a lo sumo, modificarlo. Incluso, por regla general, un rechazo de la orden no serviría de nada a la víctima porque las condiciones del marco de organización aseguran habitualmente la ejecución de una orden también en este caso. Esta divergencia en el reparto de poder prohíbe equiparar al hombre de atrás de una organización delictiva con el inductor. El o los miembros superiores del aparato de poder pueden confiar, 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, por ende, los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”, de modo que la figura central del suceso –a pesar de la lejanía con el hecho-, es el hombre de atrás en virtud de su *medida de dominio de organización*.

El instigador induce y también puede aducir el autor mediato; pero la esencia permanece distinta. La diferencia fundamental entre autor mediato e instigador es perceptible tanto si se recurre a los casos que hemos llamado tradicionales de esta noción como si se mira a los que la dogmática más moderna quiere derivar de ella. Así, en las situaciones de inimputabilidad, error o estado de coacción del ejecutor físico de hecho, sólo una consideración imbuida del más crudo positivismo puede pretender incluir en la idea pura de instigación el empleo que el inductor haga de un hombre que, a causa de sus facultades permanentemente perturbadas, no puede advertir el significado de su acto; que por una circunstancial percepción equivocada de la realidad tampoco se halla en la posibilidad de captar ese significado, o que, por ausencia de libertad moral no se siente “persuadido” a delinquir sino solo obligado por las circunstancias, por tanto no se podrían cubrir estos casos bajo el manto de la instigación.

El inductor, en verdad, ha obrado menos en el sentido del proceso psíquico de “convencer” que en el de supeditar la voluntad del agente físico a la suya. Tampoco otras situaciones agrupadas bajo el rótulo del “autor detrás del autor” y que son muestra, al menos, de la interna aptitud de desenvolvimiento orgánico que parece ostentar la idea del autor mediato, franquean el camino a la parificación esencial de éste al instigador. Que el autor mediato obre como la larga mano del agente físico del hecho, confundirlo con el instigador o asimilarlo a él importa una adhesión demasiado servil a los enunciados legislativos estrictos e intentar construcciones puramente exteriores, “jurídicas”. Ello queda muy de manifiesto en el consabido ejemplo de la enfermera que por inducción dolosa del médico causa la muerte de un paciente en la ignorancia del contenido deletéreo de la inyección que le aplica. Si conforme al criterio censurado se quiere reconocer en la enfermera al autor del hecho y en el médico a su instigador, se prescinde de las relaciones reales de la vida y se incurre en el paralogismo de trocar lo accesorio por principal y lo principal por accesorio. El médico, no la enfermera, es el protagonista del hecho y aquélla no es más que su ciego instrumento.

Aparte las precedentes razones de fondo, que fuerzan a concebir al autor mediato como una figura de diferente esencia a la del instigador, abundan las razones que

diremos prácticas para entenderla de ese modo. El concepto de instigación no serviría para castigar al pérfido y oculto responsable de un delito que se vale de un ejecutor físico.

3.3 Diferencias con el autor organizador

El autor intelectual es el que planea y dirige la ejecución pluripersonal de un determinado delito, sin tomar parte en su ejecución material; generalmente es el que, por sus antecedentes personales, audacia, agresividad, conocimientos o predominio sobre el resto de la banda, asume la dirección de una operación criminal, es el “jefe” de planes, instrucciones y reparto de actividades, e incluso del botín, es el coordinador de las diversas acciones, lo cual demuestra su poder integrador y de mando delictivo.

El autor intelectual aúna los esfuerzos de otros intervinientes, los dirige hacia la actividad delictiva conjunta en la fase de preparación y de ejecución del delito. Su diferencia con el autor que tratamos, radica fundamentalmente en que éste no asume otro rol que no sea el de desear el resultado ilícito como jefe supremo de la organización criminal, sin que necesariamente deba tener relación directa con el instrumento ejecutor.

El autor intelectual (organizador) siempre actúa dolosamente, es decir, con conocimiento y voluntad de las acciones socialmente peligrosas realizadas por él y por el resto de los intervinientes. Todo esto confiere al autor intelectual (organizador) la posibilidad de dirigir la actuación del grupo de delincuentes hacia el fin delictuoso previamente previsto y deseado. El autor intelectual (organizador) responde por todos los delitos ejecutados por los autores directos que se hallen dentro del plan concebido por el organizador.

El autor intelectual, por su condición de organizador del delito, comienza a actuar en la etapa de preparación del hecho delictuoso: él organiza el plan del delito y organiza la ejecución del acto ilícito (esto no descarta que realice otras actividades preparatorias del hecho socialmente peligroso). Si el delito llega a su etapa de tentativa, el autor

intelectual tendrá que responder por ese delito simplemente tentado, pero si el delito queda en la fase de preparación y el hecho punible es de los que no tienen prevista la punición de los actos preparatorios, sólo podrá sancionársele por el delito de asociación para delinquir (artículo 207.1 del Código Penal, siempre que concurren los requisitos exigidos por dicha infracción).

La figura del autor intelectual (organizador) debe distinguirse de la correspondiente al “promotor”, prevista en los artículos 165.3 (desórdenes en los establecimientos penitenciarios o centros de reeducación) y 208.2 (asociaciones, reuniones y manifestaciones ilícitas). Promotores son, exclusivamente, aquellos que han ideado el hecho delictivo, esto es, que han tomado la iniciativa. Intrínsecamente, el promotor es un organizador, pero dentro del concepto de autor intelectual (organizador) se comprende al promotor y además otros tipos de autores cuya actuación no se limita especialmente a la ideación del delito, sino se extiende a otras acciones. Por consiguiente, en los casos señalados (artículos 165.3 y 208.2 del Código Penal) no rigen las reglas previstas en el artículo 18.2-b del Código Penal respecto al “promotor” cuya penalidad se lleva a cabo conforme a las figuras de delito antes aludidas.

3.4 Estado actual de la regulación jurídica de la autoría mediata por dominio de la organización. Bases para una modificación.

Al hablar de criminalidad organizada, en un sentido amplio del término, debe entenderse como una actividad criminal, ejecutada, estructurada y planificada-“de acuerdo con códigos internos de la organización criminal”-, por individuos que hacen de la actividad delictiva su forma de vida. En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las siguientes características : carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado; destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a realizar hechos antijurídicos con intenciones de influir en esferas de poder; empleo de la disciplina y la coacción en relación con sus miembros y toda clase de medios frente a terceros, con el propósito de alcanzar sus objetivos.

Quedan excluidos de la legislación penal cubana y en situación de verdadera impunidad de su accionar en nuestro país, los autores mediatos que ejecuten el hecho punible o instrumentalicen a una persona capaz de ser autora por sí misma de la conducta típica y antijurídica en cuestión. El “autor detrás del autor”, institución relativamente moderna creada por la doctrina alemana y que viene a actualizar la más antigua del autor mediato, no ha sido acogida por nuestra Ley Penal Ritual, lo cual representa un atraso imperdonable con respecto al devenir histórico de la sociedad global y nacional y una falta al deber fundamental de toda norma de evolucionar con los tiempos y mantener siempre una situación de seguridad y amparo legal de las situaciones dadas en la nación a la que sirve.

De acuerdo al tema tratado, el que por demás se torna sumamente técnico, doctrinal y poco abordado por autores nacionales, consideramos y no ajena a que real y objetivamente en nuestro país no existen organizaciones de poder al margen de la Ley o netamente criminales, pero que sí se suceden en el exterior con la finalidad de llevar a cabo sus acciones en nuestro territorio nacional, así como para evitar lagunas legislativas sobre un aspecto tan importante en el ámbito técnico, creemos pertinente que se adicione un inciso al artículo 18 apartado 2 del Código Penal a fin de que se establezca que también es autor quien realiza el hecho delictivo por medio de otro que sí es responsable y que su intervención no está dada por la inducción, ni es típica del instrumento que actúa cumpliendo órdenes del organizador.

No consideramos que el apartado 4 del referido artículo 18 salve la omisión que acusamos anteriormente, valga decir que consideramos tal cardinal, alejado de la correcta técnica legislativa, y por consiguiente del principio de legalidad que debe primar.

Conclusiones.

- Parece ser que nuestro Código Penal se rige por un concepto restrictivo de autor, que se corresponde con la concepción clásica de la teoría objetivo-formal que lo distingue, con el principio de accesoriedad limitada e incomunicabilidad de las circunstancias que se infieren de la formulación de su Artículo 51, y el de unidad del título de imputación reconocido por la práctica judicial.
- Aunque en el Código Penal no se hace clara distinción entre autor y partícipe, lo visto hasta aquí y el hecho de que en el apartado 2 del citado Artículo 18 se utiliza el término «se consideran autores», hacen pensar que no todos los allí relacionados alcanzan las características para serlo, tal es el caso de los que organizan el plan del delito y su ejecución, que solo lo sería en delitos que penalicen los actos preparatorios o como parte de una coautoría en la que su aportación, en el previo acuerdo, hubiera sido preparar el plan y la ejecución del delito, pero dejaría de ser autor intelectual para convertirse en autor inmediato; el instigador que, en nuestra opinión, siempre será un partícipe; los cooperadores necesarios, que solo lo serían en coautoría, convirtiéndose en autor por ejecución.
- En el Código Penal se zanja la polémica en torno a la admisión de la figura del autor mediato, pues expresamente incluye en el artículo 18 la autoría mediata como una forma de autoría, junto a la autoría directa y a otras formas de participación.
- La autoría mediata responde a la idea de la realización de un tipo penal a través de otro y con otro. La instrumentalización del sujeto de delante puede obtenerse actuando directa o indirectamente el sujeto de atrás sobre el ejecutor, según la actividad del autor mediato se dirija específicamente hacia el instrumento o afecte exclusivamente a la situación fáctica donde éste desarrolla su actividad.
- La falta de libertad del sujeto de adelante, supone su instrumentalización, mas no necesariamente su irresponsabilidad. La autoría mediata no depende de cuál sea la valoración jurídico-penal que reciba la actuación del instrumento. Las diferentes

formas de instrumentalizar al sujeto de adelante que puede utilizar el autor mediato y que hemos seguido, se pueden determinar en forma general en tres: instrumentalización mediante coacción, error o engaño o a través de aparatos organizados de poder.

- Podemos imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. Otras posibilidades de imponer la pena de los autores a estos sujetos a través de las figuras de la inducción o de la cooperación necesaria, no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones.

Recomendaciones

- Que se incluya en los próximos planes legislativos, la posibilidad de reformular la regulación del apartado 2 artículo 18 a fin de que se establezca que también es autor quien ejecuta el hecho delictivo por medio de otro que sí es responsable y que su intervención no está dada por la inducción, ni es típica del instrumento que actúa cumpliendo órdenes del organizador.
- Que esta investigación sea tomada como material de consulta y apoyo a la docencia durante la impartición de los programas de Derecho Penal General en la Universidad “José Martí”.
- Que se impulse la realización de investigaciones vinculadas a las diferentes instituciones que ocupan espacio en el Ordenamiento Jurídico cubano; con el objetivo de valorar su eficacia, indagando en las causas que inciden en el buen o mal funcionamiento de los trámites. Este tipo de estudio puede motivar en gran medida a los estudiantes, ya que el desarrollo de las investigaciones puede ser insertado en los ejercicios jurídicos (Prácticas Laborales); entrando a jugar un papel fundamental en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Bibliografía

Textos.

- Bacigalupo Zapater, Enrique: *Principios de Derecho Penal español, Parte General*, 2da edición. Editorial Akal / Iure, Madrid, 1990.
- Cisneros Farías, Germán: *Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 51, México DF, 2003.
- Cobo del Rosal, Manuel: *Derecho Penal Parte General*. Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 1984.
- Diccionario Ilustrado ARISTOS de la Lengua Española.
- García Arán, Mercedes: *Fundamento y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Editorial Aranzadi, Madrid, 1997.
- Jescheck, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, cuarta edición, Granada, 1993.
- Mezger, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, cuarta edición, Barcelona: [s. n.], 1996.
- Mir Puig, Santiago: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1994.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, 1960.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén: *Introducción a la Teoría del Derecho Penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- Quirós Pérez, Renén: *El pensamiento jurídico–penal burgués: exposición y crítica*. Revista Jurídica, número 8 año III: 5 – 257, julio-septiembre, 1985.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*. Editorial Félix Varela, T. I, Ciudad de la Habana, 2002.

- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal*. Editorial Félix Varela, T. III, Ciudad de la Habana, 2002.
- Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2000
- Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General* T. I. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Roxin, Claus: *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*, séptima edición, Editorial Marcial Pons, 1984.
- Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- Vera Toste, Yan: *Temas Penales y procesales*. Edición de la Unión de Juristas de Cuba, La Habana, julio 2010

Legislación.

Extranjera:

- Código Penal de El Salvador, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11
- Código Penal de Costa Rica, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11
- Código Penal de Bolivia, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11
- Código Penal de Colombia, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11
- Código Penal de Ecuador, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11
- Código Penal de la República de Cuba, tomado del sitio: <http://www.onbc.cu/ciabo/biblioteca.asp> Consultado el 24/01/11

Nacional:

Ley No. 62. Código Penal, de 29 de diciembre de 1987.

Sitios Web:

- La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados http://blog.dhperu.org/wpcontent/2009/fujimoriculpable/sentencia/P3C2_Autoria_mediata.pdf

- Autoría mediata en Derecho penal formas de instrumentalización
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_24.pdf
- Exigencias dogmáticas fundamentales en materia de autoría criminal
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=481&Itemid=34
- El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.
<http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/aldunate.htm>
- Autoría y participación
<http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-/articularolin.pdf>
- El autor mediato
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/642/30.pdf>
- El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata
<http://146.83.16.130/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>
- Cuadro de red de terrorismo
<http://www.altillo.com/examenes/uba/derecho/derepenal/derepenal2009cuadroautor-ia.asp>
- Derecho Penal I Capítulo 24. Autoría y participación. Curso 2006/07 Licenciatura en Criminología. UMU
<http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-24-Autoria-participacion.html>
- <http://www.inacipe.gov.mx.com>
- <http://www.bibliojuridica.org.com>
- <http://www.ucab.edu.ve.com>

