



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST GRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**"LA AUTORIA MEDIATA: FUENTES Y PERSPECTIVAS FRENTE
A LAS NUEVAS FORMAS DEL CRIMEN ORGANIZADO"**

TESIS

PRESENTADA POR:

WALTER SALVADOR GALVEZ CONDORI

PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO - PERÚ

2010

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO	
BIBLIOTECA CENTRAL AREA DE TESIS	
Fecha Ingreso	12 SEP 2014
Nº	100661

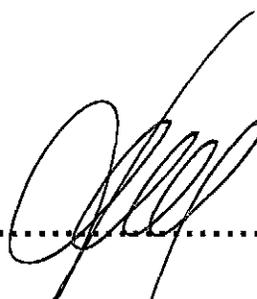
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO
ESCUELA DE POST GRADO
DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DE INVESTIGACION

**“LA AUTORIA MEDIATA: FUENTES Y PERSPECTIVAS FRENTE A LAS
NUEVAS FORMAS DEL CRIMEN ORGANIZADO”**

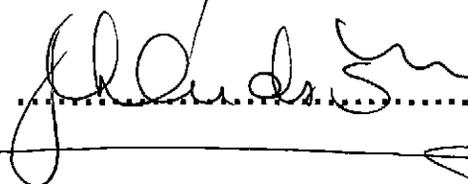
APROBADO POR:

DR. FRANCISCO CHARAJA CUTIPA
Presidente del Jurado



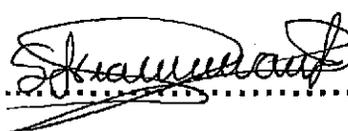
.....

Dr. JOSE LUIS CUADROS MANRIQUE
Primer Miembro



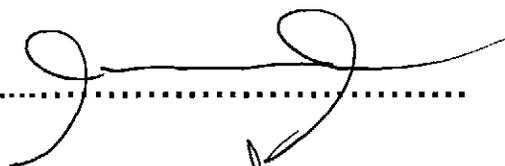
.....

Dra. SILVIA FLORES VIAMONT
Segundo Miembro



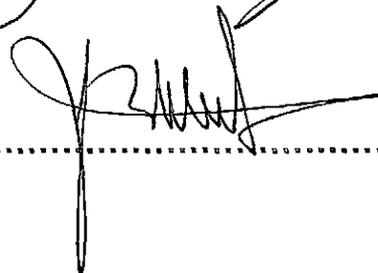
.....

Dr. JAEL FLORES ALANOCA
Tercer Miembro



.....

Dr. Boris Gilmar Espezúa Salmón
Director/Asesor



.....

DEDICATORIA

A Ana María, mi esposa, por su amor y comprensión, y a mis Hijos Walter Alexander, Gabriel Salvador y Ángel Leonardo por ser la luz de mi vida y motivo de mi constante superación.

A Gregoria, mi madre, por darme la vida y su amor. A mis hermanos: Verónica, Amalia, Felipe y Soraida por ser un ejemplo de vida y dedicación.

AGRADECIMIENTOS

A mis docentes del Doctorado en Derecho de la UNA Puno, por su invaluable contribución en mi formación académica.

A los miembros del Jurado de Tesis, por su decidido aporte en la presente investigación.

Agradecimiento especial a Alfredo Condori Machaca, eterno colaborador y gran amigo.

III

INDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCION.....	9

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	12
1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA	13
1.2.1. PROBLEMA GENERAL:.....	13
1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS.....	14
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	14
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.5. HIPÓTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.5.1.- HIPÓTESIS GENERAL.....	15
1.5.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS.....	16
1.6 UNIDADES Y EJES DE INVESTIGACION.....	17

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. MARCO REFERENCIAL	18
2.2 MARCO TEORICO	18
2.2.1 LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL	18
2.2.1.1 TEORÍAS RELACIONADAS A LA AUTORÍA	18
2.2.1.1.1.- TEORÍA SUBJETIVA.....	20
2.2.1.1.2.-TEORÍA OBJETIVA.....	26
2.2.1.1.3.-TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.....	29
2.2.1.1.4.-TEORÍA FUNCIONALISTA DE LA AUTORÍA.....	33

IV

2.2.1.2. FORMAS DE AUTORIA.....	36
2.2.1.2.1 AUTORÍA DIRECTA.....	36
2.2.1.2.2 AUTORÍA MEDIATA.....	36
3.2.1.2.3 COAUTORÍA	41
2.2.1.2.4 LA PARTICIPACIÓN.....	47
2.2.1.2.4.1 CONCEPTO.....	47
2.2.1.2.4.2 FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA O PREPARATORIAS PUNIBLES DE LA PARTICIPACIÓN.....	48
2.2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO	66
2.2.2.1 CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	66
2.2.2.2 LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.....	69
2.2.2.3 LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.....	70
2.2.2.4 LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.....	72
2.2.2.4.1. DEFINICIÓN.....	72
2.2.2.4.2. CARACTERÍSTICAS.....	72
2.2.2.4.3 ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE.....	72
2.2.2.4.4 IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTES DEL DERECHO.....	73
2.2.2.5 LA LEY COMO FUENTES DEL DERECHO PENAL	73
2.2.3 EL CRIMEN ORGANIZADO.....	75
2.2.3.1 CONCEPTO DE CRIMEN ORGANIZADO.....	75
2.2.3.2 LAS CARACTERÍSTICAS DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	78
2.2.3.3 DIFERENCIAS ENTRE DELINCUENCIA COMUN Y CRIMEN ORGANIZADO	79
2.2.3.4 ESTRUCTURA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	82
2.2.3.5 FORMAS TRADICIONALES Y NUEVAS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES.....	88
2.2.3.6 REGULACION LEGAL DEL CRIMEN ORGANIZADO.....	91

2.2.3.6.1 CONVENCION CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.....	91
2.2.3.6.2. PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE DE MUJERES Y NIÑOS.....	94
2.2.3.6.3. PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE “POR “TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES”.....	96
2.2.3.6.4 LEGISLACION EN EL PERU.....	97
2.2.3.6.5. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.....	100
2.2.3.6.2.5.1. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL. (DECRETO LEGISLATIVO Nº 982).....	100
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	114
2.3.1. FUENTES DEL DERECHO.....	114
2.3.2. DOCTRINA.....	115
2.3.3 JURISPRUDENCIA.....	115
2.3.4 CRIMEN ORGANIZADO.....	116
2.3.5. AUTOR MEDIATO.....	116
2.3.6. TERRORISMO.....	117
2.3.7 NARCOTERRORISMO.....	118
2.3.8 LAVADO DE ACTIVOS.....	118
2.3.9 LA TRATA DE PERSONAS.....	120

CAPITULO III

DISEÑO METODOLOGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	121
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACION	122
3.3. OBJETO DE INVESTIGACION	122
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS FICHAS DE INFORMACIÓN JURÍDICAS.....	122
3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION (PLAN DE RECOLECCION DE DATOS).....	123

3.6. PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS (DISEÑO O INTERPRETACION DE DATOS)....	123
--	-----

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSION

PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS POR HIPOTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACION.

4.1. UNIDAD DE INVESTIGACION I: LA AUTORIA MEDIATA POR DOMINIO DE

ORGANIZACIÓN.....	125
4.1.1. CARACTERISTICAS.....	125
4.1.1.1. ORIGEN.....	125
4.1.1.2. HISTORIA.....	130
4.1.1.3. CONCEPTO.....	133
4.1.1.4. REQUISITOS.....	140
4.1.1.4.1. REQUISITO GENERAL: EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN..	140
4.1.1.4.2. REQUISITOS ESPECIFICOS.....	142
4.1.1.4.2.1. PODER DE MANDO.....	142
4.1.1.4.2.2. DESVICULACION DE LA ORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.....	147
4.1.1.4.2.3. LA FUNGIBILIDAD DEL EJECUTOR INMEDIATO.....	151
4.1.1.4.2.4. PREDISPOSICION DEL EJECUTOR A LA REALIZACION DEL HECHO.....	161
4.1.1.5. ASPECTOS NORMATIVOS Y DOGMATICOS.....	165
4.1.1.5.1. LA AUTORÍA MEDIATA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	165
4.1.1.5.2. ANTECEDENTE Y DESARROLLO DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LA DOGMATICA PENAL.....	167
4.2. UNIDAD DE INVESTIGACION II: FUENTES DE LA AUTORIA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.....	174
4.2.1. FUENTES DOCTRINARIAS.....	174
4.2.1.1. TEORIA DE CLAUS ROXIN.....	174

VII

4.2.1.2. TEORIA DE GUNTER JAKOBS.....	181
4.2.2. FUENTES EN LA JURISPRUDENCIA.....	190
4.2.2.1. JURISPRUDENCIA ALEMANA.....	190
4.2.2.2. JURISPRUDENCIA ARGENTINA.....	204
4.2.2.3. JURISPRUDENCIA CHILENA.....	214
4.2.2.4. JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	220
4.2.2.5. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	233
4.3. UNIDAD DE INVESTIGACION III: PERSPECTIVAS FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMEN ORGANIZADO.....	236
4.3.1. FORMAS.....	236
4.3.1.1. ORGANIZACIONES TERRORISTAS.....	236
4.3.1.1.1. DEFINICION.....	236
4.3.1.1.2. ESTRUCTURA.....	239
4.3.1.1.3. ORGANIZACIONES TERRORISTAS EN AMERICA.....	245
4.3.1.2. ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO.....	259
4.3.1.2.1. DEFINICION.....	259
4.3.1.2.2. ESTRUCTURA.....	262
4.3.1.2.3. ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO EN AMERICA.....	263
4.3.1.3. ORGANIZACIONES DE TRATA DE PERSONAS.....	271
4.3.1.3.1. DEFINICION.....	271
4.3.1.3.2. ESTRUCTURA.....	273
4.3.1.4. ORGANIZACIONES DE LAVADO DE ACTIVOS.....	276
4.3.1.4.1. DEFINICION.....	276
4.3.1.4.2. ESTRUCTURA.....	278
4.3.1.5. ORGANIZACIONES DE CONTRABANDO.....	281
4.3.1.5.1. DEFINICION.....	281
4.3.1.5.2. ESTRUCTURA.....	284
4.4.- CORRELACION DE UNIDADES DE INVESTIGACION Y COMPROBACION DE HIPOTESIS.....	286

VIII

4.4.1.- PARA LA HIPOTESIS ESPECIFICA I	286
4.4.2.- PARA LA HIPOTESIS ESPECIFICA II	289
4.4.3.- PARA LA HIPOTESIS ESPECIFICA III	294
4.4.4.- COMPROBACION DE LA HIPOTESIS GENERAL	317
CONCLUSIONES.....	320
RECOMENDACIONES.....	322
BIBLIOGRAFIA.....	323
ANEXOS.....	331

RESUMEN

Dentro del desarrollo de las actividades programadas en el presente trabajo de Investigación y luego de haber ejecutado el mismo, cumplimos con presentar el Informe Final de Tesis de Investigación titulado "LA AUTORIA MEDIATA: FUENTES Y PERSPECTIVAS FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DEL CRIMEN ORGANIZADO", concebido ello para despejar y crear dogmática respecto a la teoría de la autoría media por dominio de organización.

Por el tipo de investigación realizada hemos enfocado el problema planteado tratando de explicar desde un punto de vista analítico y dogmático respecto a la tesis de la autoría mediata por dominio de organización, que es una teoría de imputación personal desarrollada en el derecho penal, planteada por Claus Roxin, el mismo que permite afirmar que sus conceptos son aplicables a la nuevas formas del crimen organizado que existen en la actualidad, conforme se sustentan en el derecho comparado y la jurisprudencia existente hasta la actualidad.

Resaltándose asimismo que, si bien es cierto que Imputar la autoría de una conducta delictiva no resulta complicada cuando se trata de una sola persona y en un delito común, sin embargo ello es distinto y muy complicado para el sistema de administración judicial, básicamente para los operadores jurídicos cuando se presentan casos que exigen al derecho penal reflexionar sobre sus contenidos, revisar sus teorías y dar respuestas a problemas nuevos como es el caso del crimen organizado, que es latente en nuestra actualidad; la autoría mediata sustentada por el alemán Claus Roxin, en resumida cuenta plantea la formula de imputar responsabilidad a la persona que no habiendo ejecutado acción directa en la comisión de un delito, resulta ser siendo el autor directo, ello en razón a que

forma parte de una organización delictiva que actúa en forma estructurada, el mismo que le permite consumir lo dispuestos por ésta persona por encontrarse en la cima de la organización delictiva que lidera y/o dirige.

La presente investigación estudia de manera central la tesis de la autoría mediata por dominio de organización, basándose en los conceptos fundamentales, los orígenes, la problemática y la perspectiva frente a las nuevas formas del crimen organizado, es decir se ha sistematizado la información existente respecto a la teoría de la autoría mediata, y sobre ello se ha efectuado un estudio analítico, para efectos de desarrollar y crear dogmática para que mediante la tesis de la autoría mediata por dominio de organización que es distinta a la teoría clásica de la autoría mediata, se pueda dar respuestas a éstas nuevas formas del crimen organizado mediante el derecho penal.

Así entonces se ha recabado información básicamente bibliográfica que ha permitido verificar que los orígenes y fuentes de la Autoría mediata por dominio de organización, en la doctrina es muy reciente, de la misma forma dentro de la jurisprudencia existe escasa información jurisprudencial y siendo además son pocos los que como Gunter Jakobs se oponen a sus fundamentos, por lo que frente al problema ensayado nos permite conllevar a una exhaustiva revisión de la Teoría de la Autoría Mediata por dominio de organización, permitiendo ello verificar que nuestra tesis es la más coherente, lógico y necesario para alcanzar los fines que persigue el derecho penal para alcanzar la paz social en nuestras sociedades.

El presente trabajo conforme se ha desarrollado es un estudio dogmático, que concluye en establecer y delimitar los alcances y efectos de la teoría de la autoría

mediata por dominio de organización, el cual será de gran utilidad para el derecho penal, por cuanto le permite a través de este estudio dar respuesta a la nuevas forma del crimen organizado que en la actualidad se viene presentando, y obviamente también será de gran utilidad para los estudiantes, abogados y magistrados al enfrentar problemas relacionados al crimen organizado, por cuanto conforme se ha desarrollado en el presente trabajo de investigación el dominio de organización en virtud del cual se fundamenta la autoría media del hombre de atrás en los aparatos organizados dedicados al crimen organizado, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también autor responsable, ello en razón a que consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar acabo las órdenes que desde instancias superiores se dicten.

El presente estudio, nos permite afirmar que si es posibles enfrentar los problemas actuales, como es el crimen organizado, el mismo que se presenta en diversas formas tales como el terrorismo, Narco terrorismo, Narcotráfico, Contrabando, Trata de Personas, Lavado de Activos y el Contrabando, los cuales en tiempos de globalización y desarrollo tecnológico han dejado de ser simples delitos cometidos por individuos aislados, para convertirse en un accionar derivado de estructuras organizadas en donde confluyen una serie de personas que actúan en forma conjunta pero sin adecuarse a los tradicionales formas de autoría y coautoría que el Derecho Penal ha previsto, por lo que como se ha señalado el presente trabajo adquiere una debida importancia, por cuanto a través de los fundamentos que se plantean y la sistematización de la información existente, el derecho penal tiene a su alcance los fundamentos para sancionar a los autores mediatos que operan en

las organizaciones del crimen organizado, y mediante ello cumpla su papel de prevención y sanción de actos ilícitos.

En tal sentido presentamos los resultados de la presente investigación, seguros que con su contenido significará un aporte para el mejor tratamiento del tema, y que permitirá enriquecer más aún la dogmática penal.

ABSTRACT

Inside the development of the activities programmed in the present research work and after having completed it, we present the final report of the postgraduate thesis "THE MEDIATE RESPONSIBILITY: SOURCES AND PERSPECTIVES IN FRONT OF NEW FORMS OF ORGANIZED CRIME", conceived it to clear and to create dogmatic regarding the theory of the mediate responsibility for organization domain.

Based on the research type, we have focused the outlined problem trying to explain it from an analytic and dogmatic point of view regarding the thesis of the mediate responsibility for organization domain that is a theory of personal imputation developed in the penal code by Claus Roxin, the same one that allows to affirm that their concepts are applicable to the new forms of the organized crime that exist at the present time, conform it is sustained in the compared code and the existent jurisprudence until the present time.

Being stood out also that, although it is certain that to Impute the responsibility of a criminal behaviour is not complicated when it is a single person and in a common crime, however it is different and very complicated for the system of judicial administration, basically for the juridical operators when cases are presented that demand to the penal code to meditate on their contents, to revise their theories and to give answers to new problems as it is the case of the organized crime that is latent in our present time; the mediate responsibility sustained by the German Claus Roxin, outlines the formula to impute responsibility to a person that not having executed directly the action in the commission of a crime, it turns out to be

the direct author, it because that person is part of a criminal organization that acts in structured form, the same one that allows him to consummate that prepared by this person to be in the top of the criminal organization that lead.

The present investigation studies in a central way the thesis of the mediate responsibility for organization domain, being based on the fundamental concepts, the origins, the problem and the perspective in front of the new forms of the organized crime. It means the existent information has been systematized regarding the theory of the mediate responsibility, and on it we has been made an analytic study, to develop and create dogmatic so that by means of the thesis of the mediate responsibility by organization domain that is different to the classic theory of the mediate responsibility, one can give answers to these new forms of the organized crime by means of the penal code.

We have collected bibliographic information that has allowed us to verify that the origins and sources of the mediate responsibility by organization domain, in the doctrine are very recent, in the same way inside the jurisprudence exists scarce information and there are very few people, like Gunter Jakobs that opposes to their foundations, this situation allows us to bear an exhaustive revision of the Theory of the Mediate Responsibility by organization domain allowing it to verify that our thesis is the most coherent, logical and necessary to reach the ends that the penal code pursues to reach the social peace in our societies.

The present work conforms to it has developed it is a dogmatic study that concludes in to settle down and to define the scope and effects of the theory of the mediate responsibility by organization domain, which will be of great utility for the

penal code, since it allows through this study to provide answer to the new forms of the organized crime that are currently presented. It also will be obviously of great utility for the students, lawyers and magistrates when facing problems related to the organized crime, because according to the developed of the present research the organization domain by virtue of which the man's mediate responsibility is based behind of the organized machinery dedicated to the organized crime, and according to which the executioner of the fact is also responsible author, it in reason to that it consists on the use of the disposition of the members of the organization to obey the orders that from superior level are mandate.

The present study, allows us to affirm that it is possible to face the current problems, like the organized crime, the same one that is presented in diverse forms such as the terrorism, drug dealer terrorism, drug traffic, smuggling, trade of persons, and laundry of actives, which in current times of globalization and technological development are not a simple crimes made by isolated individuals, to become a work derived of organized structures where a series of people that act in combined form converge but without being adapted to the traditional forms of responsibility and acts as co authors for the Penal Code. As a consequence, the present work acquires importance, since through the foundations proposed on it and the systematization of the existent information, the penal code can reach the foundations to sanction to the mediate authors that operate in the organizations of the organized crime, and mediate it can develop their roll of prevention and punishment of illicit acts.

In such a sense we present the results of the present research, sure that it will mean a contribution for the best treatment in the topic with their content, and that it will improve the dogmatic penal.

INTRODUCCION

Interesados en el estudio de los temas vinculados al derecho penal e impulsados por nuestra vocación de contribuir a mejorar la legislación en materia penal, a través del presente trabajo de investigación titulado "LA AUTORIA MEDIATA: FUENTES Y PERSPECTIVAS FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DEL CRIMEN ORGANIZADO" se estableció que con la tesis de la autoría mediata por dominio de organización, que es una teoría de imputación personal desarrollada en el derecho penal, planteada por Claus Roxin, permite afirmar que sus conceptos son aplicables a las nuevas formas del crimen organizado que existen en la actualidad, conforme se sustentan en el derecho comparado y la jurisprudencia existente hasta la actualidad.

Si bien es cierto que imputar la autoría de una conducta delictiva no resulta complicada cuando se trata de una sola persona y en un delito común, sin embargo ello es distinto y complicado cuando se presentan casos que exigen al derecho penal reflexionar sobre sus contenidos, revisar sus teorías y dar respuestas a problemas nuevos como es el caso del crimen organizado, la autoría mediata sustentada por el maestro alemán Claus Roxin, en resumida cuenta plantea la fórmula de imputar responsabilidad a la persona que no habiendo ejecutado acción directa en la comisión de un delito, resulta ser siendo el autor directo, ello en razón a que forma parte de una organización delictiva que actúa en forma estructurada.

La teoría de Claus Roxin pasa por su mayor prueba al ser aceptada mayoritariamente en la doctrina, pero que aun encuentra resistencia en su

aplicación por los tribunales de varios países, que se resisten a utilizar esta tesis a fin de combatir el crimen organizado, incluido el nuestro.

Conforme se tiene en el presente trabajo de investigación, constituye una necesidad revisar los orígenes y fuentes de la Autoría mediata, considerando que su desarrollo en la doctrina es muy reciente, lo que nos remite a las fechas posteriores de la segunda guerra mundial y a la actualidad en que Alemania debió encontrar una respuesta penal para sancionar a los ex jefes nazis, quienes no eran ejecutores materiales de la masacre a los miles de judíos. No obstante ello no son pocos los que como Gunter Jakobs se oponen a sus fundamentos, por lo que frente al problema han ensayado otras respuestas cuestionando la tesis de Roxin, lo que conlleva a una exhaustiva revisión de la Teoría de la Autoría Mediata, la Jurisprudencia Alemana y las posiciones divergentes encabezadas por Jakobs.

El estudio sin embargo, tiene como objeto enfrentar otro problema actual, el crimen organizado, el mismo que se presenta en diversas formas tales como el terrorismo, Narco terrorismo, Narcotráfico, Contrabando, Trata de Personas, Lavado de Activos y el Contrabando, los cuales en tiempos de globalización y desarrollo tecnológico han dejado de ser simples delitos cometidos por individuos aislados, para convertirse en un accionar derivado de estructuras organizadas en donde confluyen una serie de personas que actúan en forma conjunta pero sin adecuarse a los tradicionales formas de autoría y coautoría que el Derecho Penal ha previsto.

Una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un autor detrás del autor, es decir el autor

mediato es quien comete el hecho por medio de otro, usándolo como instrumento, por lo tanto es coherente y lógico que esta teoría sea aplicada al juzgar a las organizaciones organizadas del crimen organizado existente en estos tiempos, por cuanto como hemos visto, la estructura con la que se manejan dicha organizaciones criminales encuadran perfectamente con los requisitos planteados por la teoría de la autoría medita, por lo tanto el sistema del derecho penal a través de esta teoría puede alcanzar con su poder punitivo en sancionar a los lideres de las organizaciones dedicadas al crimen organizado, por lo que creemos que esta teoría conforme al estudio que se le ha dado esta listo para poder aplicar dentro del sistema de administración de justicia.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La Imputación de responsabilidad en el derecho penal presenta innumerables formas, una de ellas se refiere a la autoría mediata y que cobra mayor importancia cuando se trata de organizaciones criminales, tesis sustentada por Claus Roxín.

Imputar la autoría de una conducta delictiva no resulta complicada cuando se trata de una sola persona y en un delito común, sin embargo el panorama se complica cuando se presentan casos que exigen al derecho penal reflexionar sobre sus contenidos, revisar sus teorías y dar respuestas a problemas nuevos, la autoría mediata sustentada por Claus Roxin, resumida como la formula que plantea imputar responsabilidad a la persona que no habiendo ejecutado acción directa en la comisión de un delito, forma parte de una organización delictiva que actúa en forma estructurada. La teoría de Roxin pasa por su mayor prueba al ser aceptada mayoritariamente en la doctrina, pero que aun encuentra resistencia en su aplicación por los tribunales de varios países, incluido el nuestro.

Constituye una necesidad revisar los orígenes y fuentes de la Autoría mediata, considerando que su desarrollo en la doctrina es muy reciente, lo que nos remite a las fechas posteriores de la segunda guerra mundial y a la actualidad en que

Alemania debió encontrar una respuesta penal para sancionar a los ex jefes nazis, quienes no eran ejecutores materiales de la masacre a los miles de judíos. No obstante ello no son pocos los que como Gunter Jakobs se oponen a sus fundamentos, por lo que frente al problema han ensayado otras respuestas cuestionando la tesis de Roxin, lo que conlleva a una exhaustiva revisión de la Teoría de la Autoría Mediata (Roxin), la Jurisprudencia Alemana y las posiciones divergentes encabezadas por Jakobs.

Tal estudio sin embargo, tiene como objeto enfrentar otro problema actual, el crimen organizado, el mismo que se presenta en diversas formas tales como el terrorismo, Narco terrorismo, Narcotráfico, Contrabando, Trata de Personas y Lavado de Activos, los cuales en tiempos de globalización y desarrollo tecnológico han dejado de ser simples delitos cometidos por individuos aislados, para convertirse en un accionar derivado de estructuras organizadas en donde confluyen una serie de personas que actúan en forma conjunta pero sin adecuarse a los tradicionales formas de autoría y coautoría que el Derecho Penal ha previsto, por lo que normalmente sólo se juzga a quienes son ejecutores visibles de una organización mayor en la que existen personas que al parecer no serán juzgadas en ningún caso, pero que en la realidad son quienes conducen la organización.

1.2. DEFINICION DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL:

¿Cuáles son las características de la autoría mediata y que perspectivas presenta frente a las nuevas formas de crimen organizado, considerando las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que la sustentan?

1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

- 1.- ¿Cuáles son las características que presenta la autoría mediata?
- 2.- ¿Qué fuentes doctrinarias y jurisprudenciales del derecho penal fundamentan la autoría mediata por dominio de organización?
- 3.- ¿Cuáles son las perspectivas de la autoría mediata frente a las nuevas formas de crimen organizado?.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL.

Caracterizar la autoría mediata, señalando las perspectivas que presenta para enfrentar las nuevas formas de crimen organizado a partir de la determinación de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que la sustentan.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- 1.- Analizar las características que tiene la Autoría Mediata.
- 2.- Determinar cuáles son las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que fundamentan la autoría mediata.
- 3.- Establecer las perspectivas de la autoría mediata frente a las nuevas formas de crimen organizado.

1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La importancia de la presente investigación es la de abordar la problemática surgida en la doctrina respecto a los límites y alcances de la Autoría mediata por dominio de organización, debido a que en la actualidad muchas conductas que realizan agentes vinculados al crimen organizado no encuentran suficientes fundamentos para ser sancionadas desde el derecho penal, por lo que ello debilita

el sistema de justicia al no contarse con suficientes fundamentos de imputación de responsabilidad en estos casos, siendo de utilidad para el derecho penal por cuanto se ha establecido ***las bases teóricas que sirvan de fundamento a la doctrina y jurisprudencia nacional a efectos de que pueda motivarse adecuadamente las decisiones judiciales orientadas a sancionar a quienes formando parte de una organización delictiva intervienen en los actos delictivos no realizan acciones delictivas directas***, encontrándose sus bases para su sanción. Recurriendo a las fuentes de la Autoría Mediata para identificar sus fundamentos y ***plantear una visión de sus perspectivas para afrontar las formas de crimen organizado en la actualidad desde el derecho penal***, postulados que permitan reflexionar y aportar mayores conocimientos para superar las dificultades que el tema plantea.

1.5. HIPÓTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACIÓN

No obstante tratarse de una investigación de carácter cualitativo, revisada la bibliografía de la investigación Jurídica, se plantean hipótesis en la medida que estas orientan el sentido de la investigación, dado que la proyección es encontrar resultados de la teoría que se estudia.

1.5.1.- HIPÓTESIS GENERAL.

La autoría mediata es una teoría de imputación personal desarrollada recientemente en el derecho penal, las fuentes doctrinarias en que se sustenta nos remiten principalmente a la teoría postulada por Claus Roxin, sus fuentes jurisprudenciales se hallan en el derecho penal alemán y en perspectiva sus fundamentos permiten afirmar que sus conceptos son

aplicables a las nuevas formas de crimen organizado que existen en la actualidad.

1.5.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS.

1.- La autoría mediata es una categoría del derecho penal que no ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina y jurisprudencia debido a que los conceptos sobre sus características son recientes.

2.- Las fuentes doctrinarias en que se sustenta la autoría mediata, corresponden principalmente a la doctrina sustentada por Claus Roxin y sus fuentes jurisprudenciales se hallan principalmente en el derecho penal alemán.

3.- Desde el Derecho Penal es posible afrontar las nuevas formas de crimen organizado a partir de los conceptos sobre autoría desarrollados en la doctrina y jurisprudencia penal comparada.

1.6 UNIDADES Y EJES DE INVESTIGACION

UNIDADES DE INV.	EJES	SUB EJES
1. La Autoría Mediata	1.1 Características	1.1.1 Concepto 1.1.2 Requisitos 1.1.3 Aspectos Normativos y dogmáticos
2. Fuentes	2.1 Fuentes Doctrinarias	2.1.1 Teoría de Claus Roxin 2.1.2 Teoría de Gunter Jakobs 2.1.3 Teorías Eclécticas
	2.2 Fuentes en la Jurisprudencia	2.2.1.- Jurisprudencia Alemana 2.2.2 Jurisprudencia Española 2.2.3 Jurisprudencia Nacional
3. Perspectivas frente las nuevas formas de Crimen Organizado	3.1 Formas	3.1.1 Organizaciones Terroristas 3.1.2 Organizaciones de Narcotráfico 3.1.3. Organizaciones de Trata de Personas 3.1.4 Organizaciones de Lavado de Activos 3.1.5 Organizaciones de Contrabando.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. MARCO REFERENCIAL.

En el Perú existe fundamentalmente dos antecedentes bibliográficos relacionados al tema:

MEINI IVAN "La Autoría Mediata en virtud del dominio de Organización". En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nro. 4 Año 2003, editorial Grijley. Lima. Páginas 261-300.

CASTILLO ALVA José Luís. "Autoría Mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. En Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Páginas 577-640.

En ambos casos hacen un leve acercamiento al tema sin agotarlo, fundamentalmente se refieren a las organizaciones terroristas, las tesis respecto a la Autoría Mediata se adscriben a la tesis de Roxin.

2.2 MARCO TEORICO

2.2.1 LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL

2.2.1.1 TEORÍAS RELACIONADAS A LA AUTORÍA

Dada la adopción de una noción restrictiva de autoría, éste constituye un concepto primario del sistema. Sirve, en efecto, de referencia

central respecto al tratamiento de la participación. La condición de autor está muy relacionada con la tipicidad del acto ejecutado (PEÑA CABRERA Raúl, Derecho Penal, 1995, p. 298); no hay acto sin autor. De esto se desprende tanto que quien es autor no puede ser partícipe y viceversa, como que no existe participación sin autor (carácter accesorio de la participación).

Es muy importante, por lo tanto, en el caso de la intervención de varias personas, determinar con precisión cuál es de ellas es el autor, para poder calificar luego al resto de los que intervinieron. Por ejemplo: El marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas. Dicho amigo logra matar al feto siguiendo los consejos de un médico. ¿Solo el enfermero es el autor? ¿El marido es un instigador? ¿La madre y el marido son coautores? ¿El médico, la madre y el marido son solo cómplices?

En el quehacer jurisdiccional no existe un criterio unánime para diferencia a los que concurren en la comisión de un delito; esta labor que a simple vista pareciera fácil, en realidad requiere que el juzgador tenga una buena preparación jurídica y conocimientos dogmáticos sobre estos institutos, más aún cuando en la doctrina tampoco es pacífica esta distinción, habiéndose elaborado diversas teorías para explicar quien es autor y quién es partícipe, las cuales desarrollaremos poniendo énfasis en la doctrina del dominio del hecho que es la que impera actualmente y que es asumida por

nuestro ordenamiento penal.

En la doctrina se dan dos criterios opuestos sobre el fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos. Se trata de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva. Frecuentemente, se exponen estas concepciones como fundamentos de punibilidad de la tentativa; pero, es de tener en cuenta que su consecuencia inmediata es, justamente, extender o restringir el número de casos que deben ser considerados como tentativa. Por lo que, tal vez, sería preferible exponerlas, en primer lugar y de manera general, como concepciones referentes a la fundamentación de la punibilidad de los actos externos que materializan una voluntad criminal.

- Teoría Subjetiva
- Teoría Objetiva:
 - Teoría material – Subjetiva
 - Teoría formal – objetiva
- Teoría del dominio del hecho
- Teoría funcionalista de la autoría

2.2.1.1.1.- TEORÍA SUBJETIVA

El surgimiento de esta teoría se debió al fracaso de las teorías formal objetivas (causales) y que pretendieron distinguir entre autor y partícipe desde un punto de vista meramente objetivo.

Los defensores de la **Teoría Subjetiva**, generalmente seguidores de la escuela alemana moderna y de la positivista

italiana, sostienen que la voluntad criminal es la base de la represión penal, y que los actos exteriores no son sino una manifestación de tal resolución, y, por tanto, de la peligrosidad personal del agente o de su voluntad. Que los actos exteriores sean o no peligrosos en relación al bien jurídico protegido, no es relevante para fundamentar la represión penal.

Partiendo del concepto extensivo de autor (todo aquel que contribuye causalmente a la comisión de la infracción es autor), se recurre luego a un **criterio subjetivo**. La calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato) o de participación **stricto sensu** (instigación, complicidad) está, en consecuencia, determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión (Concepción, elaborada por KOSTLIN y llevada a la práctica por Von BURI, ef. MAURACH/GOSSEL/ZIPF, p.47 II B la).

Es preciso acudir al punto de vista subjetivo. El criterio subjetivo nos proporcionará una guía para poder delimitar las contribuciones y establecer las distinciones entre los autores y los partícipes (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; Autoría y Participación. Edit. Akal S.A.; Madrid-España, 1996: Pág. 22).

En consecuencia, si la persona (autor) tuvo o actúa con **“animus auctoris”**, será considerada como autor (**lato sensu**), aun cuando hubiera contribuido objetivamente de

manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, será calificado como **partícipe** (*stricto sensu*) el que haya actuado con "**animus socii**", a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica. A esta teoría también se le denomina teoría del ánimo.

Para delimitar entre el "*animus actoris*." y el "*animus socii*" recurre a la teoría del interés. Si la persona actúa con interés propio será autor y si lo hace en interés ajeno será solo un partícipe.

Las críticas dirigidas contra esta teoría son muy fuertes y así se dice que los criterios del animus autoris y dócil no tiene realidad síquica ni normativa; recurrir a la fórmula del puro ánimo conlleva a no tomar en cuenta la realidad táctica de que hay en verdad ejecutando una acción típica, produciéndose una contraposición entre esta doctrina y el principio de legalidad que es la base del derecho moderno (JESCHECKWEIFGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Aula Duncker & Humbolt, Berlin, 1998 p. 61 IV2).

Al no concederse ninguna atenuante objetiva a la conducta del autor, y reducir la pena solo a los casos de pequeña reprochabilidad mediante la hipótesis de una "voluntad de cómplice" psicológicamente amplia e irreal, llega a los mismos

resultados que se obtendrían si ese ánimo de cómplice fuera circunstancia atenuante del concepto unitario de autor. Esto, sin embargo, no está en contradicción con los principios del derecho vigente, sino que conduce forzosamente a un estado de inseguridad jurídica, que hace imposible una delimitación de alguna manera manuable de las formas de participación, con el resultado práctico de borrar y derogar los límites de ellas. Asimismo, esta concepción no puede superar las dificultades que se presentan a la hora de resolver supuestos de autoría mediata o de delitos de propia mano o especiales.

Además la teoría subjetiva pertenece al contexto metodológico de la jurisprudencia de conceptos, que tuvo precisamente en el último tercio del siglo pasado su mayor auge: Las consecuencias jurídicas son obtenidas por vía de deducción de un concepto aparentemente científico natural previamente dado (la causalidad), sin una reflexión relativa a los fines político-jurídicos de las perspectivas institucionales, que sería el presupuesto de un intento de interpretación teológica. Frente a esto hoy se dice: La teoría subjetiva es falsa. Esto surge de la naturaleza misma de la cosa, a saber de los presupuestos que hemos presentado y solo bajo los cuales es posible dar sentido a una diferenciación entre diversas formas de correalización de un hecho.

Según lo dispuesto en la Ley (Art. 23º, semejante al Art. 25º

del CP alemán), esta concepción resulta sin embargo inaplicable. En efecto, la ley define como autor al que *“realiza por sí o por medio de otro el hecho punible”* y a los *“que lo cometan conjuntamente”*. No depende de la voluntad con la que actúe el agente el hecho de saber si la participación constituye un caso de autoría o de participación. Por *ejemplo*: Si el agente no reúne las condiciones particulares previstas por el tipo legal respecto al autor (delitos especiales), no será autor a pesar de que haya realizado la acción típica (abuso de autoridad, Art. 376º) con la voluntad de comportarse como tal. En definitiva, la **teoría Subjetiva** se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe. Pero, al margen de que la regulación legal no prescinde del aspecto material de la contribución al delito, está claro que esta teoría no tiene en cuenta que el dolo del responsable de un delito (autor o partícipe) no tiene nada que ver con la circunstancia de que se quiera el hecho como propio o como ajeno, sino que es la conciencia y voluntad de intervenir en la realización de un delito, cualesquiera que sean las razones o motivos por los que lo haga. La distinción tiene que buscarse, pues, en un criterio objetivo material.

Con el fin de atenuar la vaguedad del criterio subjetivo y de

evitar esta clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente. Así, se ha recurrido con frecuencia al criterio del interés, en virtud del cual el saber si alguien actúa con *animus autoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en la producción del resultado¹.

Baumann señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su tendencia a dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" de la acción delictuosa, sobrepasa la simple fase que consiste en querer apoyar su comisión y no podrá reconocérsele, a pesar de su eventual o aparente desinterés en el resultado, como un mero participante secundario (BAUMAN/WEBER/MITSCH W, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbch, 10 Aulf, Giesseking, Bielefeld, 1995, p. 29, N° 59 ss). También se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), de quien depende que se consuma o no la infracción, de modo que el *animus socii* consistiría en "remitir al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa. Al respecto, estos intentos de limitar el

¹ La jurisprudencia alemana ha llegado a negar la calidad de autor y a considerar como cómplice a quien con una pistola víctima a dos personas, por mandato de altas instancias gubernamentales extranjeras, debido a que "no lo quiso como propio (...) a que no tenía ningún interés en su comisión..." De la misma manera, se consideró como cómplice a la hermana de una mujer que mató al hijo recién nacido de ésta y se condenó a la madre como autora

criterio subjetivo no han dado resultados satisfactorios, y por lo tanto no han logrado la aceptación general.

2.2.1.1.2.-TEORÍA OBJETIVA

En la teoría objetiva se intenta delimitar la autoría dentro del marco de la tipicidad o de la conducta apelando a puros criterios objetivos. El **criterio objetivo** distingue las diferentes personas que intervienen, determinando si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal, así como, la importancia de éstas en el engranaje de la cadena causal. En oposición a los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente colocan la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Estos aún se dividen en dos grupos, los que defienden un criterio formal objetivo, y los que sustentan un criterio material objetivo.

“Si bien en la teoría subjetiva permanece un fondo de verdad dado por la insuficiencia de los criterios objetivos también en las teorías objetivas hay un fondo de verdad, en la medida en que el planteamiento del problema se hace dentro de la teoría de la tipicidad y vinculado a la estructura del tipo” (ZAFARRONI Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Edit. Ediar Bs.As.-Argentina, 1982, pág. 303).

Dentro de las teorías objetivas cabe destacar la antigua teoría

formal objetiva y los intentos en sentido material objetivo; es decir, la significación constitutiva de la realización del tipo para la autoría es totalmente exacto.

De acuerdo a la **Teoría Objetiva**, defendida por los partidarios de la escuela clásica, sólo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento que constituyen un peligro para el bien jurídico

a) TEORÍA OBJETIVA - MATERIAL

La antigua *teoría objetiva-material*, puede ser el del *dominio final del acto*; y, fue desarrollada a partir de la *teoría final de la acción*, por quienes durante el siglo pasado (penalistas alemanes) y parte del presente (cada vez más admitido por la doctrina y una parte de la jurisprudencia española), sostuvieron que entre las intervenciones del autor y los partícipes existía ya en el plano de la causalidad una diferencia cuantitativa que justificaba su análisis por separado. En lugar del criterio de la ejecución total o parcial de la acción descrita en el tipo legal, esta teoría tiene en cuenta la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa, colmándose de esta manera, las algunas de la teoría formal objetiva. Así, la calificación de autor mediato está

justificada, en un caso de hurto, por la importancia del hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño. Asimismo, esta teoría permite considerar como coautores a la madre y al marido que se ponen de acuerdo para hacer abortar a la madre, obtienen la participación del enfermero e intervienen de manera decisiva en la realización de la acción delictuosa. Es decir, ésta teoría plantea el criterio de la importancia objetiva de contribución para distinguir entre autor y partícipe, con lo que se indaga la mayor peligrosidad de la contribución (VILLAVIVENCIO TERREOS Felipe. Lecciones de Derecho Penal-Parte General; Edit. Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, 1990, Pág. 196)

Se objeta teoría por cuanto con criterios causal-naturalísticos no es posible establecer las distinciones entre causa y condición. Esta teoría no es compatible con la teoría de la equivalencia de condiciones, ya que hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales.

Como indica Roxin, la causalidad es una cualidad de la condición que existe o no existe, pero no puede darse con mayor o menor medida (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Derecho Penal, Parte General, III, Los Fundamentos de extensión de la tipicidad, Leynfor, Madrid, 2001. Pág. 18).

En definitiva, el criterio objetivo material viene a precisar con

mayor nitidez el concepto de realización del tipo como elemento determinante de la autoría, llevándola más allá de la simple ejecución del hecho a otras formas de realización del mismo, bien directamente, o por medio de otro sirviéndose de él como instrumento

b) TEORÍA FORMAL – OBJETIVA

Según el cual es autor quien por sí mismo realiza de manera total o parcialmente algún acto descrito en el tipo legal. Poco importa el peso causal de su intervención. Los otros implicados que no llegan a intervenir de la misma manera, solo pueden ser partícipes. La ventaja que tiene este criterio es que permite distinguir quién es autor y quién no lo es. Sin embargo, presenta la desventaja de las lagunas a las que da lugar; no permite considerar la categoría del autor mediato. Así, no podría ser reprimido por hurto quien se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo sustraiga un tercero a quien ha engañado diciéndole que el bien le pertenece. Como no ha sustraído él mismo el bien, no ha realizado parcial ni totalmente la acción descrita en el Art. 185º.

2.2.1.1.3.-TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Además de las formas de coautoría ejecutiva es posible apreciar también la coautoría en los casos que se produce *un reparto de papeles* entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o alguno de

los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución. Por eso, se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio material es también aquí el del *dominio del hecho*. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización.

El desarrollo de esta teoría parte, por un lado, de la admisión del concepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de la conexión implícita con el tipo legal y por otro lado, de la constatación de la ineficacia de recurrir de manera unilateral, sea al criterio objetivo, sea al subjetivo. Su meta consiste en establecer un *"principio material común a todas las formas de autoría dolosa"*. Esta teoría fue propuesta por Welzel. Según su opinión: *"Es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico"*. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura "clave o central" del suceso (ROXIN, Claus, *Satraftaten im Rahmen organisatorischer*

Machtapparate, 2003, p. 25, N° 27 ss.; IDEM, 2000, p. 335 ss.; IDEM, en LK, 1993, p. 25 N° 7 ss). Según señala Maurach (MAURACH, R /GOSSEL, K, H./ZIPF, Derecho Penal Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Astrea, Buenos Aires, 1995. p. 47 III C), debe entenderse por *dominio del hecho el doloso tener en las manos el curso del suceso típico*. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva; lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho", sino el "voluntario moldeado del hecho". Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación.

En algunas decisiones de la Corte Suprema, se recurre aunque de manera confusa, a este criterio al que se le denomina "la moderna teoría del dominio del hecho". Así, en una de ellas se admite que el procesado es autor del robo agravado que se le imputa porque "ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, teniendo a la vez la posibilidad de evitar el resultado" (R N° 435-97-callao, 092 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999^a, p. 159).

Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Esto no debe entenderse, sin embargo, como lo

hace el Tribunal Supremo, en el sentido de que basta un acuerdo previo en la realización del delito para todos los que contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito, aunque no hayan intervenido para nada en su realización. El simple acuerdo de voluntades no basta. Es necesario, además que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo.

Citando a Gimbernat (GIMBERNAT, Zur Krit der Lehre vom überpositiven Rect., Peter Hasntein Verlag, Bonn, 1966, p. 135 ss), quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española (parecida a la nuestra), el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario).

No obstante, debemos admitir que el dominio del hecho es el criterio que, pese a sus deficiencias, permite mejor definir al autor del acto y distinguir los casos de participación en sentido estricto. No es un criterio clave para resolver definitivamente todos los problemas pero constituye un esfuerzo meritorio para superar los criterios subjetivo y objetivo.

Según la sistemática elaborada por Roxin (ROXIN, Satraftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate , 2003, p. 25 N° 28 ss), la concepción del dominio del hecho puede manifestarse de tres (3) maneras distintas: **Primera:** *El dominio de la acción con relación al autor individual;* **Segunda:** *El dominio de la voluntad con respecto al autor mediato;* **Tercera:** *El dominio de la acción funcional con relación a los coautores*

2.2.1.1.4.-TEORÍA FUNCIONALISTA DE LA AUTORÍA

En la cooperación necesaria, si la ayuda prestada es de tal magnitud que se puede decir que el que la presta también domina el hecho, este será coautor aunque no ejecute el hecho. La necesidad debe medirse con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso. Así por ejemplo, una misma contribución, la del vigilante o la del que espera en el carro a los atracadores, solo puede considerarse de coautoría si, aparte del acuerdo, constituye una ayuda esencial en la concreta realización del delito. Solo así pueden considerarse también coautores al jefe y los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o son parte integrante fundamental en la realización del delito (*dominio funcional del hecho*). La ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría así plenamente

justificada en cuanto también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho.

Demás está anotar que estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas. La objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y, la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera, pone en peligro la seguridad jurídica, porque deja de lado actos que deberían ser reprimidos; la segunda, porque su consecuente aplicación concluiría con la represión de la pura voluntad criminal, que nosotros hemos rechazado. Es, pues, por los extremos a que conllevan tanto la teoría objetiva como la subjetiva que se sostiene hoy en día un criterio intermedio, conforme al cual se tiene en cuenta el elemento objetivo para limitar los alcances del puro concepto subjetiva. Y, es por ello que la voluntad se considera propiamente como la base de la represión; mas debe concretizarse en el mundo externo.

Esta actividad externa no determina su sentido o calificación delictiva, sino que, justamente, a través de ella se expresa la voluntad. De esta manera, la consumación y la tentativa tendrían que ser reprimidas en base al elemento subjetivo, que se encuentra en el centro del derecho penal actual: no hay pena sin culpabilidad. Al estudiar las diferencias entre tentativa y actos preparatorios, veremos en detalle los elementos de carácter objetivo empleados para limitar la concepción

subjetiva.

El legislador peruano al admitir la represión del denominado delito imposible (Art. 99), reconoce que es el elemento subjetivo el que, en primer lugar, sirve de fundamento a la represión de la tentativa. Según dicha disposición se sancionará, aunque de manera atenuada, al agente que hubiera intentado cometer un delito por medio y/o contra un objeto de naturaleza tal "que la realización fuese absolutamente imposible". Por no existir en este caso una real puesta en peligro del bien jurídico, los partidarios de la concepción objetiva lo excluyen del dominio de la represión penal. Así, pues, si nuestro legislador hubiera partido de este criterio, no hubiese estatuido la represión del delito absolutamente imposible. Diferente es el criterio aceptado por los autores del Proyecto de 1985 (agosto). Estos proponen, en el Art. 35 de dicho proyecto, que no se reprima "la tentativa cuando es absolutamente imposible la consumación del hecho punible, por la idoneidad del medio empleado". No obstante, no la toma en cuenta como el único criterio para reglamentar la sanción o para distinguir entre los actos preparatorios y la tentativa. Y, con exactitud de criterio afirmó el codificador que "el proyecto concilia prudentemente los aspectos subjetivo y objetivo de la delincuencia en esta materia, y sin despreciar completamente la realización material, gradúa la acción

criminal y los elementos de que el delincuente se ha valido..." (Código Penal, edición oficial, p. 178).

Por otro lado tenemos que en el Proyecto de 1916 ya se regulaba el delito imposible; pero todavía se definía la tentativa como el comienzo de ejecución de la infracción, por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución. En el texto definitivo del Código no aparece esta definición, concretándose el legislador a señalar como límite para distinguir los actos punibles de los impunes, el comienzo de la ejecución de la infracción. Esta fórmula no se orienta, por tanto, a fundamentar la punibilidad de la tentativa, sino, más bien a determinar a partir de qué momento deben ser reprimidos los actos que exteriorizan la voluntad criminal (GERMANN, GRUNDFRAGEN, p. 6. Este autor analiza la ley penal suiza, cuyos proyectos sirvieron de modelo en este punto a nuestro legislador).

2.2.1.2. FORMAS DE AUTORIA

2.2.1.2.1 AUTORÍA DIRECTA

Autor directo es el que realiza personalmente el delito; es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.

2.2.1.2.2 AUTORÍA MEDIATA

A la autoría inmediata o directa se equipara la **mediata**; es decir, aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona,

generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Dicho de otra manera, **la autoría mediata** aparece cuando un sujeto realiza el tipo utilizando a otro como instrumento que será quien la ejecutará. Se caracteriza como "dominio de la voluntad".

El autor mediato domina el hecho a través de otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, de manera que quien ejecuta el hecho y quien lo domina son personas distintas, son supuestos de "*dominio de la voluntad*". En estos casos el "*hombre de atrás*" mediante otra persona que la utiliza como herramienta y a quien se le conoce como "instrumento", este término "instrumento" viene siendo abandonado paulatinamente para ser sustituido por el de persona interpuesta, gracias a la influencia de la teoría del dominio del hecho.

Se sostiene también que la figura de la **alic** presenta una estructura similar a la de la autoría mediata, por la cual el sujeto se utiliza así mismo como el instrumento para cometer un ilícito. Sin embargo, como no resulta aplicable tal solución a todas las formas en que se presenta la **alic**, se indica que los casos culposos no son problemas que deban ser resueltos recurriendo a ésta doctrina sino que pueden ser perfectamente atendibles con las reglas comunes de la imprudencia.

El autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un intermediario para alcanzar su fin delictuoso (ROXIN, *Satraftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, 2003 p. 25 N° 45 ss). Se trata de un caso de autoría, en el que el agente (autor mediato) realiza el tipo legal sirviéndose, consciente y voluntariamente (RN N° 3840-Ayacucho, 09.10.1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 168), del "autor directo de la acción típica", quien debe tener la capacidad de cometer acciones". No es un partícipe (en el sentido técnico), pero tampoco puede ser calificado de mero "instrumento".

a) SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA

Son aquellos casos de autoría mediata, que aunque polémicos son aceptados por la doctrina mayoritaria:

Ejecutor que actúa sin realizar lo injusto:

- Actúa sin realizar el tipo objetivo
- Actúa sin realizar el tipo subjetivo
- Actúa justificado

Es posible utilizar en la ejecución del plan delictivo un hombre que obra por **error**, que no "ve" los hechos y, por lo tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde atrás los hechos. Cuando yo, como ladrón, le pido a un tercero que me alcance una cartera, y éste cumple el pedido por caballerosidad, sin sospechar que en realidad lo que hace

es sustraer una cosa ajena, soy quien ha realizado el tipo de hurto, mientras que quien realizó la acción directamente solo ha sido una herramienta ciega del plan que tuve en vista.

Este "dominio de la voluntad" puede crearse de muy diversas maneras: disimulando al ejecutor directo circunstancias de hecho, según las cuales a él le ampararía una causa de justificación o de inculpabilidad, que sugerirían la autorización legal de una conducta que en realidad sigue siendo prohibida; o sencillamente dando al suceso un sentido distinto (*ejemplo: Mediante la sustitución de uno por otro completamente ajeno a la víctima del hecho*)(Sobre el análisis de un nuevo grupo de casos, ver en particular, Táterschaft un Tatherrschaft. Pgs 120 a 232) . En todos estos supuestos es el que maneja desde atrás el que decide sobre la estructura del hecho y por ello el hecho puede reputarse como *suyo*.

Ejecutor que actúa sin culpabilidad:

- Ejecutor inimputable
- Ejecutor en error de prohibición
- Ejecutor inexigible

Esta realización mediata del tipo reside en el ***uso de la fuerza***.

Quiero coaccionar a otro, mediante la amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida, a la realización de un hecho punible; éste se convierte en ejecutor aunque desconecto su

voluntad responsable de autor inmediato. Aquí encontramos un caso de “dominio de la voluntad mediante coacción” que debe pensarse como autoría.

Problemática especial

Ejecutor que actúa dentro de un aparato de poder. ***Dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado***”.

Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada. Puede tratarse de una banda de *gansters*, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (*Ejemplo: el régimen de Hitler*). Quien actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser detenida, como en caso de un hecho individual, mediante la oposición o resistencia. Dado, entonces, que el dador de la orden reemplazaría al ejecutor inmediatamente, mantendrá en sus manos la realización del hecho. Por regla él no sabrá quien actuará en el caso concreto como “órgano” ejecutivo.

Las tres (3) formas fundamentales de autoría descritas, agotan las posibilidades estructurales de comisión de un hecho de un modo que no es el de propia mano. La libre decisión e voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta

al que permanece detrás de la realización el tipo, solo puede ser dejada de lado por el engaño, la coacción o la fungibilidad del ejecutor.

b) OTRAS FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA

Es el uso de niños en la comisión del delito, solo constituyen variaciones de los tipos ya presentados: Al niño, tanto le falta el conocimiento del significado del hecho (por lo que se presenta un caso de error), como le resulta irresistible el impulso proveniente de que obra de tras de él (con o que aparece la correspondencia con los casos de coacción). Lo mismo se puede decir de los enfermos mentales utilizados como herramienta para la ejecución. De todos modos aparecen también distintas formas de dominio de la voluntad; cuando un jefe de Estado comete acciones delictivas, a menudo no se contenta con poner en movimiento su aparato de poder mediante la emisión de una orden, sino que puede coaccionar con amenazas adicionales en el caso concreto y él mismo proporcionar los medios del engaño, al hacer reflejar en su propio modo de comportarse la juricidad. Por lo tanto, las tres formas de dominio de la voluntad permanecen en el mismo contexto.

3.2.1.2.3 COAUTORÍA

En el Código derogado, el legislado había regulado los casos de coautoría como una forma de "participación en el hecho

punible". En el Art.100º había estatuido que se consideraban como autores "los que toman parte en la ejecución" del hecho punible. Así, se refería a los coautores, pero no al autor (*stricto sensu*) (MARQUEZ CARDENAS, Álvaro E. La autoría mediata en el Derecho Penal: Formas de instrumentalización. Bogota; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002, p. 134). ya que este no "toma parte en la ejecución", sino que ejecuta el hecho punible.

El Art. 23º del CP se refiere a los que conjuntamente ejecutan el hecho punible. Así, establece la base sobre la cual debe elaborarse la noción de coautoría.

"Ejecutar conjuntamente el delito" es una fórmula bastante amplia que supone, por un lado, la decisión colectiva de realizar la infracción y, por otra parte, la colaboración conjunta de manera consciente y voluntaria. Según la doctrina, la imputación a título de coautoría se basa tanto en el principio de la división de las tareas entre los participantes, como en el de la distribución funcional de éstas. En diversas decisiones de la Corte Suprema (EXP. N° 4647-95-Lambayeque, 25.01.1995, en ROJAS VARGAS 1999a, p. 164; ES N°1 5924-98-Piura, 25.03.1998, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 170) se enumeran las siguientes condiciones:

a) Decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar extorsión;

b) Aporte esencial: el aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados es y ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte podría haberse frustrado el plan de ejecución; y

c) Tomar parte en la fase de ejecución: Cada acusado ha tenido un dominio parcial del acontecer, circunstancia que da contenido real a la coautoría.

LA COAUTORÍA, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente; es decir, es el dominio funcional del hecho.

Se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, co-dominando el hecho entre todos. Aparece como una *división del trabajo*”.

La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene en la ejecución material del delito, lo que, por definición, no sucede en la conspiración.

En la coautoría todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor. Como requisito se exige la decisión conjunta, el co-dominio del hecho y aportación al hecho en fase ejecutiva.

Como en este caso varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí completan la total realización del tipo: En el robo de una caja de ahorro uno de los dos amenaza a la víctima con su revólver, mientras que el otro se apodera del dinero; en una violación sexual uno sostiene a la mujer por la fuerza, mientras el otro accede a ella. El dominio de cada partícipe aquí no se apoya en la ejecución de propia mano, pues la amenaza, el apoderamiento, el ejercicio de la violencia, la ejecución del acceso carnal, no realizan por sí solos el tipo²; ni tampoco por una superioridad voluntaria en el sentido de la autoría mediata, sino en la división del trabajo, sin la cual la realización del tipo elegido sería irrealizable.

Este es un tercer tipo independiente del ejercicio del dominio: Cada uno lo tiene en sus manos a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque si rehusara su propia colaboración haría fracasar el hecho.

Es preciso hacer notar que también en el derecho positivo, donde a menudo se ha cuidado reprimir las experiencias de un siglo de antigüedad, no se pronuncia en contra de estas conclusiones. Así por ejemplo, en el Art. 14º, Inc. 3º, del

² GIMBERNAT, ORDEIG, E. Autor y cómplice en derecho Penal, Madrid, Universidad de Madrid facultad de Derecho Sección de publicaciones e intercambio. Pàgs. 915 y 916, opina que, en tales casos, quien ejecuta la acción de sustracción o impúdica realiza, sin embargo, el tipo de propia mano. Frente a ello es posible oponer que la sustracción como tal solo da lugar a un hurto y el ejercicio de impudicias o fundamenta en general una acción punible. Amenaza y fuerza con inseparables de la acción típica.

Código Penal Español se señala como autor "*al que hubiera colaborado en la ejecución del hecho con una acción sin la que, el mismo, no se hubiera realizado*"; una norma de la misma estructura presenta el Art. 45° del Código Penal Argentino. En ambos ordenamientos jurídicos, es controvertida la significación que debe darse a este precepto (GIMBERNAT ORDEIG, E. Autor y cómplice en derecho Penal, Madrid, Universidad de Madrid facultad de Derecho Sección de publicaciones e intercambio. Págs. 920 a 934).

Según mi opinión el legislador no ha pensado en otra cosa que en el discutido dominio funcional del hecho: Pues cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo. Aún no se ha encontrado respuesta a qué clase de aporte al hecho se refiere la ley, al significar que sin él el delito no se hubiera realizado.

GIMBERNAT afirma: No correspondería preguntarse sin una acción coejecutiva sería absolutamente necesaria "*o no*", pues ello obligaría a comprobar casos causales hipotéticos, cuya afirmación es inaccesible a la investigación judicial. Para éste autor es suficiente que "*alguien colabore en el delito con un aporte difícilmente reemplazable*", y que su acción "*tenga el significado de remoción de un obstáculo será para la producción del resultado típico*". Al respecto tengo mi propia

doctrina, según la cual: *“alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito”*.

Dentro de la coautoría ejecutiva se puede diferenciar la directa, en que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos y la parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas.

Así, por ejm. En la agresión sexual intimidatorio o mediante empleo de fuerza, tan autor es el que realiza directamente el acceso carnal, como el que encañona o sujeta a la persona durante el acceso. Igual que en el robo intimidatorio, tanto autor es el que toma el dinero, como el que mientras tanto está apuntando con su arma a la víctima. Pues en ambos casos, al tipo del delito en cuestión (agresión sexual, robo), pertenece no solo la realización de la acción principal (acceso carnal, tomar el dinero), sino el empleo de fuerza o intimidación.

Cada autor responde del hecho, siempre que éste permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso; así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o no responder en absoluto del exceso. Puesto que en la coautoría

todos son autores del hecho, puede suceder que cada uno responda de un título delictivo diferente. Así por ejemplo, en los *delitos especiales impropios*, en los que el coautor cualificado responde por el delito especial (malversación) y el coautor no cualificado, por el delito común (hurto). Otra cosa sucede cuando no hay coautores sino que solo hay un autor y los demás intervinientes son solo partícipes.

2.2.1.2.4 LA PARTICIPACIÓN.

2.2.1.2.4.1 CONCEPTO

Es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De esta definición se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno (el del autor o coautores materiales), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que solo en base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (*unidad del título de la imputación*), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (*accesoriedad de la participación*). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por

alguien como autor, no puede hablarse por qué castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor.

También cuando el partícipe se sirva del comportamiento atípico o lícito de alguien para cometer un delito se le podrá castigar, pero, en este caso, no como partícipe, sino como *autor mediato*, ya que en estos casos es aquel quien domina la realización del hecho y el que actúa atípica o ilícitamente es un mero instrumento en sus manos (así, por ejemplo, el que denuncia falsamente a alguien como autor de un homicidio, lo que hace que sea detenido por la policía. Que cree en la veracidad de la denuncia).

2.2.1.2.4.2 FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA O PREPARATORIAS PUNIBLES DE LA PARTICIPACIÓN

a)-LA INDUCCIÓN

El Art. 28º del Código Penal, lo cita entre las formas que “también se consideran de autoría”, como una típica forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de pena, la equipara a la autoría.

La Inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un

delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean casos límites con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.). Otra prueba de que la realización del acto depende del autor principal (inducido) es la que de si este no comienza la ejecución del delito (por tanto, no del Código derogado). Las categorías de autor, coautor y autor mediato ahora son reguladas separadamente de las de cómplice instigador. Estas dos últimas aún siguen la orientación española; es decir, la del Código derogado. Así, se continúa diferenciando el cómplice primario del cómplice secundario. En fin, en los diversos proyectos de reforma, las disposiciones correspondientes no siempre han sido redactadas de la misma manera.

a.1. MANERAS DE REGULAR LA PARTICIPACIÓN

Existe unanimidad sobre el hecho de que es necesaria y está justificada, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurren en la comisión de un acto delictuoso, cualquiera que hubiera sido su intervención. Sin embargo, dos sistemas han sido concebidos para imputar la realización del delito a los diversos participantes.

En primer lugar el denominado *sistema unitario de autoría*, que se basa en una noción amplia del autor. Según esta teoría, son autores todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que cada una de las intervenciones sea una de las causas del resultado. Si uno de los que intervienen causalmente en el hecho, de manera excepcional, no debe ser considerado como autor, es indispensable entonces que esto sea establecido expresamente. Estas formas de participación causal no calificadas de autoría constituyen sin embargo circunstancias restrictivas de punibilidad. Es por eso que no importa en general, determinar la relevancia de cada uno de estas intervenciones; esto se tendrá en cuenta solo en el momento de individualizar las penas.

Esta concepción, fundada en la idea de la causalidad, rechazada casi por unanimidad (ROXIN, Claus, derecho penal/Parte general, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid editores, 1997, p. 25 N° 2, 4; IDEM, 1976, p. 241 ss; JAKOBS Gunter, derecho penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Traducción de Joaquín Cuello Contreras

y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1991, 21/25), ha sido criticada sobre todo porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. En efecto, este principio no tendría sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuya causalmente a la producción del resultado delictuoso, para practicar solo más tarde algunas distinciones MAURACH. R./GOSEL, K. H./ZPF. H. Derecho penal Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 47). Además, la aceptación del sistema unitario de autoría conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. Por último, en la práctica, no se puede dejar de distinguir en el momento de imponer la pena. Sin embargo, Röder, Geerds y Kienapfel defienden este sistema (HILGERS, B. M. Verantwortlichkeit von Führungskraftern in Untemehmen fur Hanlungen ihrer Mitarbeiter, iuscrim, Freiburg im Br. 2000. p. 86). Además algunos códigos penales como el austriaco de 1974, lo consagran.

En Italia, el legislador, abandonando el modelo del Código de Zanardelli de 1889, parte también de un criterio causal y reprime, en principio, con la misma

pena a todos los partícipes (BOTTKE, W. *Taterschaft und Gestiftungsherrschaft Zur Struktur von Taterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Bauteil eines gemeineuropaischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 365). En efecto, en el Art. 110º de su CP de 1930, disponía que, en caso de que varias personas concurren en la comisión del mismo hecho punible, "cada una de ellas será reprimida con la pena prevista para este delito".

La doctrina italiana considera, sin embargo, que la aplicación de este sistema ha dado lugar a una excesiva ampliación de la responsabilidad a título de participación, causa de la tendencia de la jurisprudencia de tomar a la ligera los requisitos objetivos mínimos de la legítima responsabilidad por colaboración. Esta constatación permite subrayar el carácter anticonstitucional de las normas del Código referentes a la participación, por contradecir las exigencias del principio de legalidad (FRAGOSO, Heleno Qaudio, *Liasas de Diritto Penal, Parte General*, Sao Paulo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Español*, Madrid, 1976, p. 360). No obstante, Este mismo criterio ha sido consagrado en los Art. 121º-6 y 121º-7 del CP Francés (METTGENBERG, W. (Hrsg)

Erwin Bumke zum 65, Geburtstage, Decker, berlin, 1939, p. 751)

El segundo sistema llamado sistema diferenciador, consiste en distinguir entre las diversas formas de intervención de las personas que cometen de manera conjunta un hecho delictivo. Una intervención causal en la ejecución de un delito solo será calificada como participación si ha sido prevista en la ley como tal, pues autor no son todos los que colaboran en el hecho. Se trata, entonces de un restrictivo concepto de autor. Desde esta perspectiva, las definiciones legales de las formas de participación constituyen circunstancias de ampliación de la punibilidad (tipos legales ampliados). Este sistema constituye la orientación tradicional y preponderante tanto en la doctrina, como en la legislación. Sus defensores, si bien coinciden en la necesidad y posibilidad de distinguir entre los diferentes partícipes, disienten sin embargo en el criterio que ha de ser utilizado con este fin. Teniendo como base esta sistemática, así como el Código alemán, el legislador peruano estableció dos (2) regulaciones básicas; por un lado, la referente a la autoría y, por otro lado, la relativa a la participación.

El criterio diferenciador es sin duda alguna el que más conviene para asegurar las garantías del derecho penal liberal. El criterio opuesto nunca ha sido sostenido, en nuestro medio, en la doctrina. Por lo tanto, nuestro legislador hizo bien al mantener en el nuevo C.P. dicha orientación.

Sin embargo, esta concepción es solo prevista en relación con los delitos dolosos, puesto que la ley exige que los coautores, autores principales, instigadores y cómplices actúen con dolo. De modo que, en caso de comportamientos culposos, el sistema admitido es el unitario de autoría. Si varios individuos realizan con culpa un comportamiento reprimido expresamente (*por ejemplo: matar a una persona*) cada uno es considerado responsable de la totalidad a título de autor.

b) LA INSTIGACIÓN

La Instigación (VILLAVILLENCO TERREROS Felipe: "Lecciones de derecho penal". Cultural Cuzco. Lima-1990, pág. 226ss), al lado de la complicidad (primaria o secundaria) constituye una forma de participación en sentido estricto, establecida en el Art. 24º, siendo a su vez una extensión típica, pues amplía los tipos de la parte especial para abarcar la conducta de quien

dolosamente determinare a otro a cometer el hecho punible. La tipicidad de la conducta del instigador se deduce de la aplicación de la regla del Art. 24º del Código Penal a un tipo de la parte especial.

Esta ampliación del tipo determina una extensión de la pena, pues al ampliarse los tipos de la parte especial hasta cubrir la conducta del instigador se hace posible su sanción que, según la regla citada, será similar a la del autor del hecho punible. Si no se diera tal ampliación, la instigación sería impune.

La instigación se encuentra prevista en el Art. 24º del Código Penal cuando precisa que serán reprimidos como autores del hecho punible "*...los que dolosamente determinare a otro a cometerlo*"

Para referirse a la instigación han sido empleados diversos términos: Algunos identifican instigación con inducción, otros solo se refieren a la inducción, o la vinculan a la incitación, y los que la relacionan con el término "determinar".

Respecto a lo último ha surgido una posición que considera que no se puede identificar totalmente al "instigar" con el "determinar a otro", pues si bien todo instigador determina a otro, no todo el que determina a otro es instigador, por ello "instigación es una forma de

determinación pero no es la única" (ZAFFARONI Eugenio Raúl: "Tratado de derecho penal, parte general". Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires. b 1982, pág. 294. FERNANDEZ Alberto A.- PASTORIZA Luis G.: "Autoría y participación criminal". Lerner Edit. Asociados, Buenos Aires. 1987, pág. 89). En el sentido de estas ideas, dentro de la figura del determinador ubican no solo al instigador sino también al autor mediato y a la figura especial del autor de la determinación. Para estas tesis, el concepto "determinar" es más amplio que el de "instigar", por lo que determinar significa en cualquier caso, ser el factor decisivo, pero en el caso de la instigación significa "hacer surgir" en el autor la decisión al hecho, provocar que el autor "se decida" (ZAFFARONI Eugenio Raúl: "Tratado de derecho penal, parte general". Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires. b 1982, Pág. 393).

En relación a nuestra legislación penal, se ha recurrido al término "determinare" para hacer referencia a la instigación. Creemos que debe identificarse con la instigación esto es, con aquel concepto de determinar que significa en el autor la decisión de realizar el hecho delictivo.

Finalmente, indiquemos que se ha pretendido denominar al instigador como “autor intelectual” o “moral”, lo que a nuestro juicio constituye un error que origina confusión. Esta concepción del instigador como autor moral que era equiparado al autor material es una vieja doctrina que se remonta “a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron una gran difusión en toda Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX” (CEREZO MIR José: “Problemas Fundamentales del derecho penal”. Editorial Tecnos, Madrid. 1982, Pág. 163).

El error de denominar al instigador como autor intelectual podría dar lugar a creer que el instigador es un autor y para su existencia no sería necesaria la presencia de un autor del hecho, de un sujeto que realice el hecho principal, rompiéndose de esta manera el principio de accesoriedad de la participación. En conclusión, es recomendable evitar se equipare a la instigación con el autor intelectual.

Sentadas las bases, podemos definir la instigación como aquella conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión, la resolución de realizar un delito doloso concreto.

Instigar es decidir a otro a la ejecución del hecho punible, lo que significa que el instigado haya formado

su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador. De esto se deduce que no puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto (omnímodo facturus); en estos casos podría darse un supuesto de complicidad psíquica o intelectual, pues, si bien aquí el influjo psicológico no hace surgir la decisión al hecho, ella sin embargo, constituye un reforzamiento de la decisión ya tomada por el sujeto; es decir, constituye un aporte psíquico al acto. No es solo objeto de la instigación el autor originariamente indiferente u opuesto al acto, sino que también puede serlo aquel que tiene la disposición general a cometer delitos de determinada especie, siempre que la decisión al hecho concreto provenga de la influencia del instigador. También puede ser objeto idóneo de la instigación el que duda sobre si cometerá o no el injusto, así como quien hace depender la ejecución de una condición.

La instigación tiene lugar mediante un influjo psíquico o psicológico, de tal suerte que la creación de una ocasión favorable que pueda suponer que originará en el autor la decisión de cometer el delito no constituirá instigación. Los medios de los que se pudiera valer el

instigador son diversos, así, podrían consistir en consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc., siempre que implique una influencia psíquica.

La instigación, como ya se manifestó implica una conducta activa, por lo que una instigación por omisión es inadmisibile. La mera omisión "puede, bien favorecer la espontánea aparición de la decisión criminal en otro, o bien no obstaculizar una decisión ya en marcha, efectos ambos que no pueden considerarse como una "inducción" (GOMEZ BENITEZ José Manuel: "Teoría Jurídica del delito. Derecho penal, parte general". Editorial Civitas S.A., adrid. 1987. Pág. 520). Por lo que se puede afirmar que la omisión puede no impedir una resolución delictiva, pero de ninguna manera que ella haga surgir dicha resolución.

El instigador debe actuar dolosamente. Así lo exige nuestra legislación cuando el Art. 24º del Código Penal utiliza el término "dolosamente". Es suficiente el dolo eventual. El dolo del instigador debe estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho, así como a la ejecución del hecho principal por parte del autor. En este sentido se habla de un doble dolo del instigador.

El tratar de diferenciar al que solo quiere que el instigado intente el delito del que quiere que lo consuma, tiene vinculación con el pretender diferenciar al instigador del agente provocador.

Frente a la idea generalizada que el agente provocador es aquel instigador que solo quiere que el hecho principal solo llegue al grado de tentativa, se ha planteado la opinión que considera que nada quita a que la actividad provocadora se plasme a través de un comportamiento de autoría o de participación, en todas sus formas.

Debemos precisar que escapa a la figura del agente provocador, el caso del sujeto que tiene el deseo que el resultado no se produzca, pero no realiza manifestación exterior alguna. También quedan fuera de esta figura los casos en que efectivamente contribuyen a la producción del resultado, aunque lo hagan para lograr la sanción de su copartícipe. Esto, de acuerdo a un concepto estricto de agente provocador (RUIZ ANTÓN Luís Felipe: "El agente provocador en el derecho penal". Edersa, Madrid-1982, pág. 12).

El dolo del instigador debe ser concreto, es decir debe dirigirse a un determinado hecho y a un determinado autor.

El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. Esto significa que el instigador no responde por el exceso en que hubiera incurrido el autor.

El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. Para sancionar al instigador se requiere que el hecho principal llegue al menos al grado de tentativa. En este supuesto estaremos ante una instigación "en una tentativa". Si el hecho principal no llega al grado de tentativa, estaremos ante una instigación "tentativa" que es impune.

La instigación puede cometerse en la modalidad de co-instigación y de instigación accesoria (paralelos de la coautoría y de la autoría accesoria), así como en forma de instigación mediata, en la que el instigador utiliza a un intermediario para ejercer su influencia psicológica sobre el autor (paralelo a la autoría mediata). Es discutible la instigación a la instigación al hecho principal (instigación en cadena). Esta posibilidad es admitida en la ciencia penal peruana (PEÑA CABRERA Raúl: "Tratado de Derecho Penal, Parte general". Vol. I. 3ª Edición. Lima. 1983, Pág. 352).

En cuanto a la sanción del instigador, el Art. 24º del Código Penal establece que será reprimido con la pena idéntica a la del autor, pues, de acuerdo a las circunstancias puede recibir una pena mayor o menor a la del autor. *Ejemplo:* El que instiga a un imputable restringido. Dicha regla, lo único que indica es que el instigador v será sancionado dentro de los marcos penales establecidos en las disposiciones de la parte especial.

C) LA COMPLICIDAD

La complicidad (primaria y secundaria) (VILLAVICENCIO TERREROS Felipe: "Lecciones de derecho penal". Cultural Cuzco. Lima. 1990, Pág. 233ss) al igual que la instigación, constituyen una forma de participación en sentido estricto, por lo que las reglas que sobre ella establece el Art. 25 del Código Penal constituyen una ampliación del tipo que implica una extensión de la pena.

Cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso. Precisamos que en nuestro Código Penal se diferencian dos formas de complicidad: Primaria y Secundaria. A la primaria se hace referencia con la expresión: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin

el cual no se hubiere perpetrado”. A la Secundaria con la expresión: “A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia”.

La complicidad no solo implica un aporte material, sino que ella también puede consistir en un apoyo psicológico (la llamada “complicidad intelectual”). Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor.

En relación al momento en que el cómplice puede otorgar su aporte, se ha establecido que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la ejecución, pero no después de la consumación del hecho. En los casos que se ofrezca al autor colaborar con una ayuda a darse luego de la consumación del hecho, no estaremos ante una complicidad posterior a la consumación, sino que será determinante la promesa anterior, la que permite afirmar la complicidad. Sin embargo, si esta promesa anterior no tuvo incidencia en el hecho, no habrá complicidad, pero si la tuvo, deberá afirmarse la complicidad (BACIGALUPO Enrique:

“Manual de Derecho Penal, parte general”. Tamis-llanud, Bogotá. 1984; Pág. 211). La promesa anterior implica un apoyo psicológico al hecho, por lo que nos encontramos ante una complicidad intelectual. “Lo único que puede ser participación es la “promesa anterior...” (ZAFFARONI Eugenio Raúl: “Tratado de Derecho Penal. Parte general”. Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires. Pág. 1982, Pág. 401)

Para la complicidad no se requiere una actividad positiva. Es admisible una complicidad por omisión, siempre que la omisión facilite la realización del hecho.

El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que no se admite una complicidad culposa en un delito doloso o culposo. Asimismo, el cómplice debe colaborar en un hecho doloso; por ello no se admite una complicidad dolosa en un delito culposo. El dolo del cómplice debe estar referido al acto de colaboración y a la ejecución del hecho principal, por lo que se habla de un doble dolo (MIR PUIG Santiago: “Derecho Penal, parte general (Fundamentos y Teoría del delito)”, 2da Edición. Promociones Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona). Es suficiente el dolo eventual.

El dolo del cómplice constituye el límite de su responsabilidad; por ello, el cómplice solo responde

hasta donde su voluntad alcanza. El no se hace responsable de los excesos en que pudiera incurrir el autor.

Nuestro Código Penal distingue entre complicidad primaria (cooperador necesario) y complicidad secundaria (simple cómplice).

El cómplice primario es aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. Al otorgar un aporte necesario al hecho, éste solo podrá prestarse en la etapa de preparación. Si en la etapa de ejecución, se otorga un aporte sin el cual el hecho no podría realizarse, esto implica que el sujeto ha tenido dominio sobre el desarrollo del suceso; es decir, ha tenido dominio del hecho, y en este supuesto será coautor y no cómplice.

El cómplice secundario es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, por ello es indiferente la etapa en que pueda otorgar su aporte, pero siempre antes de la consumación.

En cuanto a la consecuencia penal que origina la complicidad, el Código Penal ha establecido que el cómplice primario (cooperador necesario) será reprimido con la pena prevista para el autor. Ello no significa que deba tener idéntica pena a la del autor,

sino que simplemente debe ser sancionado dentro de los marcos penales establecidos en los tipos legales de la parte especial.

En cuanto a la complicidad secundaria, se establece una disminución prudencial de la pena (Art. 25º, 2ª parte).

2.2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO

Fuentes del Derecho, es todo tipo de norma, escrita o no, que determina la vinculatoriedad del comportamiento de los ciudadanos y de los poderes de un Estado o comunidad, estableciendo reglas para la organización social y particular y las prescripciones para la resolución de conflictos.

El conjunto de las fuentes del Derecho es muy heterogéneo. Sobresale la disposición jerárquica de este sistema, donde la costumbre regirá en defecto de ley aplicable y los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

2.2.2.1 CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las "fuentes del Derecho".

A.- FUENTES HISTÓRICAS:

Son documentos históricos que hablan o se refieren al Derecho. En la antigüedad estos documentos eran muy diversos (papiros, pergaminos, tablillas de arcilla en las que algunos pueblos estampaban sus leyes y contratos). Se refiere a las fuentes jurídicas

según su aplicación en el tiempo. Serán vigentes las fuentes positivas actuales que no han sido derogados por otra ley o el reglamento que no ha sido substituido por otro.

Serán históricas las fuentes que han perdido su vigencia y se sitúan en la historia del Derecho Positivo. Es el caso de la compilación Justiniana de la cual arrancan importantes instituciones jurídicas que han tomado desarrollo a través de los siglos.

B.- FUENTES MATERIALES O REALES:

Son los problemas que surgen de la realidad histórica de cada pueblo y que son regulados por el Derecho. Por ejemplo en el Perú puede ser el terrorismo o los movimientos sociales

C.- FUENTES FORMALES

Se definen por ser "aquellos hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas. Se considera que las fuentes formales son las mismas directas. Pero, se les da esta denominación pretendiendo aludir a dos aspectos.

a.- A la fuerza o poder creador, por ejemplo; El poder Legislativo.

b.- A la forma misma de la creación de este poder, en el ejemplo; La Ley. Para algunos tratadistas solamente la ley es fuente formal del Derecho (AGUILAR GORRONDONA. Derecho Civil, Personas 4ta Edición, Universidad Católica Andrés Bello).

Para otros, las fuentes formales son únicamente: Las leyes. Este sector doctrinal ha logrado imponer dicha opinión, no obstante, que de acuerdo con la definición, serian también formales: La doctrina y

la jurisprudencia. La primera, que es la obra de los estudiosos y la segunda, que es el producto del trabajo en los tribunales.

D.- FUENTES DIRECTAS E INDIRECTAS:

a). Directas, cuando encierran en sí las normas jurídicas aplicables (ley, costumbre). Se refiere a las fuentes jurídicas según que estas contengan la norma en si mismas. Serán directas las que contienen, Verbi Gratia: La Constitución, la ley, los reglamentos, las ordenanzas, etc.

b). Indirectas, cuando, sin contener en si mismas las normas jurídicas, ayudan a interpretarlas, aplicarlas, producirlas, coadyuvan a su explicación a su explicación y sirven para su conocimientos. Tales por ejemplo: Jurisprudencia, doctrina, principios generales del Derecho.

E.- FUENTES PRINCIPALES, SUBSIDIARIAS Y AUXILIARES:

Se refiere al orden de importancia de las fuentes jurídicas. Fuente principal, de acuerdo a su acepción será aquella que es mas considerable que las demás. Sin embargo, en Derecho debemos usar la expresión como sinónima de fundamental. Es decir, será principal aquella que sirve de fundamento a las demás. Ejemplo: La Constitución y la ley.

Será subsidiaria, según un sector doctrinal aceptado, aquellas que en un momento dado sirven para integrar las lagunas del Derecho o de la ley, por ejemplo la analogía. O aquellas a las cuales se puede recurrir en última instancia para resolver una situación planteada. Por

ejemplo: Los principios generales del Derecho. Otros tratadistas dicen que son fuentes subsidiarias "Aquellas que proveen cierto material" para la comprensión de las fuentes principales. Sería el caso de la doctrina y la jurisprudencia. En cambio, la doctrina más generalizada llama auxiliares aquella: fuentes de ayuda o auxilio al jurista como, por ejemplo, el Derecho comparado, la sociología, la psicología y otras ciencias y disciplinas aplicable al Derecho en algunos aspectos.

2.2.2.2 LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL

¿Qué entendemos por doctrina? Sobre el particular, compartimos plenamente la posición de Monroy Cabra cuando define la doctrina como "...todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas; que contribuyen a la interpretación del Derecho Positivo y que guían las reformas de la legislación, así como son pauta para la aplicación del derecho". Entonces, los operadores del Derecho al momento de emitir una resolución, sentencia o fallo, deberán tener en cuenta no sólo la ley positiva, sino valorar las opiniones y aportes de los estudiosos e investigadores del Derecho.

Sin lugar a dudas, en nuestro medio jurídico contamos con trabajos que constituyen valiosas herramientas para los operadores del derecho, equiparadas en algunos casos a los conocidos argumentos de autoridad, propios de la época de la escuela de la exégesis, pero también es cierto que en muchos casos la calidad jurídica de algunos

estudios ha sido sacrificada, empezando desde las aulas universitarias en lo referido a las tesis o trabajos de investigación. En este sentido, no todos los estudios pueden constituir doctrina y menos calificada para la fundamentación de las resoluciones.

2.2.2.3 LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL

Según explica Liebman, "el término jurisprudencia se reserva en su significado actual para designar la interpretación que del Derecho vigente dan los tribunales, considerados en su conjunto, en el efectivo ejercicio de la función judicial.

De las decisiones contenidas en el gran número de sentencias que se dan todos los días se puede extraer un elemento específicamente jurídico, es decir la valoración jurídica de los hechos propios de cada situación, para condensarlos en otras tantas máximas abstractas, las cuales de la misma manera que sirvieron para decidir una determinada controversia, serán eventualmente aplicables cuantas veces se presenten idénticas circunstancias de hecho. ...Este gran cuerpo de reglas jurídicas, concluye Liebman, es lo que constituye en su significado propiamente técnico la jurisprudencia". Planteado en estos términos, la jurisprudencia más que un conjunto de decisiones judiciales viene a ser los criterios de interpretación que se extraen de ellas, y que muchas veces pueden ser condensadas en una suerte de apotegmas generales.

Al parecer, nuestra legislación ha recogido este criterio, así se desprende del Art. 400 de nuestro reciente Código Procesal Civil que se refiere a la doctrina jurisprudencial que no sería otra cosa que los criterios jurisprudenciales que sirven de base para la solución de conflictos, tema del que nos ocupamos en el punto cinco de este trabajo.

La importancia de que se conozcan los criterios jurisprudenciales que se están manejando para la solución de conflictos es fundamental, pues constituye uno de los elementos de la seguridad jurídica que todo Derecho debe ofrecer.

Así, enfrentados los tribunales a casos que se presentan con alguna frecuencia se podrá prever que se resolverán con igual criterio a los antecedentes, garantizando de este modo el derecho de igualdad entre los justiciables.

No obstante, es necesario aclarar que la obligación de observar los criterios precedentes no puede ser absoluta. Esto supondría la inaceptable fosilización del Derecho. Porque aunque semejantes los hechos, los tiempos pueden cambiar y resultar injustas las soluciones, y porque la ley debe interpretarse no de acuerdo a la voluntad del legislador sino a la voluntad de la ley, en armonía con sus propios fines; pero la voluntad de la ley no puede ser algo inmóvil, sino dinámica susceptible de adaptación a la permanente evolución.

2.2.2.4 LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL

2.2.2.4.1. DEFINICIÓN

A).SEGÚN PEDRO BRACHO GRAND:

“Regla de derecho refunda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador; practica, usos que figuran como normas incipientes”

B).DU PASQUIER EXPRESA:

“Es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente”

2.2.2.4.2. CARACTERÍSTICAS

Por el ambiente espacial de validez

- Locales
- Generales

2.2.2.4.3 ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

A). INTERATA CONSUECUDO (objetivo)

- **Actos uniformales:** que se repitan con las mismas características.
- **Consecutivos:** que se sucedan en forma interrumpida.
- **Cierta duración:** no pueden ser actos efímeros.
- **Pacíficos:** que no sean productos de la violencia.

B).OPINIO IURIS NECESITATIS (subjetivo)

Es la convicción de la obligatoriedad jurídica de la actuación, su aceptación como "buena" en la comunidad.

2.2.2.4.4 IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTES DEL DERECHO

En las sociedades modernas las costumbres son fuentes independientes del derecho, es fuente subsidiaria que solo regirá en defecto de Ley aplicable. Se trata de una costumbre imperativa que, sin ser criticable, no vincula necesariamente a los tribunales; costumbre *praeter legem o extra legem*: valida por completo, regula situaciones o asuntos no contemplados por la Ley, que en determinados supuestos remite de forma expresa a la costumbre para reglar una materia concreta.

2.2.2.5 LA LEY COMO FUENTES DEL DERECHO PENAL

Dentro de los sistemas codificadores, la ley constituye la primordial fuente del Derecho. Es enorme la importancia que tiene tanto para la sociedad como para el individuo en particular. Porque "las opresiones serían incalculables y la sociedad caería por sus cimientos." Por eso, cuando los pueblos poseen una legislación de contextura seria alcanzan las más altas cumbres de la civilidad. Por el contrario, cuando ellos están regidos por una legislación precaria se postran en la barbarie, puesto que ven debilitadas sus energías

La acepción ley, que se origino en la latina *ligare* (enlazar, obligar), en un sentido amplio se refiere a todo dictamen que exprese

relaciones generalizadas entre fenómenos de distinta índole pudiendo ser aplicada a distintas voces, como la ley matemática, ley causal, ley lógica, ley natural, entre otros.

Cuando la referencia es a la *ley normativa*, su significado está relacionado con los comportamientos humanos que se califican como debidos, presuponiendo la libertad de su cumplimiento, distinguiéndose entre las morales y las jurídicas, siendo estas últimas generales y abstractas.

Aunque en el pensamiento más primitivo se le atribuyeron características mágico-religiosas para imponer su vigencia y en Roma tuvo el sentido de una regla social obligatoria escrita, fue Santo Tomás de AQUINO, quien en la *Summa Teológica* diferenció entre la *ley eterna* (toda acción y todo movimiento regidos por la sabiduría divina), la *ley natural* (toda aquella que deviene de la participación de los seres racionales en la ley eterna) la *ley humana* (solución práctica, concreta y particular que obtiene el hombre partiendo de los principios evidentes de la ley natural) y la *ley divina* (ley superior a las leyes natural y humana, que regula los actos del hombre en orden a su fin trascendente).

Ley en Sentido Amplísimo:

La ley es "Toda norma jurídica obligatoria". Se incluyen aquí toda clase de normas jurídicas: la Constitución, Leyes, Reglamentos, Convenios, etc., incluso la costumbre no escrita y los actos de autoridad".

Ley en Sentido Amplio:

Es "Toda norma jurídica de origen estatal, forma escrita y en cierto modo solemne".

A la ley tomada en este sentido amplio se oponen: la costumbre (norma jurídica no estatutaria; y la prescripción autonómica que procede de un poder no estatal), pero caben dentro de ella actos que no proceden del legislativo, Ejemplo: la Constitución, reglamentos.

Ley en Sentido Restringido:

En este sentido ley es "El mandato de carácter general emanado del órgano del Estado a quien corresponde la función legislativa mediante el proceso establecido en la Constitución

2.2.3 EL CRIMEN ORGANIZADO

2.2.3.1 CONCEPTO DE CRIMEN ORGANIZADO

Antes de definir el crimen organizado o la delincuencia organizada revisaremos dos acepciones:

Delincuencia, (Del lat. delinquentia). 1.-Cualidad de delincuente. 2. Acción de delinquir. 3. Conjunto de delitos, ya en general o ya referidos a un país, época o especialidad en ellos. 4. Colectividad de delincuentes (Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation).

Organización, Asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines.

Atendiendo a las acepciones hechas por el diccionario podemos observar que palabra delincuencia es la manera ilícita con la que

actúa una o varias personas, con la finalidad de delinquir o cometer delitos; y como segundo termino la palabra organización, es la integración de dos o mas personas organizadamente, bajo normas y fines determinados, es decir bajo una estructura jerárquica y de mando. Por lo que al juntar ambas acepciones podemos concluir que la delincuencia organizada es el conjunto de personas organizadamente, bajos normas y jerarquías, con la finalidad de cometer o llevar a cabo actos ilícitos, es decir hablamos ya de una organización criminal.

Por lo tanto, como toda asociación o sociedad, estará sujeta a normas, disciplina y rigidez para realizar su fin; por tanto la Delincuencia Organizada actuara como una "Sociedad del Crimen", ya que sus actos, a parte de ser ilegales tendrán el fin de obtener ganancias lucrativas de esas actividades ilícitas.

De ahí que el crimen organizado haya sido conceptualizado como una "sociedad", que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de sus estructuras complejas, ordenadas y disciplinadas como cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con rigidez.

En efecto, en nuestros días, el concepto de "crimen organizado" es señalado a grandes grupos organizados, dedicados a actividades ilícitas, estructurados con la naturaleza y en ocasiones, también con apariencia de corporaciones de carácter licito, pero a través de las

cuales se realizan o se ocultan operaciones criminales. Esta forma corporativa, implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclo de financiamientos, relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y, general todo aquello que podría tener cualquier gran corporación lícita.

Este tipo de delincuencia señala la PGR fue designada con la palabra "organizada", ya que se refiere a la "asociación", a la "sociedad", a la "corporación", al "grupo", al "sindicato", a la "liga", al "gremio", a la "coalición", en sí a la "unión", como forma de conjuntar esfuerzos en grupo; y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales (Diccionario Jurídico Calificado Pag.32).

La fuerza de la delincuencia organizada radica en el establecimiento de "alianzas y vínculos" que logra en todos los niveles, incluyendo el político y el militar; con la ayuda de actos de corrupción logran su impunidad. Así, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de centros de juego ilegales y centros de prostitución.

Por ello, la delincuencia en su manifestación organizada constituye uno de los más graves y vitales problemas que dañan y perjudican a la humanidad. Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional.

La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando y está estructurada en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, de acuerdo a la célula que la integran; alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; tienen un grupo de sicarios a su servicio; tienden a corromper a las autoridades; estos son dos de los recursos conocidos para el cumplimiento de sus objetivos; opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores.

2.2.3.2 LAS CARACTERÍSTICAS DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La imagen habitual, o el tipo ideal, de crimen organizado, incorpora ciertas características definitorias. Estas son:

Primero, que los grupos criminales monopolizan o tratan de monopolizar ciertas actividades como la prostitución, la extorsión o el tráfico de drogas.

Segundo, la violencia se utiliza de manera sistemática contra aquellos que tratan de desafiar estos monopolios, contra quienes

rompen la disciplina de la organización o contra quienes dan pruebas a la policía o a los tribunales sobre estos grupos.

Tercero, la organización de las familias criminales están tan profundamente insertadas en un cierto orden social que la policía puede en ocasiones atrapar a los individuos pero no puede eliminar la organización como tal: puede limitar pero no detener sus actividades.

Cuarto, el crimen organizado suele tener una estructura jerárquica y burocratizada, el menos hasta el punto de que existen un buen número de funciones especializadas dentro de la organización, incluyendo las funciones de recopilación y análisis de inteligencia y la violencia.

Quinto, las organizaciones criminales tienen acceso a los conocimientos legales, financieros y contables que por lo general se asocian con las actividades comerciales legítimas.

Sexto, las organizaciones pueden ejercer influencia sobre el proceso político, administrativo y judicial.

2.2.3.3 DIFERENCIAS ENTRE DELINCUENCIA COMUN Y CRIMEN ORGANIZADO

Un delito cometido por el delincuente no es del todo espontáneo, sino que puede ser premeditado y programado. Sin embargo este depende de varios factores: Del número de personas que lo cometa y ejecute, de los procedimientos que siga, de los recursos que utilice y

de los objetivos que persiga. Podrá haber, entonces dos tipos de delincuencia, la Delincuencia común y la Delincuencia Organizada.

La Delincuencia Común.

Los delincuentes comunes o delincuencia "simple", pueden actuar solo o en pandilla, empero su fin no es mas que delinquir con la finalidad de obtener dinero u otro beneficio, para repartirlo entre sus miembros y gastarlo en drogas, no cuenta con una organización, códigos, estructura, capital financiero, aunque estos actúen en pandillas, no pueden operar como parte de la delincuencia organizada y esto es así porque, es obvio que el delincuente común delinque, pero ello sin mediar autoridad, acción que la delincuencia no hace, ya que cuando es aprehendido un individuo de su organización esta sigue y este individuo se sustituye por otro, en forma jerárquica.

Podemos decir que la delincuencia menor es la cometida por un individuo, y cuando mucho, por dos, y que tiene por objetivo la comisión de un delito que podría ser desde una falta menor, hasta una grave y calificada, pero que no trascienden su escala y proporciones, es decir, no son cometidos por bandas bien organizadas, no hay una gran planeación en los hechos delictivos, o no se pretende operar permanentemente a gran escala.

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La delincuencia organizada; opera a gran escala, con una organización y estructura de trabajo, códigos y disciplinas rígidas, la

delincuencia organizada opera en grandes cantidades de dinero y tecnología.

En conclusión podemos decir que la palabra y el significado de delincuencia organizada, mas que una acepción, es un nivel en el que se involucran demasiados intereses, capital financiero, infraestructura, mercado, políticas, etc., a comparación de la delincuencia común, que no tiene orden o capacidad para delinquir y sus delitos son "simples", mientras el delincuente común opera con el miedo de la sociedad a través de robos sin escala, la delincuencia organizada opera con capital financiero y tecnología para lograr un poder financiero nacional e internacional.

Son tan complejas sus estructuras, que por sus actividades ilícitas se ocultan a luz pública, no sabemos como se integran, quienes son responsables de sus áreas, esta información la sabemos cuando sus integrantes son aprehendidos por el Estado. Ahora bien, es bastante común referirse a la delincuencia organizada bajo el sinónimo de mafia (o mob, como se le llama en Estados Unidos y Asia), y a los delincuentes en gran escala se les llama entonces mafiosos o gánster. La palabra gánster viene de la voz inglesa gang, que significa banda, siendo común llamarle gánster al miembro de cualquier banda en cualquier país de habla inglesa, independientemente de que sea criminal o no. Sin embargo, en México se ha tomado el término para connotar esa relación entre el gánster como miembro de una agrupación criminal.

2.2.3.4 ESTRUCTURA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Cualquier sociedad secreta del crimen organizado se basa en las más modernas técnicas de dirección empresarial, desde la organización, planificación y coordinación de las actividades, hasta su ejecución y control de los resultados. Jerarquía, unidad de mando, división del trabajo, productividad, etc., son conceptos manejados de forma natural por la delincuencia organizada, sus miembros (capos, lugartenientes, consejeros, capitanes, soldados) tienen como máxima la solidaridad entre ellos, exactamente como sucede en cualquier empresa, en las cuales, los jefes y los obreros trabajan codo con codo por el bienestar común.

La delincuencia organizada actúa con criterios empresariales claramente establecidos, planificando sus actividades de acuerdo con los criterios económicos de la oferta y de la demanda, contemplando el impacto de la acción investigativa y penalizadora del Estado, situación que les permite regular el alza o la baja de precios. De igual manera, estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra, es decir el modelo gerencial de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, de las bandas organizadas de secuestradores, de los grupos que lavan dinero, de las organizaciones multinacionales, del tráfico de personas, del comercio de insumos para el procesamiento de la coca, de los carteles de la gasolina, de los falsificadores, etc.

Pero en realidad ¿como esta estructurada la delincuencia o crimen organizado?, es decir, si el crimen o delincuencia organizada se rige bajo los mismos estatutos que una empresa u organización, como tal debe de tener un organigrama, políticas y funciones que dirige cada persona de la organización, es decir cada persona tiene un rol de acuerdo a su capacidad y función en la organización; evidentemente, que el crimen o delincuencia organizada esta constituida en formas organización, puesto que existe jerarquías definidas el jefe, su lugarteniente, sus matones personales, etc., funciones y atribuciones conforme a dichas jerarquías, reglas para sus integrantes, derechos y obligaciones, métodos de acción y formas de operación, cuotas, modos de impunidad, etc., de acuerdo a esta premisa, la organización criminal, para obtener su fin será necesario estar muy bien estructurada, sobre todo porque la mayoría de sus operación son ilícitas y deberán estar muy bien ocultas para no ser descubiertas; una organización criminal funciona como un solo cuerpo y entre mas organizada se encuentre, sus ganancias, poder e imperio se extenderá a largo de un país y trascenderá sus fronteras. La estructura de cualquier organización criminal se basa en su dirección, administración financiera y capacidad de operación, es decir su dirección y administración son pilares fundamentales, la capacidad de operar es el riel o engranaje que hace que se mueven las otras dos. Podemos decirlo de la siguiente manera:

- 1.-"La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando, y esta estructura opera en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, de acuerdo a la célula que la integran;
- 2.-Alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros;
- 3.-Tiene un grupo de sicarios a su servicio;
- 4.-Tiende a corromper a las autoridades; (en este punto y el anterior hay dos de los recursos conocidos para el cumplimiento de sus objetivos), y
- 5.- Opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores".

No obstante lo anterior debemos de tener en cuenta que toda organización criminal tiene un fin lucrativo que es el de obtener ganancias a través de operaciones de procedencia ilícita; es por ello que las organizaciones criminales, deben contar no solo con una administración de personal y direccional, sino también una administración financiera con potencialidad, en el ramo financiero, esto, con el fin de trasladar sus ganancias; producto de sus actividades ilícitas; al ámbito legal.

En términos simples introducir al mercado, el dinero y sus ganancias obtenidas en operaciones legales, a estas prácticas se les conoce también como "lavado de dinero", que no es sino resultado de las

ganancias obtenidas por la actividad ilegal de los cárteles así como de su complejidad como micro sociedad, con independencia de las actividades ilícitas que realice, por ejemplo narcotráfico, contrabando, piratería, prostitución etc.

Para ellos la organización podrá desde crear empresas legales y lícitas, hasta compra de propiedades, acciones de empresas, automóviles etc. Es por ello que la parte mas fuerte y delicada de cualquier organización criminal es su Departamento de operaciones financieras, donde se basa la organización criminal para llevar a cabo su fin lucrativo y obtener las ganancias deseadas, las organizaciones criminales a pesar de ser criminales deberán contar con una estructura financiera sólida. El crimen organizado no puede darse el lujo de descuidar su departamento y operaciones financieras, ya que sin dinero no hay organización, sin organización no hay poder y sin poder no existe nada.

Un estudio llevado a cabo por las autoridades de varios países nos dice que una organización criminal, cuenta con la siguiente estructura financiera (CECILIA Lozano Meraz. Modelos de la Delincuencia Organizada. Pág. Web [ww.goglee.com.mx](http://www.goglee.com.mx)).

- 1.-La gestión administrativa, contable y financiera.
- 2.-El establecimiento y operación de canales y sistemas de comunicación e información interna.
- 3.-La especialización y división del trabajo (Asesores Financieros, jurídicos, personal interno y externo, soldados, consejeros etc.)

Como podemos observar, el sistema que cuenta la delincuencia organizada es similar al de las empresas privadas, su estructura, como toda organización criminal, debe estar bien organizada, no se pueden cometer errores y están bien diseñadas para llevar a cabo sus fines ilícitos, una organización de este tipo no es creada con el solo fin gastar las ganancias obtenidas o cometer simples delitos, es de obtener poder y control.

Como hemos dicho con antelación de este tema, la delincuencia o crimen organizado no solo cuenta su estructura es económica sino también tecnológica y operacional, con su poderío tecnológico, armamentista y de organización es muy importante y poderoso para sus fines, conjuntado con esto, esta organización criminal puede llegar a ser una empresa suficientemente poderosa, aun en contra el mismo gobierno que en muchas ocasiones y aun con su capacidad y poder de Estado, es rebasado muchas veces por estas organizaciones.

Una prueba de esa tecnología con que cuentan dichas organizaciones, va desde la producción de drogas con laboratorios sofisticados, la introducción de piratería, lavado de dinero, transferencias electrónicas a otros países, la corrupción, gente del gobierno con nexos al crimen organizado, etc., les es de ayuda en grandes proporciones, es así que no solo la estructura es vital, sino también tecnológica, teniendo a ser siempre de alta calidad, inclusive se llega hasta una tecnología de armamento.

Se trata pues, de una delincuencia de mayor "peligrosidad" que la común, pues permite el reclutamiento de individuos eficientes, entrenamiento especializado, tecnología de punta, capacidad para el "lavado de dinero", acceso a información privilegiada, continuidad en sus operaciones y capacidad de operación que rebasa en el mercado existente, a la posibilidad de reacción de las instituciones de gobierno. Se caracteriza además, porque sus acciones no son impulsivas, sino mas bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividades y así amansar grandes oportunidades de dinero y de poder real; su pretensión no es tanto el poder político, el cual le interesa mas para propósitos de protección. En caso extremo, el propósito de la delincuencia organizada no es competir con el gobierno sino utilizarlo (MOISES Moreno Hernández. El problema de la delincuencia en México. Pág. Web www.Google.com).

En la delincuencia o crimen organizado se ha podido facilitar el comercio de sus operaciones ilícitas debido a que no solo cuenta con "personal" interno de su organización, sino también externo, una de las principales armas que ha motivado y facilitado dichas operaciones a las organizaciones criminales, es el soborno o la corrupción de individuos que trabajan para una institución gubernamental, es decir funcionarios públicos encargados de un deber y que el crimen organizado ha controlado y pagado cien veces mas de lo que ganaría el funcionario público en toda su carrera,

anteriormente a estos funcionarios públicos se les conocía en los años de 1930 como "asociados", a esto se le puede llamar la forma de operar de la delincuencia organizada.

2.2.3.5 FORMAS TRADICIONALES Y NUEVAS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

a) FORMAS TRADICIONALES

La forma tradicional de Crimen Organizado se conoció como "la MAFIA³ y la más renombrada fue la ítalo norteamericana que nació en Sicilia, isla expoliada tradicionalmente por los invasores procedentes de casi todos los rincones del Mediterráneo y Europa.

Durante el siglo XIX una red de clanes criminales que dominaban la vida rural siciliana. Sus miembros estaban obligados a guiarse según un rígido código de conducta, llamado Omerta, que exigía evitar cualquier contacto o cooperación con las autoridades, era un grupo de reglas y en las cuales cualquier traición a la familia se paga con la muerte.

Ante la llegada de emigrantes Italianos a los Estados Unidos y la persecución de la Cosa Nostra por el Gobierno de Benito Mussolini, la mafia había emigrado a ese país. Ya instalados, las operaciones de la mafia en los Estados Unidos comienzan a través de una serie de actos ilícitos, que a la postre haría de la mafia una sociedad

³ De acuerdo con la definición etimológica de la palabra mafia, ésta proviene del idioma italiano, y significa "Red de asociaciones secretas sicilianas dispuestas a tomarse la justicia por su mano y a impedir el ejercicio de la justicia oficial por medio de un silencio concertado".

fuertemente poderosa, y esto fue en la llamada y celebre época de la prohibición de los Estados Unidos en la que llevaron a la mafia a consolidarse como una fuerza de poder en ese país, sobre todo en la ciudad de Chicago, al realizar exitosos negocios en esta época especialmente.

Una vez instalada la mafia italiana en los Estados Unidos, se enfrento a un gran problema y este mismo era que la mafia de aquellos tiempos, ***no contaba con una organización centralizada ni con una jerarquía; es decir estaba formada por pequeños grupos con autonomía dentro de su propio distrito. Su modo de operar era ocupar cargos políticos en varias comunidades utilizando métodos coactivos contra el electorado rural, y de ese modo podían presionar a las fuerzas policiales y tener acceso legal a las armas.***

Estas mafias se caracterizaron por utilizar la coacción y extorsión, así mismo era muy común el uso de las armas y los asesinatos selectivos, se pueden resumir sus actividades en las siguientes:

- a).La venta de alcohol y licores
- b).El control de las apuestas (salones de juego)
- c).El control de los espectáculos (cine, artistas etc.).
- d).La imposición de cupos en zonas controladas a cambio de "protección" (extorsión).
- e).Control de autoridades políticas.
- f).Venta de armas.

g). Burdeles

En la actualidad dada la evolución de las economías y la globalización tales organizaciones han desaparecido o han cambiado de giro, tendiendo a globalizarse y especializar su actuar.

b) NUEVAS FORMAS DE CRIMEN ORGANIZADO

Principales Actividades

Las "sociedades criminales" como tal, tienen objetivos específicos, la obtención de ganancias a través de actividades ilícitas. Es por ello que dichas sociedades por lo regular para obtenerlas tienden a comercializar sus productos en el mercado negro, ya sea en la venta de drogas, prostitución, automóviles piratería y hasta cuadros de arte valiosos. Es así, que las organizaciones criminales, a la par del desarrollo de nuestra sociedad, se modernizan y se vuelven cada vez más eficaces y sus radios de acción se extienden progresivamente. Hoy sus mercados han traspaso fronteras y su actividades se han "globalizado".

La sub-economía que han generado produce aproximadamente en todo el mundo entre los 500 y 800 mil millones de dólares al año (más que el presupuesto combinado de la mitad de los países del mundo), teniendo como principales fuentes de ingresos, los siguientes (ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas. Pág. Web www.google.com. titulo buscado: La ONU en la delincuencia organizada):

1.-Narcotráfico

- 2.-Terrorismo
- 3.-Trata de Personas
- 4.-Prostitución
- 5.-Piratería
- 6.-Lavado de Activos
- 7.-Contrabando y venta ilegal de armas y automóviles
- 8.-Contrabando y mercado de obras de arte y piezas arqueológicas.
- 9.-Delitos ecológicos tales como, tales como contrabando de sustancias químicas peligrosas, mercado de maderas preciosas taladas ilegalmente, tráfico de especies animales en peligro de extinción.

Es así pues como la delincuencia organizada encuentra su forma de actividades en las antes citadas, basta pensar que la delincuencia organizada opera a gran escala y con grandes ganancias que como lo hemos visto superan a veces el presupuesto de algunos países del mundo, basta el imperio de red con la cuentan para tales fines.

2.2.3.6 REGULACION LEGAL DEL CRIMEN ORGANIZADO.

2.2.3.6.1 CONVENCION CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Entró en vigencia el 29 de setiembre de 2003. Se trata de la primera convención internacional contra el crimen organizado, además representa un gran avance para que los Estados

puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional. Tres importantes Protocolos complementan la Convención, los cuales definen medidas específicas para que los Estados puedan combatir aspectos particulares del crimen organizado transnacional. Estos Protocolos son los siguientes:

1. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños;
2. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire,
3. Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones.

Estos Protocolos no son instrumentos aislados, deben ser aplicados junto con la Convención. Es necesario que el Estado sea parte de la Convención para que pueda ser parte de los Protocolos. Cada Protocolo debe ser firmado y ratificado individualmente.

Para que cada Protocolo entre en vigencia, debe haber sido ratificado por 40 Estados.

La Convención fue elaborada por un comité internacional representado por más de 120 países miembros de las Naciones Unidas y fue adoptada en Noviembre del 2000 por la Asamblea General del Milenio. A partir de Mayo 2004, 147 Estados han firmado y 68 Estados han ratificado la Convención.

La Convención tiene dos funciones principales. La primera es fortalecer una respuesta internacional coordinada eliminando las diferencias entre los sistemas de legislación nacional. La segunda es desarrollar y acordar un grupo de estándares para la legislación doméstica que pueda combatir efectivamente el crimen organizado. Con este objetivo, los Estados se han comprometido específicamente con las siguientes seis acciones:

1. Penalizar la participación en grupos de crimen organizado, incluyendo corrupción, lavado de dinero y obstrucción de la justicia;
2. Campaña contra el lavado de dinero y ganancias de este delito;
3. Agilizar y ampliar el alcance de la extradición;
4. Proteger a los testigos que declaren contra grupos de crimen organizado;
5. Estrechar la cooperación para buscar y procesar a sospechosos;
6. Fomentar la prevención del crimen organizado en el campo nacional e internacional⁴.

2.2.3.6.2. PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE DE MUJERES Y NIÑOS:

Por "Trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El Protocolo entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003. A partir de mayo de 2004, 117 Estados son signatarios y 50 han ratificado. El Protocolo está diseñado para fortalecer y mejorar la cooperación internacional con el propósito de prevenir y combatir la trata de personas y mejorar la protección y asistencia a víctimas de trata.

Existen cuatro elementos clave en el Protocolo que refuerzan la respuesta internacional contra la trata de personas. El protocolo:

1. Establece una definición de trata de personas que está claramente vinculada con la explotación y esclavitud, enfatizando la vulnerabilidad de las mujeres y niños;
2. Ofrece herramientas para oficiales del orden público, control fronterizo y poder judicial, obligando a los estados a penalizar la trata, apoya la responsabilidad de los Estados a investigar, sancionar y juzgar a tratantes y establece sanciones apropiadas para acusados de trata de personas;
3. Extiende el objetivo de protección y apoyo a las víctimas y testigos, asegurando su privacidad y seguridad, brindando información sobre procedimientos legales, otorgando servicios para la recuperación física y psicológica, tomando medidas para evadir la deportación inmediata, asegurando a las víctimas una repatriación segura y reconociendo los requisitos especiales para niños víctimas;
4. Define estrategias de prevención, entre las cuales incluye brindar información y educación a las víctimas, a oficiales del orden público, otros oficiales de gobierno y público en general mediante la investigación y campañas de información, entre otras estrategias de prevención.

Al igual que con la Convención, la ratificación del Protocolo obliga a los Estados a fortalecer su legislación nacional y apoyar internacionalmente la coordinación del orden público para combatir la trata de personas.

2.2.3.6.3. PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE “POR “TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES”

Se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, (Art. 3).

El Protocolo entró en vigencia el 28 de enero de 2004. A partir de mayo de 2004, 112 Estados han firmado y 48 han ratificado. El Protocolo obliga a los Estados a penalizar el tráfico de migrantes, no así a las personas migrantes. El Protocolo reconoce que las personas traficadas son sujetas de un delito por lo que deberían ser tratadas humanamente, respetando sus derechos humanos. Además, el Protocolo requiere que los Estados:

1. Fortalezcan nacional e internacionalmente la cooperación y el intercambio de información entre las instituciones que guardan el orden público y fiscalías;
2. Implementen campañas de información para incrementar el conocimiento sobre tráfico de migrantes;
3. Capaciten a los oficiales de migración y otros sobre el tratamiento de migrantes indocumentados y cómo detectar a los traficantes,

4. Faciliten el retorno humanitario de los migrantes traficados;
5. Tomen medidas especiales para combatir el tráfico de migrantes por mar.

2.2.3.6.4 LEGISLACION EN EL PERU

En la última década las estadísticas de la criminalidad no solo dan cuenta del incremento de hechos delictivos cometidos por jóvenes en zonas cada vez más extensas de las ciudades, sino también del crecimiento del crimen organizado, que hoy ha logrado sentar sus bases en diferentes actividades delictivas como el tráfico de drogas, el lavado de activos, el secuestro, la extorsión, la trata de personas, el tráfico de armas, el tráfico del patrimonio cultural, entre otros.

No es muy temerario afirmar que hoy el crimen organizado en el Perú, si bien se encuentra aun distante de las dimensiones a las que ha podido llegar en otros países de América Latina como México o Brasil, ha ingresado a un período de desarrollo en el que su principal ventaja es, irónicamente, la incapacidad del Estado para combatirlo.

Desde hace varios lustros la respuesta del Estado frente al crimen violento y el crimen organizado ha sido una sola: la represión penal. A través de los años los diferentes gobiernos equivocadamente han pretendido encontrar en el aumento incesante de las penas el único y último instrumento de combate frente al delito.

Desde la promulgación en abril de 1991 el Código Penal ha sido objeto de más de 200 modificaciones. Todas ellas dirigidas al aumento de las penas o a la creación de nuevas figuras delictivas. Inclusive los delitos más graves hoy se encuentran sancionados con penas de cadena perpetua, pero curiosamente en ese mismo periodo la comisión de delitos ha crecido sustancialmente. Ese, no cabe duda, es el dato más contundente del fracaso de la "estrategia" del Estado y la muestra más palpable de que el problema no es la falta de leyes penales.

De hecho hace casi una década en mayo de 1998- también se concedió una delegación de facultades para legislar en materia de seguridad nacional, que no fue otra cosa que la exacerbación de la represión penal de los delitos violentos cometidos por organizaciones criminales.

ANÁLISIS GENERAL

La primera obligatoria apreciación es que aquella *estrategia integral contra el crimen organizado* no aparece por ningún lado, lo cual puede ser calificada como la principal deficiencia de este paquete legislativo. Hasta hace poco tiempo señalábamos que en el Perú la lucha contra el crimen no era un problema de falta de leyes, sino de falta de política de Estado para enfrentarlo eficazmente. Le correspondía a este gobierno transformar en ideas sus ímpetus represivos, pero con

los decretos ese tema fundamental sigue igual como en el pasado.

La segunda observación es que el contenido de los decretos vuelve a repetir la tratinada y equivocada pretensión de resolver los problemas de la comisión del delito solo con modificaciones a la ley penal. Desde la promulgación del Código Penal de 1991 y de manera especial durante el fujimorato, se han efectuado más de 200 modificaciones todas ellas dirigidas al agravamiento de las penas y eso no ha significado disminución alguna del crimen o la violencia en el Perú.

La tercera observación es que de los once decretos legislativos promulgados diez decretos contienen modificaciones que, a excepción del decreto 989 que autoriza una muy cuestionable detención preliminar por 7 días, son no sustanciales y se han efectuado sobre normas penales pre existentes, hecho que demuestra que antes de los decretos existía un marco normativo aparentemente adecuado para luchar contra el crimen organizado.

Una cuarta observación es que el conjunto de normas del paquete legislativo es contradictorio, toda vez que por un lado se introduce para el juicio oral normas procesales del nuevo modelo procesal penal acusatorio y por otro lado se concede mayores poderes de intervención a la policía durante las

investigaciones preliminares, como por ejemplo, la atribución de interrogar a los investigados, lo cual es tremendamente opuesto a la naturaleza del nuevo proceso penal.

Una quinta observación es que es evidente que existen modificaciones, como la que exime de responsabilidad penal a los efectivos de la PNP y de las FFAA o aquella que posibilita la inhabilitación de funcionarios públicos que participan en una huelga, que demuestran una instrumentalización política de parte del Poder Ejecutivo, de las facultades para legislar en materia de crimen organizado.

2.2.3.6.5. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

2.2.3.6.2.5.1. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL. (DECRETO LEGISLATIVO N° 982)

El presente decreto legislativo contiene modificaciones a la parte general y a la parte especial del Código Penal de 1991.

LAS MODIFICACIONES A LA PARTE GENERAL.

La exención de responsabilidad penal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú

Bajo el inadecuado título de inimputabilidad este decreto legislativo incorpora en el artículo 20° del Código Penal una causa que exime responsabilidad penal al "personal de las FFAA y de la PNP, que en

cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

No es posible encontrar los fundamentos técnicos de por qué el Poder Ejecutivo ha decidido adicional esta causa eximente si el inciso 8 del mismo artículo 20° del Código contempla que está exento de responsabilidad penal “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En términos concretos estamos hablando de la misma causa eximente de responsabilidad referida a la actuación de un funcionario público que por imperio de la ley y en cumplimiento de sus deberes puede causar lesiones o la muerte de alguna persona. La norma ha pretendido regular lo que ya está normado desde hace varias décadas.

Más pareciera que esta disposición pretende remitir un mensaje político a los operadores del sistema de justicia, jueces y fiscales, en el sentido que la ley *pero* se está excluyendo a militares y policías de cualquier tipo de investigaciones por la comisión de hechos ilícitos, pretendiéndose adelantar a las decisiones jurisdiccionales que aquellos emitan. Esa circunstancia

le termina concediendo un espíritu de impunidad a la norma del decreto legislativo.

LA DURACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El texto aparecido en el decreto legislativo no establece ninguna modificación del texto del artículo 29° del Código Penal que regula la duración de la pena privativa de libertad. El texto del código y el del decreto señalan literalmente que "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años".

Siendo esto así es necesario señalar que artículo 1° del decreto legislativo 921, del 18 de enero de 2003, que regula la sanción a los delitos de terrorismo, dispuso que la pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de pena privación de la libertad. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional (Expediente N° 0965-2004-HC/TC, del 14 de enero de 2005).

LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA COMISIÓN DE DELITOS DESDE LA PRISIÓN

El decreto legislativo incorpora en el artículo 46-A que regula las circunstancias agravantes por la condición

del sujeto activo incorpora como nueva circunstancia agravante “cuando el sujeto activo desde un establecimiento penal penitenciario donde se encuentre privado de su libertad comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro...” La norma establece que en estos casos el juzgador podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito.

Esta técnicamente cuestionable circunstancia agravante pretende otorgarle tal condición a una circunstancia que simplemente determina el lugar en el que se ha planificado y desde el cual se han emitido las órdenes para la comisión de un hecho delictivo. De esta manera para determinar la gravedad del delito la norma penal se desvincula de las circunstancias referidas a la comisión del ilícito y de las condiciones especiales del autor o partícipe y señala el lugar desde el cual se emiten las órdenes como elemento que adiciona gravedad a los hechos.

Cabe interrogarse si cabe que la ley penal determine tal condición de gravedad a un asunto que más cercano está de la ineficacia del control penitenciario sobre los internos de un establecimiento penal.

Medidas aplicables a las personas jurídicas

Al artículo 105 del Código Penal que regula las medidas aplicables a las personas jurídicas, tales como la clausura de locales, disolución o liquidación de la sociedad, suspensión de las actividades, la norma modificatoria agrega que “el cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas”.

MODIFICACIONES A LA PARTE ESPECIAL.

Instigación o participación al pandillaje pernicioso

En primer término, a la norma que regulaba la instigación al pandillaje pernicioso se le agrega la participación en esas pandillas y a ambas figuras se le termina aplicando la misma, violentando así el elemental principio de proporcionalidad, ya que es evidente que la norma anterior a la modificación buscaba sancionar a aquellos que inducían a los menores de edad a participar en hechos violentos.

En segundo lugar la modificación agrega otros hechos pasibles de ser cometidos por las pandillas perniciosas: agresión a terceras personas, lesiones a la integridad física, obstaculización de vías públicas, entre otras.

En tercer lugar, se agrega figuras agravadas, algunas de las cuales resultan muchas bastante cuestionables

por su desvinculación al problema, como el hecho que constituya una agravante el ser funcionario público, o por su desproporción en cuanto al desvalor de la acción como lo es el comparar ser cabecilla de la pandilla y inducir a los menores a actuar bajo los efectos del alcohol o drogas. También se consigna como el ser docente de un centro educativo.

Secuestro

En este caso la norma comienza duplicando las penas de la figura básica del secuestro. Ahora se sancionará con no menos de 20 ni más de 30 años de pena privativa de libertad. De igual modo se aumentan las penas de las figuras agravadas. Ahora serán sancionadas con penas no menores de 30 años, por lo que ahora el margen de aplicación es muy reducido porque los jueces tendrán un rango de entre 30 y 35 años.

Adicionalmente se sancionará como figura agravada a aquel que proporciona información por razones de sus funciones o cargo para cometer un secuestro.

De igual manera la modificatoria sanciona con cadena perpetua cuando el agraviado del secuestro es un menor de edad o mayor de 70 años, si sufre

discapacidad y el agente aprovecha esta circunstancia y se causa lesiones graves o la muerte del agraviado.

Extorsión

En primer lugar la norma modificatoria comienza incrementando la pena de la figura básica de la extorsión para que sea sancionada con no menos de 10 ni más de 15 años de pena privativa de libertad.

En segundo lugar se sanciona, al igual que en secuestro, a aquel que por razones de sus funciones o cargo, proporciona información para la comisión de la extorsión.

En tercer lugar, la norma modificatoria agrega como nuevas figuras delictivas conductas de amplio margen de interpretación (tipos penales abiertos), que buscan criminalizar actos de protesta o movilización social, como el que tipifica como extorsión "el que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole" En estos casos la pena será de entre 5 y 10 años de pena privativa de libertad.

En cuarto lugar, la norma incorpora como delito de una figura de extorsión actos que pueden ser calificados como actos o declaraciones políticas de quien tiene la condición de autoridad política electa (ejm. Presidente de Región, Alcalde, etc), al sancionar como tal delito cuando un "...funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para si o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica u otra ventaja de cualquier índole..." En estos casos la norma establece que esos funcionarios serán sancionados con pena de inhabilitación. Esto pareciera indicar con claridad que se busca instrumentalizar la ley penal como mecanismo de sanción política contra autoridades o funcionarios que el régimen considere disidentes.

No solo estamos ante lo que técnicamente un tipo penal abierto, sino que además, estamos ante una figura que vulnera el principio de legalidad al fracturar groseramente la naturaleza del delito de extorsión al calificar como tal hechos que indudablemente no tiene tal condición. Por otro lado no solo se aplica de una manera completamente distorsionada el artículo 42 de

la Constitución, sino que además se vulnera derechos constitucionales como el de la libertad de expresión.

Ya el Tribunal Constitucional respecto a las normas del decreto legislativo 895 (de mayo 1998) que tipificaron el delito de terrorismo agravado señaló muy claramente que “El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario no excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no solo al hecho delictivo, sino también el bien jurídico protegido. Por eso, no solo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta (Sentencia del TC. Exp. 005-2001-AI, sobre los Decretos Legislativos 895 y otras disposiciones).

La Defensoría del Pueblo ya ha advertido que la “norma plantea cuestionamientos de constitucionalidad, penaliza y califica como delincuentes a dichos funcionarios por participar en huelgas” y agrega que “no

se justifica la intervención del derecho penal ante el infracción de dicha norma”.

La misma Defensoría del Pueblo ha señalado que “esta norma no define claramente la conducta que pretende sancionar y podría generar el riesgo de su aplicación arbitraria”.

Adicionalmente a todo ello agrega como figura agravante si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona. En estos casos se aplicará una pena no menor de 20 ni mayor de 30 años.

PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

En el artículo 296° del Código Penal la norma modificatoria agrega como nueva figura el proveer, producir, acopiar o comercializar materias primas para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas en cualquiera de sus etapas.

FORMAS AGRAVAS DE COMERCIALIZACIÓN, MICROCOMERCIALIZACIÓN Y MICROPRODUCCIÓN

En estas figuras comprendidas en los artículos 296-A, 297 y 298 del Código penal las modificaciones se han dirigido a incorporar el detalle de nuevas sustancias tóxicas objeto de la comercialización de drogas ilícitas.

Apología

En el caso del delito de apología tipificado en el artículo 316 del Código Penal la norma modificatoria agrega en la figura agravada a los delitos tipificados y sancionados en los artículos 152 al 153-A; 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319⁴, 325 al 333, 346 al 350 y la ley penal contra el lavado de activos.

De igual forma en lo que corresponde a la apología de los delitos de terrorismo agrega que también en figura agravada de apología "si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otras análogas..."

ASOCIACIÓN ILÍCITA

En lo que corresponde al artículo 317 del Código Penal que sanciona el delito de asociación ilícita para delinquir la norma modificatoria agrega como figura agravada de este delito cuando la organización está destinada a cometer delitos previstos en los artículos 152 al 153-A (secuestro, tráfico de menores y tráfico de menores agravado por la cualidad del agente); 200 (extorsión), 273 al 279-D (producción peligro común, conducción en estado de ebriedad, circunstancias agravantes,

⁴ Artículo incorporado en la Fe de Erratas publicada en 2 de agosto de 2007.

estragos especiales, daños a obras destinadas a la defensa común, modalidades culposas, fabricación y tenencia ilegal de armas, producción y tráfico ilegal de armas y municiones y explosivos, arrebató de armamento o munición oficial, exportación y uso ilegal de productos pirotécnicos), 296 al 298 (promoción al tráfico de drogas, comercialización y cultivo de amapola y marihuana, formas agravadas, microcomercialización o microproducción), 315 (disturbios), 317 (asociación ilícita), 318-A (delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos), 325 al 333 (atentados contra la soberanía nacional, participación en grupo armado, destrucción o alternación de hitos fronterizos, circunstancias agravantes, inteligencia desleal con el extranjero, revelación de secretos nacionales, espionaje, favorecimiento a estado extranjero y provocación pública a la desobediencia militar) , 346 al 350 (rebelión, sedición, motín, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando de tropas) y la ley penal contra el lavado de activos, aumentando la pena aplicaba a este delito.

Si bien agrega un listado considerable de delitos la norma elimina de la figura agravada la asociación ilícita

para cometer delitos contra la humanidad vigente hasta antes de la modificación.

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD /FORMAS AGRAVADAS

En este caso la modificatoria agrega como figuras agravadas del delito de violencia y resistencia a la autoridad tipificado en el artículo 367 del código penal cuando el “hecho que se realiza en contra de un miembro de las policía nacional o de las fuerzas armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público...”, o “para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte de drogas..” o cuando “el hecho se comete respecto de investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas”.

ENCUBRIMIENTO PERSONAL Y REAL

En los artículos 404 y 405 que tipifican los delitos de encubrimiento personal y real la norma modificatoria solo incorpora como figuras agravadas aquel que sirve para favorecer a los delitos comprendidos en los artículos 152 al 153-A; 200, 273 al 279-D, 296 al 298,

315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350 y la ley penal contra el lavado de activos.

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA, REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD E INSOLVENCIA PROVOCADA

Estos son nuevos artículos que la ley modificatoria agrega a la legislación penal con los artículos 409-A, 409-B y 417-A-.

Política institucional frente al crimen organizado

El decreto legislativo 983 modifica el artículo 16° del Código de Procedimientos Penales al incorporar entre las facultades del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la de asignar a otros delitos como competencia para aquellos órganos jurisdiccionales de competencia nacional.

Agrega la norma que “Los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos; y los delitos de secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado, podrán ser de conocimiento de los jueces de la capital de la república, con prescindencia del lugar en el que hayan sido perpetrados”.

Más allá de considerar importante la presente norma estimamos que pone en evidencia dos problemas fundamentales. El primero es que resulta

lamentablemente evidente que los órganos jurisdiccionales de varios departamentos del Perú no tienen la capacidad política y jurisdiccional de someter a la justicia delitos cometidos por el crimen organizado y a las personas que los perpetran. El segundo es que más allá de establecer como posibilidad legal la ampliación de la competencia de los órganos jurisdiccionales con competencia nacional que actualmente están funcionando -como la Sala Penal Nacional- la legislación actual no dispone nada en concreto. Vale tener presente que durante el mes de marzo de 2007 el Ministerio Público creó las denominadas fiscalías contra el crimen organizado. Esto pareciera poner en evidencia una falta de coordinación entre quien ha elaborado este decreto legislativo -el Poder Ejecutivo- y el Poder Judicial.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. FUENTES DEL DERECHO

Son las formas de producción o creación de las normas jurídicas; asimismo, afirma que, en sentido material, se entiende por fuentes a los órganos competentes para declarar qué y cuáles son las reglas. Señala que también puede referirse a las fuentes, como el conjunto de medios materiales en que se contienen los preceptos (GARCIA TOMA, Víctor, Introducción a las Ciencias Jurídicas, Jurista Editores, 2007, p.135).

Mayoritariamente la doctrina clasifica a las fuentes del Derecho en dos grupos: reales o materiales y formales. Por su parte, las fuentes formales están divididas en cuatro categorías: la legislación, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia (ALZAMORA VALDEZ, Mario, Introducción a la Ciencia del Derecho, Eddili, p. 140).

2.3.2. DOCTRINA

Son todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas; que contribuyen a la interpretación del Derecho Positivo y que guían las reformas de la legislación, así como son pauta para la aplicación del derecho". Entonces, los operadores del Derecho al momento de emitir una resolución, sentencia o fallo, deberán tener en cuenta no sólo la ley positiva, sino valorar las opiniones y aportes de los estudiosos e investigadores del Derecho (CHANAMÉ ORBE, Raúl, Diccionario Jurídico Moderno, Edit. RAO E.I.R.L., 2001, p.259.).

2.3.3 JURISPRUDENCIA

De las decisiones contenidas en el gran número de sentencias que se dan todos los días se puede extraer un elemento específicamente jurídico, es decir la valoración jurídica de los hechos propios de cada situación, condensarlos en otras tantas máximas abstractas, las cuales de la misma manera que sirvieron para decidir una determinada controversia, serán eventualmente aplicables cuantas veces se presenten idénticas circunstancias de hecho. Este gran cuerpo de reglas jurídicas, concluye Liebman, es lo constituye en su significado propiamente técnico la jurisprudencia, Plateando en estos términos, la jurisprudencia más que un

conjunto de decisiones judiciales viene a ser criterios de interpretación que extraen de ellas, y que muchas veces pueden ser condensadas en una suerte de apotegmas generales (Diccionario Virtual Espasa, 2006).

2.3.4 CRIMEN ORGANIZADO

Comprende a las empresas y agrupaciones de índole criminal que cumplan las características anotadas (fungibilidad de sus miembros, estilo de mando estricto en su organización y su desvinculación al derecho), razón por la cual algunos autores rechazan la existencia de este tipo de estructuras en el ámbito empresarial. En principio, resulta evidente que las empresas no son, como afirma Ambos: "criminales per se", empero, como el propio profesor de Freiburg sostiene, la situación varía cuando estamos ante actitudes criminales colectivas, en cuyo caso estaremos en el ámbito del "crimen organizado de modo similar a la mafia", casos en los cuales no habría inconveniente en comprenderlas como aparatos organizados de poder (Diccionario Enciclopédico, Virtual, OMEBA, Tomo II).

2.3.5. AUTOR MEDIATO

En los casos de dominio de voluntad por organización, los ejecutores o autores directos resultan ser simples piezas intercambiables, siendo esto así no resulta necesario ni siquiera que el "hombre de atrás" (quien ordena la ejecución del comportamiento) conozca al ejecutor, pues éste (el hombre de atrás), en virtud a la organización del aparato de poder, podrá confiar en que, así uno de los ejecutores no cumpla con su orden, algún otro ocupará su lugar y realizará su mandato. Es así como el hombre de atrás resulta ser

la figura principal del hecho (Revista Peruana de Ciencias Penales, 11 Edición, Idemsa, p.324).

En este orden de ideas, cualquier persona que se encuentra en los mandos superiores de un aparato de organización y destine su capacidad de efectuar órdenes a la realización de hechos punibles responderá por el hecho punible a título de autor mediato.

2.3.6. TERRORISMO

Existe lo que se ha descrito como un consenso académico, un acuerdo entre los especialistas, que según la formulación de Schmid (1988) se puede expresar así:

“El terrorismo es un método productor de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo (semi) clandestino o por agentes del estado, por motivos idiosincráticos, criminales o políticos, en los que a diferencia del asesinato los blancos directos de la violencia no son los blancos principales. Las víctimas humanas inmediatas de la violencia son generalmente elegidas al azar (blancos de oportunidad) de una población blanco, y son usadas como generadoras de un mensaje. Los procesos de comunicación basados en la amenaza y en la violencia entre el terrorista (la organización terrorista), las víctimas puestas en peligro y los blancos principales son usados para manipular a las audiencias blanco, convirtiéndolas en blanco de terror, blanco de demandas o blanco de atención, según que se busque primariamente su intimidación, su coerción o la propaganda” ([www. Justiciaviva.org.com](http://www.Justiciaviva.org.com)).

2.3.7 NARCOTERRORISMO

Ciertos autores conciben el **narcoterrorismo** como la cooperación y alianza estratégica entre mafias del narcotráfico y grupos armados de extrema izquierda y de extrema derecha así como otros grupos de insurgencia armada (éstos suelen considerarse organizaciones terroristas). La conjunción entre movimientos rebeldes y el narcotráfico se concibe a largo plazo como una amenaza a la estabilidad de los países de regiones productoras de estupefacientes, como el arco andino (Colombia, Perú, Bolivia).

Se suele postular el narcoterrorismo como cierta alianza natural que acaba produciéndose entre grupos narcos y guerrilleros que, aunque persiguen objetivos opuestos, operan en la clandestinidad. Así, muchas organizaciones terroristas en declive son capaces de reconstituirse gracias a la poderosa financiación que obtienen de proporcionar cobertura y apoyo armado al narcotráfico. Por otro lado, los cárteles de la droga consiguen una capacidad de respuesta militar frente a los gobiernos con los que están en constante pugna (Revista de Derecho Penal y Actualidad Política, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p 98).

2.3.8 LAVADO DE ACTIVOS

Para los efectos del presente trabajo se utilizará la expresión "LAVADO DE ACTIVOS": "proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita."

La terminología utilizada no obedece siempre a criterios estrictamente jurídicos, la mayoría de las veces de neologismos utilizados sinónimos de palabras extranjeras, veamos:

Lavado: Expresión utilizada de la traducción en inglés de *money laundering*, o del alemán *gledwasche*. La expresión "lavado" es utilizada por el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA.

Blanqueo: Del francés *blanchiment* y del portugués *branqueamiento*.

Reciclaje: Este término deriva del italiano *riciclaggio*

Las organizaciones criminales han "profesionalizado" al lavador de activos quien es normalmente un experto en materias financieras que confundir el verdadero origen ilícito de los bienes objeto del lavado; su finalidad es reducir la posibilidad de vincular los activos con su origen ilícito (Módulo de Trabajo, OPCION "Convenciones de las naciones Unidas contra la Corrupción y la delincuencia Organizada Transnacional Concordada con la Legislación Peruana, 2005).

Para lo que utiliza sofisticados modelos o métodos de lavado para ocultar el origen ilícito de su riqueza. Crean empresas ficticias o de papel, adquieren empresas lícitas con problemas económicos; manejan múltiples cuentas en diversas oficinas o entidades, buscan mezclar su dinero sucio con una actividad aparentemente lícita, etc (Módulo de Trabajo, OPCION "Convenciones de las naciones Unidas contra la Corrupción y la delincuencia Organizada Transnacional Concordada con la Legislación Peruana, 2005).

2.3.9 LA TRATA DE PERSONAS

Es la esclavitud del siglo XXI. Cualquiera pueda ser una víctima sin importar su edad, género o condición social y sin importar el tipo de explotación mientras se den tres condiciones: traslado, limitación o privación de la libertad, y explotación.

El traslado, consiste en que la persona se traslade o la trasladen desde su entorno (ciudad, departamento, país) a otro entorno diferente. No importa si es llevada fuera del país o de una ciudad a otra. Lo que importa es su desarraigo de la comunidad de origen.

La limitación o privación de la libertad, consiste en que la persona no es libre de hacer lo que quiere y está limitada en su libertad de movimientos. Aunque no haya cadenas de metal, la persona no se puede ir porque está sometida a varias medidas de presión o violencia. Muchas veces las personas son encerradas o maltratadas, otras veces hay amenazas contra ellos o contra su familia (sin importar donde se encuentren), y puede existir una deuda que debe pagar a quien las explota.

La explotación, consiste en que las personas son explotadas en muchos tipos de actividades dentro de todos los ámbitos laborales y oficios, no es únicamente en explotación sexual: también explotación en el servicio domestico, en la mendicidad, en matrimonios serviles, en la pornografía, de niños y niñas vinculados a grupos armados al margen de la ley, entre muchos otros (Módulo de Trabajo, OPCION "Convenciones de las naciones Unidas contra la Corrupción y la delincuencia Organizada Transnacional Concordada con la Legislación Peruana, 2005).

CAPITULO III

DISEÑO METODOLOGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación POR SU PROPOSITO es de carácter BASICA o TEORICA, concebido dentro de la investigación CUALITATIVA, debido a que se pretende incrementar conocimientos teóricos respecto de la Autoría Mediata a partir de la revisión de la doctrina y jurisprudencia comparada para viabilizar la aplicación de las mismas frente al crimen organizado.

Por su NATURALEZA es una investigación de contenido, por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto al problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitan analizar las teorías que la doctrina ha desarrollado respecto al tema, así mismo se revisará la información contenida en los cuadernos jurisprudenciales del derecho extranjero, recogidos en las fuentes bibliográficas, resoluciones judiciales y otras fuentes para conocer la jurisprudencia respecto a la materia. En tal sentido considerando que se trata de una investigación jurídico dogmática en la que se revisarán teorías en fuentes escritas para generar nuevas teorías que contribuyen a enriquecer el derecho penal.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACION

Tomando en cuenta que se trata de recabar y analizar información de contenido se trata de una investigación jurídica dogmática, no obstante el crimen organizado podría considerarse un hecho o fenómeno fáctico, pero para el estudio de la tercera unidad se recurrirá a fuentes teóricas por lo que el trabajo es predominantemente jurídico dogmático.

Siendo su esquema o modelo:



Donde

OF = Fuentes Doctrinarias de la Autoría Mediata

T = Autoría Mediata

P = Perspectivas frente al Crimen Organizado

3.3. OBJETO DE INVESTIGACION

Por ser el tipo de investigación de contenido, el objeto de investigación es la autoría mediata, por lo que se recurrió a la investigación bibliográfica y documental las mismas que se hallan en libros sobre la materia (bibliotecas) y resoluciones jurisprudenciales (Cuadernos de Jurisprudencia, fuentes documentales, Poder Judicial y otros).

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

FICHAS DE INFORMACIÓN JURÍDICAS.

Considerando el tipo de investigación se utilizó la técnica del análisis de contenido o investigación de contenido cuyo instrumento principal es la guía o ficha de análisis. (Ver ANEXO 1)

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION (PLAN DE RECOLECCION DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para recoger los datos es el siguiente:

Primero: Se identificó el material bibliográfico (Fuentes bibliográficas), las resoluciones jurisprudenciales (fuentes documentales), para seleccionar y recabar los contenidos se utilizaran en la investigación.

Segundo: Se analizó y recabó la información y contenidos de las fuentes seleccionadas, trasladándolas a las fichas de análisis, considerando el problema de investigación, sus objetivos e hipótesis.

Tercero: Se clasificó la información y contenido de acuerdo a las unidades o ejes de investigación.

3.6. PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS (DISEÑO O INTERPRETACION DE DATOS)

Se utilizó el siguiente procedimiento:

Primero: Se determinó los criterios dentro de los cuales se interpretó o analizó la información y contenidos recabados, considerando los problemas y objetivos formulados en la investigación.

Segundo: Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre la naturaleza jurídica y características de la autoría mediata, considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y los objetivos de la investigación, aplicando los baremos o criterios que corresponden.

Tercero: : Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales de la autoría mediata,

considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y los objetivos de la investigación, aplicando los baremos o criterios que corresponden

Cuarto: : Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre las perspectivas de la autoría mediata frente a las nuevas formas del crimen organizado, considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y los objetivos de la investigación, aplicando los baremos o criterios que corresponden.

Quinto: Finalmente se realizó el análisis e interpretación articulada de los tres ejes de investigación, estableciendo su relación estructural y sistemática en torno a la autoría mediata, estableciendo a su vez la relación con los objetivos y las hipótesis planteadas.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSION

PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS POR HIPOTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACION.

4.1. UNIDAD DE INVESTIGACION I: LA AUTORIA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.

4.1.1. CARACTERISTICAS.

4.1.1.1. ORIGEN

El origen de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los casos *Eichmann*⁵ y *Staschynski*⁶; en cuyos procesos judiciales se demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató

⁵ Adolf, Eichmann era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al Finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en la Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en el que fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a ese país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos. CASTILLO ALVA, José Luís; Autoría Mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. En AA.VV. Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto aniversario, ARA Editores, Lima, 2003, p. 626.

⁶ El agente "Staschynski", por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no cobró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante. ROXIN, Claus: Sobre la Autoría y participación en el Derecho Penal; En AA.VV. Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 56.

que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya 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" (Módulo de Trabajo, OPCION "Convenciones de las naciones Unidas contra la Corrupción y la delincuencia Organizada Transnacional Concordada con la Legislación Peruana, 2005). Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor

inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la "persona interpuesta", *ya que ésta finalmente "es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones"* (PARIONA ARANA, Raúl: Autoría mediata por organización, Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 59). El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor.

En el año 1963 el profesor ROXIN publicó una sugestiva teoría en la revista alemana de derecho "Goltdammer's archiv", el artículo referido contenía un novedoso tratamiento a la noción de autor mediato, pues, la tesis tradicional concebía esta forma de autoría como el hombre de atrás que se vale (para cometer el delito) de un instrumento cuya voluntad controla, por error o coacción. A estas dos categorías ROXIN planteaba una tercera: casos en que el autor (quién tiene el dominio del hecho) logra dominar la voluntad del instrumento que puede intercambiarse libremente (fungibilidad) por cuanto el que está detrás aprovecha la estructura y condiciones marco preconfiguradas de un aparato de poder organizado de carácter estatal o no.

La concepción de ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos (CLAUS ROXIN, La Teoría del Delito en la discusión actual; Traduc.

ABANTO VAZQUEZ, Manuel, Edit. Jurídica Grijley, 2007, p. 514). que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años mil novecientos setenta y seis y mil novecientos ochenta y tres sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y de treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respectivamente (ROXIN, Claus, La Autoría mediat por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmatica Penal, ARA Editores, Lima 2004, p. 226. LESCANO, Carlos Julio: Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales. En AA.VV. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, p. 349 y ss). Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos. Así, en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtítulo *"El camino a seguir"*, se hizo hincapié en que los procesados habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos (BERTONI, Eduardo Andrés: Autoría mediata por aparatos organizados de poder; Antecedentes y aplicación práctica. En los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2007, p. 25-36).

Dicha decisión fue luego debatida por la Corte Suprema de Justicia y en un fallo dividido la mayoría de sus integrantes aplicaron también la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización.

Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro (BGHSt, Tomo cuarenta, páginas doscientos dieciocho/doscientos cuarenta) quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa. De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos⁷. Según Bertoni, "con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, una comisión creada por los aliados para adjudicar responsabilidad a los oficiales alemanes, entendió que ello podía llevarse a cabo mediante una combinación de distintos factores: poder de intervención, conocimiento de los crímenes que realizaban los subordinados y la omisión de actuar

⁷ ROXIN, Claus, *la Autoría mediata por dominio en la organización*, Obra citada, p. 227, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en la Sentencia STRELETZ, KESSLER Y KRENZ. Alemania, del veintidós de marzo de dos mil uno, convalidó la condena que el Bundesgerichtshof-BGH-dictó contra los miembros del Consejo nacional de Defensa de la Ex República democrática Alemana.

ante tales circunstancias. Sin perjuicio de que en Estados Unidos y en Japón esta idea no fue bien recibida, lo cierto es que los juicios realizados en Alemania, reconocieron la existencia de tales deberes y obligaciones para los comandantes. La cuestión después de la Segunda Guerra, siguió el rumbo apuntado, aunque con algunas diferencias entre lo que ocurrió en el Tribunal Militar de Nüremberg y el de Tokio; en el primero, se responsabilizó por su directa actuación a los oficiales nazis, mientras que en Tokio la responsabilidad se dirigió tanto a militares como a civiles por no prevenir la ocurrencia de atrocidades ejecutadas por sus subordinados. Especialmente se tuvo en cuenta lo ocurrido con los prisioneros de guerra y con el sistemático exterminio de civiles. En estos juicios quedó clara la idea que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que además tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados. Los juicios subsiguientes que continuaron en Europa sentaron las bases sobre la posibilidad de responsabilizar a quien tuviera el poder de hecho sobre los subordinados, cuando estos, claro está, habían cometido delitos".

4.1.1.2. HISTORIA

La teoría de la autoría mediata fue una tesis que ya en 1963, a partir del caso Eichmann introdujo en la dogmática penal el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin. Teoría que originariamente aparece en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego

plasmarla en su conocido trabajo "Täterschaft und Tatherrschaft", 6ª edición 1994. En versión española: "Autoría y dominio del hecho en derecho penal" trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, que sigue defendiendo y completando hasta la actualidad. Se adhiere a esta doctrina Stratenwerth, Schmidhäuser, Wessels, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez, y Bacigalupo entre otros.

En latinoamerica, precisamente en Argentina se produjo una de las primeras recepciones jurisprudenciales de la teoría roxiniana con motivo del juicio a la junta militar Argentina en 1983. El Fiscal Julio César Strassera la introdujo en el marco del juicio seguido contra la Junta Militar que generó el golpe de Estado de 1976 hasta 1983. Se dice que Strassera estuvo en la casa de Claus Roxin para finiquitar la aplicación de la teoría de los aparatos de poder organizados, y además pidió lo que denominó "responsabilidad por Juntas", que las Tres Fuerzas Armadas que eran sometidas a proceso (Ejército, Aeronáutica y Marina) respondieran colectivamente por los delitos cometidos por todas ellas en su conjunto (MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a Roxin "Política Criminal y sistema del derecho Penal" 2da Edición. Hamurabi Bs. As. 2000, p. 342). El tribunal sólo receptó la responsabilidad individual de cada fuerza armada.

En Chile se aplicó también la teoría del autor mediato para las condenas de los militares y en cuanto a la formalización de causa contra el ex presidente y senador vitalicio chileno Augusto Pinochet, en la cual se dijo que el Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada, igualmente jerarquizada, en que el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia. Que tales elementos de juicio, dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir, atendida su investidura. Por estas consideraciones se declaró ha lugar a la formación de causa respecto de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte.

Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los tres

integrantes del Consejo Nacional de Defensa (RADZINOWICZ, Sir Leon, *Internacional Collaboration and Criminal Science, The Quarterly Review* 58 (1942, p. 1285). De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos.

En el Perú se ha utilizado una sola vez, en el caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca. La Sala Penal Nacional emitió una sentencia condenatoria donde condenó, también por primera vez en la historia del Perú, a cadena perpetua; Y ahora en nuestra última década específicamente el 8 de Abril del año 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia hizo historia al condenar a 25 años de prisión por primera en América Latina a un ex mandatario (Alberto Fujimori) como autor mediato de la comisión de los delitos de homicidio calificado, asesinato, lesiones graves y secuestro.

4.1.1.3. CONCEPTO

La autoría mediata es el dominio del hecho. Se trata de que la persona que actúa directamente, es simplemente un Instrumento del hombre de atrás (CARRARA, Francesco, Programa del curso del Derecho Criminal, Buenos Aires, Desalma, 1944. p. 428). Ahora bien, no siempre el autor necesita ejecutar el hecho por sí, ya que se puede servir, también de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto posea el dominio de la realización del tipo.

WELZEL había elaborado estos conceptos sobre la base de principios generales que distinguían los conceptos de autoría, inducción, participación e inducción, basadas ellas en las llamadas estructuras lógicas objetivas. De modo que estos fenómenos ya se encuentran presentes en la realidad.

El autor mediato, es quien comete el hecho "por medio de otro"; quien para la ejecución de un hecho punible que se comete dolosamente, se sirve de otro ser humano, pero usando a éste último como instrumento.

La autoría mediata se caracteriza, en este contexto, por el dominio de la voluntad de otro, por el uso, como instrumento de una tercera persona. Es el caso de la persona que realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona -el instrumento- que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquél. Lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el status diferente (JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal-Parte General, Barcelona Bosch, p. 145).

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 del acontecimiento típico y, subjetivamente, conoce y quiere este dominio. Por ello deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos como subjetivos del dominio del hecho, tanto en la acción, como en la omisión.

Hoy se admite por la doctrina mayoritaria que autor mediato es quien se sirve de otro como "instrumento" para la ejecución de la acción típica; es decir, que también puede ser autor de un delito quien no ha tomado parte de ninguna manera en la ejecución del tipo en sentido físico-corporal, siempre; que no se trate de delito de propia mano, que exige la ejecución personal e inmediata del tipo. En la autoría mediata el papel principal en el hecho deja de cumplirlo quien lo realiza de manera material para pasar a quien está detrás del ejecutor. Es en la persona del autor mediato y no en la del ejecutor material en quien deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del correspondiente tipo de delito; por esta razón no se admite la autoría mediata en los delitos especiales cuando no concorra en el hombre de detrás la cualificación exigida por el tipo para ser autor del delito, como se verá luego.

Con la tradicional teoría del dominio del hecho es difícil solucionar dogmáticamente (aunque sí puede darse la solución en lo político-criminal) los casos de autoría mediata, porque con ella no es posible constatar la existencia de un control efectivo tanto del proceso causal en sentido naturalístico como del instrumento, pues al interponerse la

voluntad (aunque viciada) de otra persona (el instrumento) en el curso causal, el proceso se sale de las manos de quien lo originó, sin que pueda afirmarse con certeza que fue el dominio de la voluntad el que en realidad condujo a la realización del hecho. Con todo, es necesario desde el punto de vista político-criminal calificar la conducta del hombre de detrás de autoría, por lo cual hay que buscar una adecuada solución dogmática, que se encuentra en el criterio también normativo del dominio del hecho; sin que se pueda del todo hacer a un lado los datos causalistas en la elaboración del concepto de autor, que se hallan cuando se acepta que quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico se convierte en responsable del peligro, por inmiscuirse en ámbitos de actuación ajenos y controlar dicha invasión, pues, repito, es garante de lo que haga o deje de hacer al activar su propia esfera de dominio; por lo cual la autoría mediata (lo mismo que cualquier otra forma de autoría) tiene su fundamento en la creación, el no controlarlo el aumento del riesgo en forma objetiva al ponerse en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico que determina objetiva y positivamente el hecho, es decir que se trata de una combinación de lo fáctico (plano naturalístico) y lo normativo, al tratarse de una imputación jurídica del riesgo.

En la autoría mediata el hombre de detrás tiene el dominio del hecho por el control libre del riesgo. Por lo general, la actuación dolosa del hombre de delante interrumpe la autoría del de atrás, pero puede presentarse un dominio compartido del riesgo que permita considerar

plenamente responsables tanto al hombre de delante como al de detrás, perfilándose así la figura del autor detrás del autor, en la cual no hay acuerdo común, división del trabajo ni ejecución conjunta, que caracterizan a la coautoría, como ocurre, por ejemplo, en las organizaciones criminales con "estructura de poder" (ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal, en FERRÉ OLIVE, J.C./ANARTE BORRALO, E. Delincuencia organizada, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 199-235).

Con relación a la instrumentalización mediante coacción se plantean dos posiciones sobre la caracterización del dominio del hecho: una que parte de una concepción fáctica-psicológica del dominio al darle mayor importancia a la entidad de la coacción y sus efectos sobre el sujeto de delante, y otra que parte de una normativa al derivar la autoría mediata de si el sujeto ejecutor es o no responsable jurídicamente del hecho que realiza.

De acuerdo con la concepción del *dominio* fáctico-psicológico del hecho, para deducir autoría del sujeto de detrás cuando, por ejemplo, coacciona a otro para que lesione de forma típica un bien jurídico ajeno, debe tenerse en cuenta su actividad y los efectos causados en el ejecutor, con independencia, en principio, de cómo valore el derecho la actuación de éste; por tal razón es posible la autoría mediata cuando el ejecutor actúa bajo la influencia dominante del hombre de atrás, sin que de modo necesario quede libre de

responsabilidad. Conforme a este criterio fáctico si son varios los intervinientes podrán todos ellos realizar el tipo delictivo aunque merezcan distinto reproche por el derecho.

En situación de necesidad coactiva (exculpante), la doctrina dominante en Alemania acude al "principio de responsabilidad" para afirmar la autoría mediata, por lo cual no interesa determinar el dominio del hecho según el grado de presión motivacional de la actividad del sujeto de detrás, dado que renuncia a hallar un presupuesto fáctico para imputarle a aquél el dominio del hecho, sino uno normativo; le corresponde, entonces, al legislador excluir de responsabilidad penal al ejecutor y tener como autor responsable al hombre de detrás, a quien le imputa el proceso como su propio hecho. En este caso se presenta una relación entre el hombre de delante y el ordenamiento jurídico, de modo que si éste excluye su responsabilidad la traslada automáticamente al hombre de detrás, a quien tiene como autor mediato del mismo, mientras que si el ejecutor es responsable, sólo él puede ser autor y el de detrás partícipe. Considera ROXIN que el dominio del hecho del hombre de detrás se concreta porque quien coacciona domina al coaccionado, y como éste a través de su acción tiene en sus manos el curso del proceso, el "dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho", De modo que mientras el sujeto que ejerce la coacción tiene el dominio de la voluntad, el ejecutor coaccionado posee el dominio de la acción, Para evitar una

expansión de la autoría mediata con superación de los diques de lo típico, se busca limitar la existencia del dominio del hecho a aquellos supuestos en que, desde el punto de vista jurídico-penal, el sujeto de delante es irresponsable del hecho que ejecuta, porque sólo así podrá ser tenido como instrumento del supuesto autor mediato. Para sus seguidores, el "principio de responsabilidad" resulta práctico a la hora de delimitar entre autoría mediata e inducción y da seguridad jurídica.

Admitir el criterio del dominio objetivo (con contenido normativo) del hecho edificado sólo sobre el "principio de responsabilidad", que hace depender la autoría mediata de si el ejecutor es o no responsable, significaría que debe indagarse primero si el sujeto es o no culpable, para luego considerarlo autor instrumento, y al sujeto de detrás tenerlo como determinador o autor mediato; lo cual equivaldría a darle a la culpabilidad la virtud de cualificar la autoría, Como la autoría debe prejuzgar a la culpabilidad, primero debe establecerse si el hombre de detrás es autor y el de delante instrumento, para luego declararse o no la culpabilidad del sujeto de delante; es decir, la autoría del sujeto de detrás no debe depender del juicio de responsabilidad de otra persona sino del juicio que se emita sobre el mismo.

4.1.1.4. REQUISITOS

4.1.1.4.1. REQUISITO GENERAL: EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN.

Al respecto se tiene que la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados tiene como soporte fundamental la *“existencia previa de una organización estructurada”*. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional. En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, la *“asignación de roles”*. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea (MEINI MENDEZ, Ivan: El dominio de la organización en Derecho Penal, obra citada, p. 18,19. FARALDO CABANA, Patricia; Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La Autoría mediata con aparatos organizados de poder. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 19). para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con

supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que “tampoco puede hablarse de “división del trabajo” lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden” (ROXIN, Claus, La Autoría mediata por dominio en la organización, Edit. Tirant Blanch, p. 234).

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos organizados con estructuras jerárquicas organizadas, el que desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “mecanismo funcional del aparato”, esto es, su “automatismo” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este “funcionamiento automático del aparato” lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no

significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos.

4.1.1.4.2. REQUISITOS ESPECIFICOS.

4.1.1.4.2.1. PODER DE MANDO.

Es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato organizado, *el poder de mando*. El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior del hombre de atrás de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que e está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al

engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado.

A.- FORMAS DEL PODER DE MANDO.

En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. *La primera*, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, *la segunda*, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel

estratégico superior imparte o transmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

B.- PODER DE MANDO Y ÓRDENES.

La manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse como un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos. En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones, directivas y mandatos*. En cambio, en un

segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado. Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para "*disfrazar*" la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámense disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el

mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal. Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Éste es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político. Según la jurisprudencia nacional, ello ocurrió al interior de la organización Sendero Luminoso mediante el poder de decisión que detentaba su Dirección Central. En efecto, conforme a lo establecido por la Sala Penal Nacional muchas de las órdenes que se emitían consistían en una serie de gestos y prácticas codificadas que sólo los integrantes de la organización, y en especial sus dirigentes, utilizaban e interpretaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula que antes de la realización de un aniquilamiento, se tenía que *“desenmascarar a la víctima”*, sea un funcionario público o empresario. Esto último se llevaba a cabo a través del pegado de afiches, reparto de volantes, publicaciones en periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que

hacía la Dirección a un determinado personaje en las sesiones del Comité Central u otros eventos en los que se proponían el asesinato de ciertas personas. Las mismas que al poco tiempo eran eliminadas y que, luego, la Dirección Central, de manera exprofesa, destacaba como un éxito de la organización.

4.1.1.4.2.2. DESVICULACION DE LA ORGANIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Otro de los presupuestos objetivos para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados es la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un conjunto coordinado de normas (BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Themis Bogotá, 1999, p. 141) generales y positivas que regulan la vida social (RADBRUCH, Gustav; Introducción a la Filosofía del Derecho, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2005, p. 46). El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional” (KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Editorial

Grijley, Lima, 2001, p. 55). Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional. Como advierte ROXIN, en estos casos, "el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico". Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada

Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: "sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos". En esa misma dirección, FARALDO CABANA hace referencia a un "*derecho suprapositivo*" que estaría representado por el orden jurídico internacional: "explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural" (FARALDO CABANA, Patricia: Responsabilidad penal del Dirigente en estructuras jerárquicas, p. 208). Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como "una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad"

(ROXIN, Claus, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, Edit. Praxis, Barcelona, 1985, p. 408,409).

En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de *“criminalidad organizada no estatal”* y en muchas *“formas de aparición del terrorismo”* (ROXIN, Claus; La Autoría Mediata por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmática Penal, Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Lima, 2004, p. 238). Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben comenzar identificando si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

4.1.1.4.2.3. LA FUNGIBILIDAD DEL EJECUTOR INMEDIATO.

La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el *poder de sustitución* de que tiene el hombre de atrás (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva; La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, pg. 128,132). Esta jurista, además, da constancia que en la actual doctrina española y sudamericana, se concede a la fungibilidad igual condición. Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: *"La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto"*. De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una *"ruedita cambiabile en la máquina del poder"* (ROXIN, Claus: Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, p.403), un *"engranaje"* (ROXIN, Claus: La Autoría mediata por dominio en la organización, 2004, p. 224) sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo

indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo. En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, "La fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente". De allí que: *"la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis ex ante"* (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva: La Autoría mediata en aparatos organizados de poder, p. 127). En función de lo antes expuesto se pueden identificar dos clases de fungibilidad: *la negativa y la positiva*:

A.- LA FUNGIBILIDAD NEGATIVA. Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretodo, que: "El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible" (ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, 1998, p.271). Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: *"Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al*

respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás” (ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, 1998, p.273). Esta fungibilidad negativa significa, pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible. Sin embargo, tal como lo señala Bolea Bardón, la exigencia de una reserva de ejecutores no supone que el número de estos tenga que ser ilimitado (BOLEA BARDÓN, Carolina: Autoría mediata en Derecho Penal, p. 396). En ese mismo sentido, FARALDO CABANA sostiene que basta contar con un número de integrantes que resulte suficiente para posibilitar el intercambio oportuno de la persona interpuesta que se niega a la realización de la orden dispuesta por el nivel estratégico superior (FARALDO CABANA, Patricia: Responsabilidad penal del Dirigente en estructuras jerárquicas, p. 89). La

doctrina nacional también participa de esta referencia cuantitativa a la fungibilidad negativa. Así, MEINI MÉNDEZ requiere únicamente que la cantidad de ejecutores potenciales sea idónea para asegurar el éxito del plan delictivo (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva: La Autoría mediata en aparatos organizados de Poder, p.321). Para graficar esta modalidad fungible, ROXIN aludía a los argumentos planteados por la defensa de Eichmann ante el Tribunal de Jerusalén. Según él, carecía de relevancia que el funcionario nazi no cumpliera con la orden de ejecución de los judíos, ya que ésta, aún en tal supuesto, se hubiera llevado a cabo. De esta manera quedaba en evidencia que el delito no era obra de una persona individual, sino del propio Estado (ROXIN, Claus: Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder, 1985, pg. 403-403). En la jurisprudencia nacional también se ha aludido a esta posición de fungibilidad negativa. Efectivamente, la Sala Penal Nacional en su sentencia al líder senderista Abimael Guzmán Reynoso, sostuvo: *"el hombre de atrás no dominaba la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo indirecto a través del aparato criminal"*. Ello, en función de la concurrencia de dos factores interdependientes: primero por lo

decisivo de la conducción del aparato; y, luego, por la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía de este aparato⁸.

B.- LA FUNGIBILIDAD POSITIVA. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder. Por tanto, como explica FARALDO CABANA, "*...el criterio de fungibilidad no se*

⁸ Fundamento Jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre del año dos mil seis (expediente acumulado N° 560-2003); En Internet: www.gacetajuridica.com.pe; fecha de visita; 28/12/2009.

determina atendiendo únicamente al momento de la ejecución, sino observando si existen en el momento de dar la orden sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten” (FARALDO CABANA, Patricia: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, p. 230).

Un sector minoritario de la doctrina ha cuestionado la condición de presupuesto esencial, que tendría la fungibilidad para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Según sus principales exponentes, lo verdaderamente importante sería la elevada disposición del ejecutor hacia la realización del delito ordenado. Al respecto PARIONA ARANA, precisa que SCHROEDER, desde mil novecientos sesenta y cinco, sostuvo que en la fundamentación de una autoría mediata en aparatos de poder organizados no sería decisiva la fungibilidad de la persona interpuesta, ya que en el caso de que los ejecutores directos no sean reemplazables, en nada se afectaría la responsabilidad de los sujetos que intervinieron en la comisión del hecho punible. Para este último autor, lo determinante para el dominio del

hecho por el nivel superior estratégico de una estructura de poder, sólo podría fundamentarse asociando a la fungibilidad la disposición, en todo momento, de los ejecutores a realizar el hecho ilícito. En consecuencia, la fungibilidad sólo sería un medio para lograr el dominio, pero no su razón determinante (PARIONA ARANA; Raúl: Autoría mediata por organización, p. 64 y 65).

Dentro de nuestra doctrina nacional, otro sector ha considerado en cambio que los cuestionamientos formulados a la fungibilidad no son sólidos. Ellos, funcionalmente, sólo expresan dos opciones de enfoque o de perspectiva sobre los roles y niveles de responsabilidad que corresponderán a quienes interactúan en la dinámica estratégica u operativa de la criminalidad al interior de una estructura de poder organizado. En consecuencia, pues, de ellos no emergen posiciones que se contrapongan o subordinen realmente a las de ROXIN, sobretodo en lo atinente al significado dogmático que concede a la fungibilidad para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder de naturaleza y origen estatal. Al respecto, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ ha esclarecido que si bien es correcto el argumento esgrimido por

SCHROEDER y sus seguidores, pues, desde el punto de vista del ejecutor inmediato, su grado de responsabilidad será siempre el de autor directo, en tanto este sea fungible o no, se omite valorar que "la afirmación de tal fungibilidad no está siendo aquí utilizada como fundamento del dominio de la acción del hombre de delante, sino como fundamento del dominio de la voluntad del hombre de atrás" (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva: La autoría en aparatos organizados de poder, p. 135-136). De igual modo, FARALDO CABANA refiere que lo que "...la fungibilidad de los ejecutores aporta a la teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás (FARALDO CABANA, Patricia: Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, p. 91), sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al hombre de atrás". Por tanto, esta autora concluye sosteniendo que si no es posible acreditar la fungibilidad del ejecutor o persona interpuesta, la posibilidad de afirmar una autoría mediata por dominio de la organización se extinguiría. Frente a lo cual sólo cabría *"considerar la posible imputación del hombre de*

atrás como partícipe, pero ello en nada cambia que el autor inmediato seguiría respondiendo como autor por el delito cometido” (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva: La autoría mediata en aparatos organizados de poder, p. 136).

Sin embargo, como se advierte de las últimas publicaciones de ROXIN, la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí. Es más, la mayor o menor preponderancia en la atribución de dominio del nivel superior estratégico que aporte una u otra dependerá, casi siempre, de las condiciones concretas que se den en el momento de la emisión de la orden y de su ejecución. Ambas, pues, son fundamentales para que ese nivel superior estratégico pueda ser objeto de atribución de responsabilidad como autor mediato. Por lo demás, esta última posición, que denominamos “integradora”, resulta en el presente la predominante. Por ejemplo, EBERT acepta, sin excluir ni restar relevancia a la fungibilidad, que la disposición al hecho del ejecutor es un presupuesto más que se ha de cumplir para la configuración del dominio de la organización por parte del hombre de atrás

(FERNANDEZ IBAÑEZ; Eva: La autoría mediata en aparatos organizados de poder, p. 213). Lo mismo ha sostenido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al destacar que muestra absoluta coincidencia con ROXIN para considerar también al criterio de la “*disposición incondicional*” de la ejecución del hecho propuesto por Schroeder, como un presupuesto más en la construcción, verificación y atribución de casos de autoría mediata por dominio e la voluntad en aparatos de poder organizados (FERNANDEZ IBAÑEZ; Eva: La autoría mediata en aparatos organizados de poder, p. 236).

4.1.1.4.2.4. PREDISPOSICION DEL EJECUTOR A LA REALIZACION DEL HECHO.

Los tres presupuestos hasta ahora analizados, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios (ROXIN, Claus; El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, 2006, Edit. Grijley, Lima 2006 p. 19 – 530) ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto

denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho. Como ya se señaló, el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER, desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH. Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en la sentencia emitida contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la *“disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo”* (ROXIN, Claus, La Autoría mediata por dominio en la organización, Tirant Edic., 2004, 240). En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se

trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *“millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”* (FERNANDEZ IBAÑEZ; Eva: La autoría mediata en aparatos organizados de poder, p. 136). Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia (ROXIN, Claus: Dominio de la organización y resolución al hecho, 2006, p. 516). Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito. Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo

estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura. En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado⁹. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le

⁹ Fundamento Jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre del año dos mil seis (expediente acumulado N° 560-2003); En Internet: www.gacetajuridica.com.pe; fecha de visita; 29/12/2009.

asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos (ROXIN, Claus: El dominio de la organización y resolución al hecho, 2006. p. 516). Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho" (PARIONA ARANA, Raúl: La Doctrina de la disposición al hecho. Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, 2008. p. 42).

4.1.1.5. ASPECTOS NORMATIVOS Y DOGMATICOS

4.1.1.5.1. LA AUTORÍA MEDIATA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Dentro de nuestra legislación peruana se tiene como antecedente que en el Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100º una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código

Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12º, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito “los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”. Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28º), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40º) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40º) precisaban que también era autor el que realizaba el delito “*serviéndose de otro*”. En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28º), de julio mil novecientos noventa (artículo 28º) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23º) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito “*por medio de otro*”. Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente. Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en

su artículo 23º, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor *“El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...”*.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia nacional ha coincidido en aceptar que dicha fórmula normativa da cabida y legitimidad a las distintas formas de autoría mediata. En ese sentido, se han pronunciado HURTADO POZO (HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal, p. 864), VILLAVICENCIO TERREROS (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho Penal, Edit. San Marcos, p. 470 y ss), BRAMONT ARIAS y BRAMONT – ARIAS TORRES y VILLA STEIN (VILLA STEIN, Javier; Derecho Penal, Parte General, p. 317). Igualmente, los Tribunales nacionales han aplicado la doctrina de la autoría mediata, sobretodo al resolver casos vinculados a organizaciones criminales (Sentencia emitida por la Sala Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis, Exp. N° 560-2003. en www.gacetajuridica.com.pe. Fecha de visita 07/01/2010), el mismo que es materia de la presente investigación.

4.1.1.5.2. ANTECEDENTE Y DESARROLLO DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LA DOGMÁTICA PENAL.

Como antecedente de este tema de palpitante actualidad fue puesto en debate por el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a

partir de mil novecientos sesenta y tres (ROXIN, Claus: La Autoría mediata por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, p. 223 y ss), quien comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados". De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error (ROXIN, Claus: Voluntad de Dominio de la Acción mediante aparatos organizados de poder. En Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Revista Trimestral, Año ocho, número veintinueve a treinta y dos, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1985, p. 399 y ss).

El surgimiento de esta propuesta como lo hemos señalado anteriormente tuvo como punto de partida el análisis de los casos *Eichmann* y *Staschynski*. La evaluación de estos

procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya 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” (ROXIN, Claus: El Dominio de organización

como forma independiente de autoría mediata en. REJ. Revista de Estudios de la Justicia N° 7-Año 2006, p. 15). Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la *“persona interpuesta”*, ya que ésta finalmente *“es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones”* (PARIONA ARANA; Raúl: Autoría mediata por organización, Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 59). El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor¹⁰.

Esta teoría planteada por el maestro ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en el año de mil novecientos ochenta y cinco, y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años de mil novecientos setenta y seis y mil novecientos ochenta y tres, sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos

¹⁰ En este sentido se precisa en el AMICUS presentado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú –ver Tercera conclusión– que *“... las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual”*, p. 30.

ochenta y cinco dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y de treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia de Nación, respectivamente (ROXIN, Claus: La Autoría mediata por dominio en la organización. En Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, p. 226. LESCANO, Carlos Julio: Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales. En AA.VV. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenajes al profesor Claus Roxin, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, p. 349). Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos. Así, en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtítulo *“El camino a seguir”*, se hizo hincapié en que los procesados habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos. Dicha decisión fue luego debatida por la Corte Suprema de Justicia y en un fallo dividido la mayoría de sus integrantes aplicaron también la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización (LASCANO, Carlos Julio: Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales; p.368. Votos de los magistrados supremos.

Enrique S. Petrachhi y Jorge A. Bacqué son claros al respecto- Considerando Décimo Quinto-, al igual, según al Magistrado Supremo Carlos S. Fayt-Considerándos vigésimo primero y vigésimo segundo- Los Magistrados supremos José S. Caballero y Augusto C. Belluscio). Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro (BGHSt, Tomo cuarenta, páginas doscientos dieciocho/doscientos cuarenta) quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín¹¹. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa. De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos (BOLEA BARDÓN, Carolina: Autoría mediata en derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 343). En nuestra

¹¹ ROXIN, Claus: La Autoría mediata por dominio en la organización, p. 227, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia STRELETZ KESSELER y KRENZ, Alemania, del veintidós de marzo de dos mil uno, convalidó la condena que el Bundesgerichtshof dictó contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de Defensa de la ex República Democrática Alemana.

jurisprudencia también se ha atribuido tal modalidad de autoría mediata al líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso. Tanto la sentencia de la Sala Penal Nacional del trece de octubre de dos mil seis, como en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema voto de la mayoría de dicho Tribunal, del catorce de diciembre de dos mil siete, lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización ilegal. En estas decisiones de la judicatura nacional, a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de tan execrables hechos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

Actualmente a la tercera modalidad de autoría mediata propuesta por ROXIN, se le han aportado desde la doctrina penal alterna o derivada nuevos enfoques y denominaciones, siendo las más utilizadas las siguientes: *“autoría a través del poder de mando”*, *“dominio de la organización”* o *“dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”* (BOLEA BARDÓN, Carolina: Autoría mediata en derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 341). La doctrina penal nacional también ha analizado la posibilidad de una

autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados (MEINI MENDEZ, Iván: El dominio de la organización en Derecho Penal, citado por PARIONA ARANA, Raúl: Autoría mediata por organización, p. 435. MONTOYA VIVANCO, Yván: La Autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico-normativo y requerimientos probatorios. En Revista Jurídica del Perú. Número ochenta y cuatro, Normas Legales, Lima, febrero 2008, p. 297. CASTILLO ALVA, José Luís: Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. P. 575), hecho que hemos analizado en la presente investigación a fin de establecer que dicha concepción puede ser aplicada en dichos casos.

4.2. UNIDAD DE INVESTIGACION II: FUENTES DE LA AUTORIA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.

4.2.1. FUENTES DOCTRINARIAS.

4.2.1.1. TEORIA DE CLAUS ROXIN

La teoría de la Autoría Mediata por Dominio de Organización que fuera planteada por el maestro Alemán Claus Roxin hace más de 40 años, ha sido objeto de minuciosos estudios por parte de la doctrina penal contemporánea. Todos estos estudios se han orientado a sustituir esta interesante construcción teórica, la misma que permite imputar responsabilidad penal contra aquellas personas situadas en la cúpula de organizaciones o aparatos de poder, es decir, contra

aquellos que se encuentran más alejados de la ejecución material del hecho punible.

En la elaboración de su teoría, el profesor de la universidad de Munich comienza afirmando que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás puede basarse en una coacción o en un error del ejecutor; hasta aquí tiene el respaldo casi totalitario de la doctrina, pues ambos casos son los supuestos paradigmáticos de autoría mediata; entonces, sobre lo dicho, no habría discusión alguna (FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva; La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Edit. Comarés, Granada, 2006. p. 261). A continuación ROXIN se pregunta si estos dos casos son los únicos supuestos de autoría mediata, es decir si la fórmula del dominio de la voluntad se agota *con* estas *dos* variables. Desde esta posición, el dominio de la voluntad también se puede dar en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas, en estos casos el sujeto de atrás "tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor"; sin embargo, ROXIN acepta también que los crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones muy bien estructuradas no pueden aprehenderse adecuadamente con los postulados del delito individual, pero esto no justificaría según él, que nos eximamos de la obligación de calificar los comportamientos individualizados, sobretodo los de aquellos intervinientes a título personal.

En los casos del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados, según la postura que ahora tratamos, quedarían excluidas la coacción y el error como variantes principales, para esto ROXIN relata el caso ilustrativo del agente Staschynski en donde las autoridades competentes jamás amenazaron con fusilar a nadie por "negarse a fusilar a alguien más", en ese sentido las sanciones eran mínimas y completamente inidóneas para alegar haber actuado bajo el supuesto de coacción (FARALDO CABANA, Patricia; Responsabilidad del Dirigente en estructuras Jerárquicas; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 145). De la misma forma como no existe coacción en el acontecer delictivo en las estructuras paraestatales, para el autor que tratamos tampoco es posible alegar las reglas del error, pues sería inviable que una persona plenamente consciente de sus actos acalle su conciencia sobre la base de la mayor responsabilidad de quien le da las órdenes, todo esto con consecuencias jurídico penales en la calificación. Para ROXIN existen hasta tres formas de manifestación de la autoría mediata, en donde el autor lo sería, por tener el dominio de la voluntad en la ejecución del evento delictivo, bajo las siguientes modalidades: i) autoría mediata en donde el ejecutor actúa bajo las reglas del error, aquí el instrumento "no sabe lo que hace"; ii) autoría mediata en donde el ejecutor actúa bajo las reglas de la coacción, aquí el instrumento "obra compelido por un mal mayor en su contra"; y finalmente iii) autoría mediata en donde el ejecutor es simplemente

un elemento fungible de una estructura bien organizada y su voluntad no tiene relevancia alguna con la materialización del ilícito.

El profesor ROXIN parte afirmando que nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad común, este enjuiciamiento distinto estaría justificado por el funcionamiento peculiar del aparato que siempre estaría a disposición del sujeto de atrás (ROXIN, Claus: Palabras previas a la segunda edición en lengua castellana de "Política Criminal y sistema del Derecho Penal"; 2da edición. Hamurabi. Bs. As. 2000, p. 465). Así, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados reside, para ROXIN, en la fungibilidad del ejecutor del acto; pues para él, la organización despliega una vida "independiente" de sus miembros, muchas veces perfectamente intercambiables; es mas, ni siquiera es necesario que el sujeto que toma las decisiones conozca a la persona que ejecuta su decisión.

Dos serían, para ROXIN, las formas en que se manifiesta la autoría mediata en virtud de aparatos organizados según la propuesta que expone en este apartado; así tenemos: i) Los casos de aparatos que actúan bajo el manto del poder estatal, pues estos pueden operar plenamente aún con la garantía de la ley escrita, pero al margen del Derecho, siempre y cuando contradigan los principios rectores del Estado de Derecho; y ii) Los casos de aparatos que actúan como movimientos clandestinos, organizaciones secretas o mafiosas y

grupos similares. En la concepción de ROXIN, para afirmar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados es necesario cumplir con tres requisitos: i) Que se tratase de un aparato organizado de poder con una estructura jerarquizada rígida; ii) Que se verificase una efectiva fungibilidad del autor inmediato, lo que implica que la organización posee ya una cierta dimensión; y finalmente iii) Que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, optando, como un todo, por la vía criminal. En cuanto al primer requisito, la actuación a través de una organización jerárquicamente rígida se da, sobretodo y con meridiana claridad, en el seno de organizaciones criminales que de modo aparentemente constitucional o de facto toman el gobierno de un determinado país y fungen actuar conforme a las reglas de la legalidad e incluso con el apoyo popular. La forma de determinar si estamos frente a un aparato criminal que se sirve del Estado es verificando tres situaciones independientes: *a.-* Las violaciones a la dignidad de los seres humanos que se encuentren a su alcance y dentro del margen de su ámbito de acción; *b.-* las pérdidas de cuotas de libertad de los ciudadanos; y *c. -* la espalda al ordenamiento jurídico y al propio Estado de Derecho. Esta "rigidez" se presenta también según ROXIN en el ámbito de las asociaciones mafiosas como organizaciones secretas o bandas de criminales; la diferencia fundamental entre los que se sirven del aparato estatal y las asociaciones mafiosas es que mientras las primeras se sirven de la administración de justicia que

se encuentra a su disposición, los segundos encontrarán siempre una fuerte oposición en el aparato estatal; sin embargo esto para nada afecta el primer requisito, pues en ambos tipos de organización "lo decisivo es que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen". El segundo requisito hace referencia a la fungibilidad del ejecutor y una dimensión considerable por parte de la organización, este criterio de "fungibilidad" manejado surge como una consecuencia de contrapeso al brillante alegato esgrimido por la defensa en el caso del funcionario nazi Adolf Eichmann sometido y condenado en un proceso penal en una corte de Jerusalén.

Para el profesor ROXIN, la existencia del aparato es completamente independiente de la identidad intercambiable de sus miembros, la organización funcionaría entonces automáticamente, y el ejecutor "si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción; sin embargo, es al mismo tiempo, un engranaje sustituible en cualquier momento en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer". Junto con la fungibilidad del ejecutor de la organización, los seguidores de esta postura encabezados por ROXIN nos hablan de la necesidad de cierta "dimensión considerable"; no basta que dos personas se pongan de acuerdo en cometer crímenes para que nos encontremos ante un supuesto de criminalidad organizada o de dominio de la voluntad; sino que además "debe ser cauteloso al

estimar el dominio de la organización. Si se reúnen media docena de elementos asociables para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un aparato de poder pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa *existencia independiente* del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad" (ROXIN, Claus: Problemas actuales de Política Criminal, conferencia traducida por Enrique Díaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el auditorio Jaime Torres Bidet, del Museo Nacional de Antropología e Historia, México. P. 154).

Finalmente Roxin expone un tercer requisito para que se presente casos de auto ría mediata en virtud de un aparato organizado, para él será necesario que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, optando, como un todo, por la vía criminal. Es importante el contexto en el que ROXIN realiza esta aseveración; en un primer momento de su teoría, los aparatos organizados que eran el "modelo paradigmático de su postura" estaban circunscritos a los grupos que se servían del aparato estatal, es decir de las organizaciones que actuaban bajo el manto del gobierno de turno, aparatos que estaban al mando de un determinado Estado y utilizaban esta circunstancia para viabilizar los delitos que les permitían alcanzar sus fines. Más tarde el buen profesor, ampliaría el radio de acción de su teoría para considerar también a las

organizaciones mafiosas, bandas de criminales, etcétera, que ostentan códigos propios y reglas completamente diferentes a las de la sociedad conocida, que tienen muchas veces mayor grado de sujeción al cabecilla, pero que otras, no cumplen con los caracteres mínimos de una organización como la que es materia de estudio. Este segundo momento de su teoría ha recibido serias críticas, conforme veremos más adelante. En suma para ROXIN, cuando en un aparato organizado, con vida completamente independiente de sus miembros, un ejecutor perfectamente intercambiable cumple voluntariamente con la "voluntad" del sujeto que se encuentra detrás, cometiendo un ilícito, tanto el sujeto que decidió originalmente el hecho como el que lo ejecutó; incluso quienes estuvieron como eslabones intermedios, responden como autores; el ejecutor como autor directo, los otros como autores mediatos; y mientras mayor sea el alejamiento del hecho y mayor el dominio organizativo, mayor será también la responsabilidad del sujeto de atrás (ROXIN, Claus: "Autoría y dominio del hecho en derecho Penal", 7º edición; Marcial PONS, Madrid, 2000. p. 571). Esta teoría es dominante actualmente.

4.2.1.2. TEORIA DE GUNTER JAKOBS

Günter Jakobs menciona que el requisito planteado por Roxin respecto de la coejecución es, en verdad, innecesario, *puesto que para este autor dominar el hecho supone toda cooperación psíquica y física, puesto que la comisión de un delito debe analizarse como un "todo" donde la aportación concreta ha de medirse no por su fuerza o*

*intensidad, **sino por su influjo** en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo. **Influjo que ostentaría el hombre de detrás** (JAKOBS, Gunter. Crimines del Estado-Ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?; DOXA núms. 17-18, p. 448- Derecho penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons; Madrid, 1995, Trad. De la 2º edición Alemana) **En palabras del profesor alemán desde el momento en que el concreto ejecutor es plenamente responsable, cierra toda eventual consideración del mismo como instrumento.** Y con ello, ***según esta postura, no podría existir un "autor mediato"***.*

El fundamento de la responsabilidad jurídico-penal lo hace consistir JAKOBS (JAKOBS, Gunter. Derecho Penal, Parte general. La imputación Objetiva en derecho penal. MANUEL CANCIO mella (Trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; La competencia por organización en el delito omisivo, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.) Bogotá; Universidad extemado de Colombia, 1994 La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, 1996), en primer lugar, en la lesión de los límites generales de la libertad de configuración del mundo exterior, y en segundo lugar, en la inobservancia de los límites trazados por el *status* especial (definido por derechos y deberes), los cuales reduce en uno sólo al señalar que "los límites de la libertad de configuración son un producto social". De acuerdo con

el *status* general todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido, es decir "que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido"; y aliado de los deberes en virtud de competencia de organización, están los deberes en virtud de competencia institucional, los cuales no resultan del *status* general que corresponde a cada hombre sino que afectan tan sólo a personas con un *status* especial.

JAKOBS hace consistir dicha responsabilidad penal en el quebrantamiento de un rol, el cual puede ser especial, cuando el sujeto debe configurar junto con otras personas un ámbito común (el del padre con los hijos, por ejm.), por cuyo quebrantamiento los titulares de tales roles responden por lo general como autores (así, el servidor público responde como autor de peculado tanto cuando dispone él mismo de manera ilegítima de los bienes que administra como si induce a otra persona a hacerlo o no impide que una tercera personase apodere de los mismos); también el quebrantamiento del rol puede ser general, cuando la conducta recae sobre el único rol común que existe "de comportarse como una persona dentro del Derecho, es decir, de respetar los derechos de otros como contrapartida al ejercicio de derechos propios"; en el rol común interesa más el lado negativo, o sea el deber de no lesionar a otros, cuyo desconocimiento (que puede ser por acción u omisión) causa la

infracción de normas que imponen a todos respeto frente a los demás (JAKOBS, Gunther: Derecho Penal, Parte General, 2º edición, Edit. Marcial, Pons, Madrid, 1997, p. 657). En el caso del rol especial se trata de una competencia institucional, y en el del rol común de competencia por organización. Esta distinción repercute de manera ostensible en el ámbito de la autoría y la participación, pues en la primera clase de delitos (delitos de organización) es posible la participación, porque en el quebrantamiento del rol común puede existir una organización conjunta, lo cual permite diferenciar diversas formas de intervención en la organización de un riesgo (KAUFMAN, Arthur: Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Utrecht und vom ubergesetzlichen Rect. In der Diskussion un das im Namen der DDR begagene Unrecht; NJW, 1995, p. 101). Con todo, en los delitos institucionales sólo admite la autoría, para quien infringe su deber especial, con independencia del aporte causal.

JAKOBS sostiene también que el quebrantamiento del rol común puede darse por la realización de una organización defectuosa o por la no eliminación del peligro inherente al ámbito de organización; y, dicha organización puede hacerse de manera conjunta con otra persona (como ocurre en el campo de la participación), bien cuando dentro de un marco común cada uno lleva a cabo su propia obra o cuando todos se unen en una sola obra. No ubica los supuestos en los cuales varias personas concurren a una organización de un riesgo en la teoría de la coparticipación o codelincuencia, sino en la

de la imputación objetiva, para lo cual acude a dos instituciones elaboradas hace mucho tiempo por la doctrina y les da un contenido nuevo, y las instala en la imputación objetiva: la accesoriedad y la prohibición de regreso (ROSO CAÑADILLAS, Raquel, Autoría y participación imprudente, Granada, Comares, 2002, p. 110).

JAKOBS agrega que si quien participa sin llevar a cabo acto de ejecución no realiza de propia mano un delito, y si todos responden de su propio injusto y no del ajeno, se puede imputar el hecho a quien no ejecuta, si se reconoce que quien ejecuta no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos; caso en el cual la ejecución es su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes; así el comportamiento previo no sea por sí sólo constitutivo de injusto, es responsable quien lo aporta, porque el hecho producido también es el suyo propio. De modo que puede decirse que el injusto es propio no sólo cuando concurre una realización de propia mano, lo cual lo considera JAKOBS como un error naturalista, sino también cuando existe motivo para imputar lo sucedido como propio; por esta misma razón concluye que la afirmación que se hace de que el injusto realizado de propia mano es injusto propio, es en cierta medida una capitulación frente a lo naturalista, pues para que el injusto sea propio no basta la actividad corporal que conduce a un resultado lesivo, el cual no es nada distinto a un dato naturalista, sino que es necesario que se conciba como expresión de sentido de una persona competente (competencia institucional o por organización),

dato que adquiere significado social si aquélla es destinataria de la imputación, y es destinatario de tal imputación una persona o un colectivo (la unión de varias personas que se hayan organizado). No interesa si el sujeto realiza un movimiento corporal en último lugar, sino si configura su organización de tal manera que tenga sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas (SUAREZ SANCHEZ, Alberto, Autoría, Universidad Externado de Colombia, 3Edic. 2007, p. 205).

Explica que en el caso de una actuación conjunta existe una sola organización y una sola obra, pero por razones de la división del trabajo cada persona hace un aporte que puede darse en la fase anterior a la ejecución del hecho, pero sólo le interesa al Derecho penal a partir del comienzo de la tentativa, pues "quien no participa en la ejecución del hecho (que empieza con el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que, al inducir o aportar material para realizar el hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior al hecho". El concepto de la accesoriedad lo entiende y explica en el sentido de que no es la imputación del injusto ajeno sino de su propio injusto, porque el sujeto que no ejecuta el hecho o no lo ejecuta todo, como no se le puede arrogar por la vía de la accesoriedad injusto ajeno, no ejecuta su propio injusto sino el de todos; por lo cual hay motivos para imputarle el hecho que ejecuta otro u otros, del cual se puede decir que es propio. Por esta razón "no es necesario manipularla aportación del

partícipe antes de la ejecución para convertirlo en injusto, sino que esta aportación no es más que la razón para imputar la ejecución llevada a cabo por otro, también al partícipe de la fase previa como injusto suyo", *Este entendimiento de la accesoriadad lleva a JAKOBS a no hacerla exclusiva de la participación y a extenderla a la coautoría, porque no exige que el coautor ejecute, por ser suficiente que tenga el dominio de la configuración. La accesoriadad es, entonces, sólo cuantitativa, porque hace depender la responsabilidad del partícipe en fases anteriores a la del ejecutor, a partir del momento en el cual el hecho es punible, o sea del de la fase ejecutiva característica de la tentativa, no es la comisión de propia mano lo que convierte el injusto en injusto propio.* La razón por la cual JAKOBS imputa lo realizado por el autor ejecutor al partícipe o coautor como injusto propio la encuentra en la organización en sentido delictivo de hecho, que se traduce en el quebrantamiento del rol, desde que "configura su organización de aquella manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas". El hecho cometido por otro es el hecho del partícipe, porque con su aportación se ha organizado en sentido delictivo, siempre y cuando esté dentro del rol de quien actúa en fase previa "cuidar el comportamiento de quien actúa después". Para llegar a esta conclusión acude a la teoría de la prohibición de regreso, la cual la entiende como prohibición de volver hacia atrás, es decir a cobijar comportamientos previos a la ejecución y realizados por otro sujeto,

quien a pesar de estar en capacidad de evitar el resultado lesivo no tiene obligación de hacerlo, porque no se ha organizado en sentido delictivo, no ha quebrantado su rol y se trata de un comportamiento socialmente adecuado. Para explicar que la comisión de propia mano no tiene sentido cuando el rol de quien realiza de propia mano un resultado lesivo administra un ámbito restringido que no cobija al resultado. Para JAKOBS, entonces, la comisión de propia mano en la mayoría de los casos fundamenta la imputación, pero no siempre, sin ser de importancia lo que el sujeto se represente, porque sólo debe tenerse en cuenta el sentido objetivo dado por lo que se entienda por socialmente aceptado o no en el momento de la aportación y que constituye la verdadera razón de la imputación del hecho a la participación (dolosa o imprudente), por lo cual "nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o con otro tipo de factores internos". De esta manera acepta la participación imprudente en el hecho doloso (RAFIN, Marcelo: La experiencia del horror, Subjetividad y derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur; Ed. Del Puerto, Bs. As. 2006, p. 98). En resumen: JAKOBS objetiviza la teoría de la participación y mediante la aplicación de criterios objetivo normativos delimita las intervenciones punibles de las no punibles en las etapas previas a la ejecución; todo ello con prescindencia de elementos subjetivos. Para llegar a esta objetivización ubica la coparticipación en la imputación objetiva, a la

cual convierte en una "macroinstitución" al llevarla más allá de lo que debe ser su estricta función (la imputación del resultado a una acción) e intenta aglutinar toda la teoría del tipo en la imputación objetiva, lo cual supone "el germen de una desmedida ampliación y desnaturalización del concepto de imputación objetiva y una confusión de las diversas funciones del tipo estricto (o parte positiva del tipo) y de la exclusión de la antijuridicidad (parte negativa del tipo)". Respecto del delito imprudente califica a su concepción como unitaria, debido a su construcción orientada por el muy particular diseño de la teoría del delito (aunque no deja del todo a un lado soluciones y consecuencias propias de un concepto restrictivo de autor) y mantiene la responsabilidad del partícipe a pesar de que el stgb no lo castiga; no distingue entre autoría y participación imprudente, con lo cual aplica un concepto unitario funcional; mediante la aplicación de la teoría de la prohibición de regreso sólo logra diferenciar intervenciones que merecen un castigo de las que no lo merecen, y. Establece una excepción al principio formal de la ejecución, porque considera que en la fase previa a la de la ejecución también puede haber autoría, al admitir que en la etapa preparatoria haya coautores, de quienes sólo exige que tengan dominio sobre la configuración del hecho, sin ser necesario el acuerdo común, para lo cual emplea en la coautoría la accesoriedad cuantitativa, la única que acepta, pues elimina la accesoriedad cualitativa bajo el entendimiento de que al partícipe se le castiga por su propio injusto y

no por el injusto ajeno. De modo que aplica la teoría del dominio del hecho, en la forma como él la entiende, para los delitos dolosos y un concepto unitario funcional de autor en los delitos imprudentes. Siendo así la posición del tratadista JAKOBS, podemos establecer que la teoría de la autoría mediata por dominio de organización no puede utilizarse para sancionar a los autores de atrás, quienes son los que utilizan al ejecutor como instrumento, si no por el contrario señala que se debe de responder por el injusto realizado por propia mano, por cuanto cada persona hace un aporte y ***por lo tanto se debe de aplicar la coautoría y más no la autoría mediata.***

4.2.2. FUENTES EN LA JURISPRUDENCIA

4.2.2.1. JURISPRUDENCIA ALEMANA.

Alemania exhibe una vasta y rica jurisprudencia en torno de la aplicación de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Esta circunstancia se explica necesariamente por el traumático giro de los acontecimientos experimentado en Alemania en su vida institucional durante el período de la primera posguerra que comenzó con el cese abrupto del primer gobierno de carácter republicano de Weimar, la carrera hacia el poder librada por el partido nacionalsocialista y el fatídico ascenso de su líder Adolf Hitler hasta la primera magistratura. A partir de que el nacionalsocialismo ocupó la primera escena en la arena política, el Estado, transformado ahora en un régimen de partido único, endureció linealmente su postura contra los opositores al régimen instaurado, en particular, los

miembros de los partidos de izquierda que conservaban aún una fuerte incidencia representativa en los escaños del *Reichstag*, con el firme propósito de silenciar cualquier tipo de protesta contra los abusos perpetrados por el partido gobernante. Paralelamente a esto se observó una marcada exacerbación de los sentimientos antisemitas que colocaron a los alemanes judíos en la palestra de todo tipo de medidas discriminatorias: la eliminación pautada de sus derechos políticos, civiles y sociales a través de la promulgación de un conjunto de leyes raciales conocidas como las "leyes de Nürenberg".

En este contexto, el punto de partida de un largo proceso de revisión histórica que se originó en el juicio internacional celebrado en la ciudad alemana de Nüremberg contra los jefes nazis, el que sería el primero de una serie de procesos seguidos contra todos los que participaron activamente, o contribuyeron de alguna forma, en los actos de planificación y ejecución de una guerra de agresión contra terceros países y la perpetración de crímenes de guerra y contra la humanidad (FERRÉ OLIVE, J.C. Blanqueo de capitales y criminalidad organizada, en ANARTE BORRALLLO, E, *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 85-98).

El caso en el que específicamente se ha aplicado por primera vez la Teoría planteada por el maestro Claus Roxin, en Alemania fue el caso del Consejo Nacional de Seguridad por las muertes ocurridas entre los años 1971 y 1989, cuando refugiados orientales intentaron

cruzar la frontera hacia el sector occidental. El tribunal de instancia inferior -*Landergericht*, en adelante LG- había condenado a los tres acusados en calidad de partícipes de aquellas muertes a penas privativas de libertad de un máximo a siete años y seis meses en el más grave de los casos (HARRIS, *Tyranny: On Trial*, Southern Methodist university press, Dallas, 1990. p. 345). Esa decisión fue apelada por el fiscal, que solicitó la aplicación de la autoría conjunta y el incremento de las penas impuestas. En esta oportunidad, el Tribunal Federal encontró a los acusados culpables en calidad de **autores mediatos**, junto a los soldados fronterizos, pero éstos en calidad de autores directos, por los asesinatos acaecidos durante el espacio temporal precitado. A tal conclusión se arribó luego de afirmar que el autor mediato puede ser autor a través de la ejecución de un autor inmediato culpable. Así, los miembros del tribunal afirmaron, con expresa cita de Roxin, que se encontraban frente a un caso de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. La aplicación de la autoría mediata se basó en el criterio de fungibilidad que permitió al autor de escritorio (*Schreibtischtäter*) tener el dominio sobre la ejecución del hecho. En esta sentencia explica Schroeder el BGH se aparta de la línea trazada en fallos anteriores sobre la base del principio de responsabilidad, según el cual la realización absolutamente responsable por parte del autor inmediato excluye la del autor mediato. Es necesario aclarar que la jurisprudencia del BGH utilizó en forma inveterada el criterio subjetivo

para poder distinguir entre autor y partícipe. Así, en el ya citado caso “*Staschynskijs*”, como en el también célebre “caso de la bañera”, el Tribunal Superior alemán utilizó el baremo subjetivo del interés del autor para concluir que en ambos supuestos quien había realizado la conducta prevista en el tipo penal aplicable sólo podía ser considerado como cómplice atento la ausencia de todo interés personal en el éxito de la ejecución del hecho.

Uno de los procesos de mayor resonancia fue el seguido contra los altos funcionarios de la DDR. En esta ocasión el Tribunal Superior Alemán juzgó la participación de los integrantes del órgano central estatal encargado de la defensa nacional (*Nationale Verteidigungsrat*). Para ello comenzó por analizar la estructura política imperante en la DDR durante el período en el cual acontecieron los hechos.

Los acusados habían ocupado diversos puestos de importancia en el régimen comunista instaurado en el sector oriental alemán después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Para impedir la huida masiva de alemanes orientales, el Ministerio Nacional de la Defensa mandó construir diversos obstáculos en la línea fronteriza y envió tropas para reforzar este propósito. Los integrantes de dichas fuerzas militares, a cuyo cargo estaba la línea de frontera, fueron entrenados especialmente para evitar las fugas. Ellos fueron advertidos sobre las consecuencias que traerían aparejados los casos de exitosas irrupciones de la frontera y se los instruyó en

particular sobre la facultad de abrir fuego con sus armas automáticas, en caso de que los refugiados hiciesen caso omisivo a la orden de detenerse. De esta forma, expresó el tribunal, la indemnidad de la frontera (*Unverletzlichkeit der Grenze*) tenía rango de preferencia sobre la vida de las personas.

Luego de analizar las diversas posturas doctrinales en torno de la aceptación de la autoría mediata, cuando el ejecutor resulta ser plenamente responsable, el tribunal se inclinó por condenar a los integrantes del Ministerio Nacional de Defensa en calidad de autores mediatos. Para ello, con cita de algunos precedentes del tribunal, consideró el criterio de delimitación entre los casos donde se aplicó la autoría mediata cuando el intermediario (*Tatmittlers*) realiza de manera plenamente responsable el hecho ordenado por el *Hintermann*, en el caso de una estructura organizada, sea de naturaleza estatal, empresarial o en el marco jerárquico de la orden emanada, en este contexto el tribunal expone los siguientes argumentos: en el **CASO: Altos funcionarios de la DDR. sentencia del 26 de julio de 1994.**

“... Actuando el autor detrás del autor en un caso semejante -explica el tribunal- y con conocimiento de estas circunstancias, se aprovecha en especial de la disposición incondicional del ejecutor inmediato para realizar el tipo penal, y aquél quiere el resultado como producto de su propio accionar, entonces es autor en la forma de autoría mediata”.

“... El autor detrás del autor tiene en casos como el presente un modo decisivo y también una voluntad abarcadora del dominio del hecho, puesto de que él sabe que alcanza el dominio del hecho desde el intermediario, pero se representa a través de las condiciones en el marco de la decisión emitida contra derecho sin obstáculo en la realización de éste del resultado querido”.

El Tribunal Federal Superior señala, además, que una autoría mediata no es imaginable solo en estos casos de aparato de poder estatal, sino también en los delitos cometidos en el marco de organizaciones mafiosas:

“... en la cual la temporal y espacial distancia jerárquica que media entre la orden del responsable ubicado en la cúspide de la organización y el ejecutor inmediato hablan en contra de la coautoría funcional. También se soluciona así el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de la empresa económica. De acá proviene también así una comprensible autoría mediata en los casos tratados, cuyos hechos fueron tratados en la sentencia del BGHSt, donde el autor utiliza conscientemente para alcanzar su propia meta un actuar antijurídico del aparato estatal”.

Y prosigue el tribunal indicando que *“... Los imputados eran, como integrantes del Consejo Nacional de Defensa, miembros de un gremio, cuyas decisiones, que descansaban sobre el régimen de frontera de la DDR, eran presupuestos obligatorios para las órdenes fundamentales. Ellos sabían que las órdenes dadas serían*

ejecutadas por tratarse de decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de Defensa. Ellos estaban informados sobre las víctimas provocadas por la instalación de minas en la frontera y por las órdenes de disparo. Las ejecuciones de las acciones que condujeron de modo inmediato al homicidio, actuaron en una jerarquía militar de forma subordinada, en la cual su rol estaba fijado”.

En este sentido, si bien los imputados estaban subordinados a las órdenes del Secretario General Honecker, es decir, al funcionario de mayor importancia dentro del Estado y del Partido, aquéllos ejercían significativas funciones en ambos organismos.

Así, el Tribunal Superior alemán entendió que los imputados conservaban en sus manos el dominio del hecho, es decir, el dominio sobre la ejecución de las muertes acaecidas como consecuencia de los disparos de fuego realizados por los guardias de frontera y la instalación de minas antipersonales. Estas conductas fueron ejecutadas por subordinados que actuaron dentro de un estricto marco jerárquico y su poder de decisión estaba constreñido por las eventuales sanciones disciplinarias que acarrearían las fugas exitosas.

Una nueva ocasión para aplicar esta fórmula de autoría mediata en el cuadro de las organizaciones criminales se presentó en el proceso instruido contra tres acusados, todos ellos generales de la DDR a cuyo cargo estaba el cumplimiento de las llamadas *Jahrensbefehlen*, en particular de la 101/79, por numerosos homicidios y homicidios en

grado de tentativa acontecidos en la frontera interna de Alemania oriental. El *Landgericht* entendió que los acusados debían responder por dichos hechos delictivos en calidad de cooperadores.

El tribunal aplicó también acá la postura adoptada en la sentencia anterior¹², donde les imputó a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa los homicidios consumados y los tentados cometidos por sus subordinados en calidad de autores mediatos a través de un aparato de poder organizado.

En esta ocasión expresó que *"... El Ministro de Defensa y el jefe de las tropas de frontera, ambos responsables por la orden anual, son autores mediatos de los homicidios tentados y los consumados retrotraídos a la correspondiente orden anual. Intermediarios son los zapadores que instalaron o conservaron en buen estado los obstáculos minados en cumplimiento final de la orden anual. La condición de la orden estaba igualmente señalada por el régimen de frontera, que contenía las disposiciones sobre rescate y asistencia de los heridos"*.

También se planteo en este caso la posibilidad de aplicar el desistimiento en la tentativa de los homicidios en función de las

¹² Aclara Roxin, en *Juristenzeitung* (JZ) p. 49, Que esta postura no podría ser sostenida hoy en día con la actual redacción del artículo 25 del Código Penal Aleman, cuyo primer párrafo reza: "Será penado como autor quien cometa el hecho punible por si o por medio de otro". Sin embargo, esta observación no sería del todo correcta ya que la fórmula seleccionado por el Código Penal Aleman- "Por medio de de otro"- no impide que el autor se valga de otra persona para realizar el hecho típico sin interés o animus autoris los cual demostraría que es posible imputar en calidad de verdadero autor al que utiliza para sus propósitos criminales a otra persona plenamente culpable, sin tener ella el ánimo o interés exigido por esta doctrina.

disposiciones de rescate y asistencia de los heridos previstas por las órdenes anuales.

Al respecto dijo el Tribunal "... Será en el marco de una orden interna para matar dentro de un sistema organizado, así como en el caso de un homicidio tentado, que exista la posibilidad de salvar a la víctima de una tentativa (consumada) de homicidio, entonces se considera una salvación exitosa...".

La figura de autoría mediata se aplicó también en otro caso de disparos de arma de fuego realizados por los soldados de frontera en el denominado "Muro de Berlín"¹³. El 7 de febrero de 1966 un refugiado intentó traspasar la línea fronteriza, pero fue descubierto por dos soldados ubicados en una torre de observación que dispararon contra él y lograron herirlo de muerte. Este hecho le fue imputado al comandante del regimiento de frontera, a cuyo cargo estaba la vigilancia de la zona asignada -la denominada "West-Staaken"-, donde existía un perímetro minado y se habían instalado numerosos alambres de púas. Durante el transcurso de los hechos, el acusado disparó en varias oportunidades contra la víctima, primero con su pistola de mano y luego con una ametralladora Kalaschnikow, a la vez que otros soldados disparaban también contra aquélla, la que fue finalmente abatida por tres impactos mortales. El acusado

¹³ Tribunal Federal Superior Aleman (BGH), empleó, esta manifestación de autoría mediata para condenar a los responsables políticos de la ex República Democrática Alemana por la muerte de los ciudadanos alemanes orientales que intentaron traspasar el Muro de Berlín, en su malogrado intento de fuga hacia Alemania Occidental.

fue condenado por homicidio en grado de tentativa, sentencia que fue recurrida por el fiscal.

El Tribunal Federal Superior alemán consideró que el acusado podía ser responsable de la muerte de la víctima tanto en calidad de autor simple, como coautor o autor mediato.

Sobre esta cuestión el tribunal expresó que *"... El hecho basado individualmente en la orden de disparar le dio al acusado su dominio con dolo de homicidio condicionado. El acusado consideró la muerte del refugiado como el resultado deseado de los disparos efectuados, y así él tenía voluntad de autor. Este resultado debería producirse, según su representación, mediante los disparos dirigidos hacia la víctima. Así, el acusado no tuvo en cuenta en lo más mínimo que mediante los disparos realizados sin dolo homicida terminaron con la vida de la víctima... Cuando la víctima fue muerta mediante los disparos ordenados, que fueron realizados sin dolo homicida o sin finalidad alguna, esto representó únicamente para el acusado una desviación no esencial del representado proceso causal..."*.

Concluyó el tribunal que la orden de disparar dada por el acusado, en su condición de comandante, representa la realización a través de otro del tipo de homicidio, en la especie, gracias a los disparos efectuados por los soldados de frontera. *"... Para el dominio del hecho del acusado se considera también en esto si (en los casos de exceso del acusado) el actuante subordinado inmediato reconoció o*

pudo reconocer la eventual no obligatoriedad de la orden de disparo dada por el acusado...”.

En definitiva, el Tribunal Federal Superior Aleman (BGH) condenó al acusado por el homicidio consumado de la víctima y descartó así la aplicación del dispositivo de la tentativa acogida en la sentencia de la instancia inferior.

En otra sentencia sucesiva¹⁴, este mismo Tribunal Federal Superior confirmó las condenas pronunciadas contra dos soldados de frontera por el homicidio en grado de tentativa cometido en dos oportunidades. Según los hechos probados, el 12 de octubre de 1961 fueron heridos dos jóvenes berlineses orientales a consecuencia de los disparos de arma de fuego realizados por una patrulla de frontera cuando intentaron cruzar la frontera en el circuito Treptow y Neukölln. El Tribunal Federal Superior alemán entendió que los acusados actuaron bajo la forma de coautoría, por cuanto las circunstancias de modo de ejecución de los disparos revelan que ellos actuaron de forma coordinada y que los disparos fueron realizados de forma conjunta ubicados uno al lado de otro. Dijo el tribunal al respecto, para rechazar las pretensiones del apelante, *“... Los disparos que efectuaron los imputados B o S contra el refugiado E., no podrían ser imputados, según el recurrente, en el sentido de la coautoría (Nº 25, párrafo 2 StGB)... Pero no resulta de los hechos probados que*

¹⁴ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985, por el Tribunal federal Superior Aleman contra los integrantes de las últimas Juntas Militares, que gobernaron dicho país desde el 24 de marzo de 1976. Edit. Congreso de la Nación, p. 149.

hubiese habido o se hubiese originado entre los miembros de los transportes de policía un acuerdo expreso o implícito para realizar los disparos contra el refugiado G. desde el otro de los transportes de policía de donde también le habían disparado al refugiado E. Una semejante y trabajosa realización conjunta podría ser considerada posiblemente si los disparos efectuados contra los refugiados les habrían impedido su libertad de movimiento y con esto también la pérdida de chance para el restante refugiado”.

Asimismo, el tribunal desechó el argumento de la defensa que postulaba su desacuerdo con la aplicación de la forma de coautoría, por entender que dicha calidad se basaba únicamente en la mera pertenencia de los imputados a los grupos armados fronterizos. La autoría mediata a través de un instrumento que actúa de forma antijurídica y plenamente responsable tuvo una nueva aplicación en el caso del fraude en las elecciones celebradas en la DDR.

En esta oportunidad el Tribunal Superior alemán juzgó el fraude electoral cometido por funcionarios del Partido Único Socialista alemán -*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* o SED- durante los comicios del 7 de mayo de 1989 celebrados en el circuito de Dresden. Estos funcionarios fueron condenados en primera instancia en calidad de instigadores. En relación con esto, el tribunal dijo que “... *Una participación de M. mediante una instigación o cooperación en el fraude electoral de B.s. y W.s. puede ser examinado también bajo un punto de vista jurídico. Según el Código Penal de la*

República Federal de Alemania, es posible también una autoría mediata en el intermediario plenamente responsable. Esto sucede para el caso del autor detrás del autor en autos, cuando éste incorpora como autor inmediato el accionar del intermediario en una determinada estructura de organización o jerarquía de orden y el autor detrás del autor se sirve de ella mediante la existente limitación del ámbito y la disposición incondicional del autor para la obediencia en la realización del hecho. Un semejante «dominio de organización» podría existir en M., porque los participantes de la comisión de la elección ejecutaron la falsificación en virtud de la consumada disciplina partidaria existente entre éstos y aquéllos. M. había mencionado, en su declaración del 2 de mayo de 1989, que la celebración de los comicios estatales no podría aportar ningún otro resultado eleccionario, “el que no sea dejar en el cargo al respectivo primer Secretario del SED”. El acusado tenía, en su calidad de alto representante del SED, la responsabilidad política inmediata sobre el resultado de la elección de su circuito. Éste aceptó finalmente las manipulaciones eleccionarias demandadas por la dirección del partido y se involucró permanentemente, según le fuera requerido, a través del comisionado, como se comprobó en cuatro casos, según la sentencia, a título de instigación”¹⁵.

¹⁵ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985, por el Tribunal federal Superior Aleman contra los integrantes de las últimas Juntas Militares, que gobernaron dicho país desde el 24 de marzo de 1976. Edit. Congreso de la Nación, p. 307.

En otro pronunciamiento del Tribunal Federal Superior alemán se revisó la sentencia dictada por el *Landgericht* de Berlín que condenó a algunos soldados de frontera por la muerte de un desertor del ejército que intentó cruzar la frontera interna alemana¹⁶. Según los hechos probados, el 25 de abril de 1966 un soldado intentó cruzar el sector fronterizo de Berlín Oeste, pero fue muerto a consecuencia de los disparos de arma de fuego efectuados por los soldados de frontera. En esta ocasión, la víctima pertenecía a la *Nationale Volksarmee* y prestaba servicios en una de los puestos de vigilancia situados a lo largo de la frontera interna alemana. Durante la noche, la víctima intentó atravesar la frontera, vestido con su uniforme y portando un arma de fuego, pero fue descubierto por otros guardias -en total cuatro- que abrieron fuego en repetidas ocasiones contra aquél. Incluso, uno de ellos fue posteriormente condecorado y ascendido al cargo de suboficial. Este participante había sido absuelto por el homicidio doloso del desertor en razón de que el tribunal de la instancia inferior entendió que su comportamiento había sido justificado a la luz del derecho de la DDR, es decir por tratarse el fugitivo de una persona amada.

Así, el *Landgericht* aplicó, para justificar la conducta dolosa de homicidio cometido por este último, las "Prescripciones sobre Organización y Conducción de la Seguridad Fronteriza en la

¹⁶ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985, por el Tribunal federal Superior Alemán contra los integrantes de las últimas Juntas Militares, que gobernaron dicho país desde el 24 de marzo de 1976. Edit. Congreso de la Nación, Tomo II. p. 156.

Compañía de Fronteras” (*Vorschrift über die Organisation und Führung der Grenzsicherung in der Grenzkompanie*) del 8 de febrero de 1962 y la conducta de la víctima cumplió con el tipo delictivo del 4 párrafo segundo, de la ley militar de la DDR, del 24 de enero de 1962. Estas son algunos de los casos en los que se ha aplicado la teoría de la autoría mediata.

4.2.2.2. JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Argentina es el primero de los países sudamericanos donde se produjo una de las recepciones jurisprudenciales de la teoría del maestro Claus Roxin, ello a **raíz del golpe de Estado perpetrado el 24 de marzo de 1976** por parte de sectores de las fuerzas militares que truncó en forma ilegítima e ignominiosa el proceso democrático que se vivía por aquellos tiempos en el hermano país de la Argentina.

La Cámara de Apelaciones Federal de esta ciudad asumió la tarea de enjuiciar a los principales responsables de ese derrocamiento armado y, en especial, la responsabilidad por la muerte sistemática de millares de argentinos durante este último gobierno de *facto*.

La sentencia anotada pone de resalto que¹⁷: “... *La garantía de impunidad que se asegura a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de*

¹⁷ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Federal contra los integrantes de las últimas Juntas Militares que gobernaron Argentina desde el 24 de marzo del año 1976, dos tomos Impreso por la Imprenta del Congreso de la república de Argentina.

los hechos ante los pedidos de jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno”¹⁸.

Y agrega que: “... También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado”¹⁹.

El primer interrogante que se presenta en forma liminar para el tribunal es determinar el grado de participación criminal que les corresponde a los integrantes de las juntas militares por los hechos criminales acaecidos -y descritos- durante el período de facto.

La fiscalía argumentó que los acusados debían responder en calidad de autores mediatos por los crímenes cometidos por sus subordinados, basándose para ello en la utilización de un aparato

¹⁸ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Federal contra los integrantes de las últimas Juntas Militares que gobernaron Argentina desde el 24 de marzo del año 1976, dos tomos Impreso por la Imprenta del Congreso de la república de Argentina. Tomo II. p. 787 ss.

¹⁹ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Federal contra los integrantes de las últimas Juntas Militares que gobernaron Argentina desde el 24 de marzo del año 1976, dos tomos Impreso por la Imprenta del Congreso de la república de Argentina. Tomo II. p. 788 ss

organizado de poder que *“les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores”*.

En esta inteligencia, el acusador público interpretó que la categoría de autor mediato surgía del art. 514 del Código de Justicia Militar²⁰ y de la última parte del art. 45 del Código Penal. En este punto cabe resaltar que la postura de la Fiscalía hace suya la tesis de Zaffaroni en este tópico, el que argumentó en su obra la posibilidad concreta de extraer el concepto de autor mediato de las categorías de participación previstas por el referido art. 45²¹. Luego de analizar las diversas teorías ensayadas por la doctrina científica en materia de participación criminal, el tribunal toma franca postura por la tesis del dominio del hecho.

En este orden de ideas, los integrantes de la Cámara juzgaron que el art. 514 del citado ordenamiento legal recepta en su formulación un supuesto de autoría mediata. Para arribar a tal conclusión, la Cámara aceptó sin mayores prolegómenos que las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio (art. 878 del Código de Justicia Militar) Argentino. Asimismo, se afirmó que: *“... En efecto, los procesados se encontraban en pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y*

²⁰ El Art. 514 expresa en su texto que: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento en dicha orden”.

²¹ Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Federal contra los integrantes de las últimas Juntas Militares que gobernaron Argentina desde el 24 de marzo del año 1976, dos tomos Impreso por la Imprenta del Congreso de la república de Argentina. Tomo II. p. 790.

en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad esta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales”.

Dicho esto, el tribunal pretendió zanjar la delicada y debatida cuestión de la ausencia de dominio del hecho en la ejecución delictiva mediante la utilización de un instrumento doloso plenamente culpable (principio de responsabilidad personal), y aceptó sin mayor análisis la tesis de Roxin sobre la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Analizada y aceptada esta forma de autoría mediata, la Cámara Federal afirmó que el referido art. 514 del Código Justicia Militar recepta la eximente de obediencia debida. Así, el tribunal expresó que el art. 11 de la ley 23.049 dotó de una interpretación auténtica al citado art. 514, según el cual, “... *el subordinado debe responder del delito cometido si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes*”.

Según ello, continua diciendo el tribunal: “... *Las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituía la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En estas condiciones, es presumible que*

muchos subordinados puedan alegar en su favor la eximente de la obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron. Pero, aún así, no cabe duda de que hubo quienes por su ubicación en la cadena de mandos conocieron de la ilicitud del sistema, y hubo también quienes ejecutaron sin miramientos hechos atroces. De aquí se sigue que existen subordinados que no van a ser alcanzados por la eximente de obediencia debida, y que son responsables de los hechos cometidos junto a quienes impartieron las órdenes objeto de este proceso”²².

En este punto el tribunal deja sin responder este interrogante de forma satisfactoria y pasa inmediatamente a afirmar que los acusados, es decir los comandantes de las juntas militares, deben responder como autores mediatos, para lo cual carecía de importancia si los ejecutores eran, o no, personas libres y responsables. Resulta de importancia resaltar un párrafo de la sentencia en comentario donde se afirmó que: “... Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de

²² Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Federal contra los integrantes de las últimas Juntas Militares que gobernaron Argentina desde el 24 de marzo del año 1976, dos tomos Impreso por la Imprenta del Congreso de la república de Argentina. Tomo II. p. 805.

la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”.

Y se sostuvo que: “... En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que se han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de los que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria”.

A continuación, la sentencia en comentario aborda el problema de la falta de conocimiento por parte de los jefes de la junta de la existencia de cada uno de los hechos individuales y de la identidad de las víctimas, cuestión que el tribunal le resta toda importancia, apelando al concepto genérico de «subversivo» que utiliza la orden emanada de los mandos superiores, dejando libertad de acción a los estratos inferiores para determinar en qué casos ese apelativo puede ser aplicado en el contexto real.

Otra característica puesta de resalto por los jueces para fundar la autoría mediata es el llamado “dominio negativo del hecho”, vale decir, en palabras del tribunal, *“los comandantes siempre tuvieron en sus manos evitar la consumación de los delitos que se cometían. Le bastaba con ordenar la cesación del sistema”.*

Un punto de relevancia superlativa es el que introduce el tribunal al abordar la faz de impunidad que proporcionó el funcionamiento del sistema represivo respecto de los ejecutores. Así, explica el tribunal que: *"... Adviértase que mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder"*. A raíz de los recursos presentados por la defensa, la Corte Suprema de Justicia tuvo que expedir sobre la temática abordada en este trabajo²³.

En este pronunciamiento, el máximo tribunal puso en tela de juicio la teoría del dominio del hecho, e incluso rechazó, de acuerdo al lineamiento seguido por ella, la aplicación de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, concepto que fuera analizada y utilizado por la Cámara Federal, con base en el art. 514

²³ Fallos 309.2, p. 1689, del 30 de diciembre de 1986, en dicho pronunciamiento la Corte emitió un fallo conjunto donde puede apreciarse las distintas corrientes doctrinales en materia de autoría acogidas en la sentencia en comentario, y para una mejor ilustración, debe acudir a los votos individuales de cada uno de los ministros para poder perfilar las dos posturas ensayadas; La Primera liderada por el voto del Dr. Belluscio, quien rechazó la teoría del dominio de hecho y la aplicación de la autoría mediata. La segunda, por el contrario de acuerdo a los votos de los Drs. Fayt, Petracchi y Bacqué, aceptaron dicha teoría en toda su extensión, pero con base en el Art. 514 del Código de Justicia Militar que recepta la responsabilidad en calidad de autor del superior que emitió la orden.

del Código de Justicia Militar, concluyó con la condena de la totalidad de la cúpula castrense, en calidad de autores mediatos.

La mayoría de los integrantes de la Corte Suprema aclararon que: “... *Es oportuno destacar que la doctrina científica en el derecho comparado, no ha aceptado -en la legislación penal común- que el criterio del dominio del hecho sea decisivo para distinguir el concepto de autor del de partícipe*”²⁴.

Luego de realizar un estudio de derecho comparado sobre la aplicación de la teoría del dominio del hecho y las críticas efectuadas a ella, afirma: “... *Que el breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado revela las limitaciones de la teoría dominante en Alemania, que aprecia la cooperación necesaria como forma de autoría -por exigencia de su legislación- no obstante lo cual termina por reconocer que la inmediata realización del tipo implica la presunción irrefutable del dominio del hecho, aun en los supuestos de coautoría, a la cual amplía con la cooperación necesaria en los casos de ‘división de funciones’, siempre que no se trate de hechos preparatorios y respetando las limitaciones establecidas para la autoría mediata. Sólo una minoría numérica de autores alemanes, que no encuentran correspondencia destacada en la jurisprudencia del Tribunal Federal Superior (Roxin, ‘Täterschaft und Tatherrschaft’, p. 242), no obstante*

²⁴ Fallo 309.2, p. 1689, del 30 de diciembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Considerando 20 y 21.

*la amplitud del párrafo 25, I, segunda parte, y II del código alemán de 1975, parten de un concepto más amplio de autoría mediata y sostiene, como el a quo, que tal autoría se da en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada*²⁵.

La postura de la Corte Suprema se encolumna detrás del rechazo de la aplicación de la figura de la autoría mediata, con el argumento de que: *"... En las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesario, y no autores en los términos del art. 45 del Código Penal, porque éstos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (art. 43 del Código Penal) y consumación (art.45))* (Núñez, "Manual de Derecho Penal", 3.a. ed., 1984, Editorial Lemer, págs. 300 y ss).

²⁵ Fallo 309.2, p. 1689, del 30 de diciembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Considerando 20.

A continuación pasa a desechar la elección de la autoría mediata realizada por la Cámara Federal sobre la base de la aplicación extensiva de la forma de autoría en la que se habría incurrido en la instancia anterior, por un lado, y la contradicción de afirmar la existencia de dos autores responsables, es decir el autor mediato y el autor ejecutor, por el otro. Asimismo, criticó el alcance extratípico brindado al concepto del determinador (art. 45 CP), ya que ello importa aceptar idénticas reglas de participación para dos conceptos de naturalezas diversas²⁶.

La Corte concluye el análisis de la participación criminal al expresar que: *"... Cabe concluir en que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho, es decir, en el iter criminis, su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendiendo que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la*

²⁶ Fallo 309.2, p. 1689, del 30 de diciembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Considerando 28.

realización de la acción típica como ejecución. Por lo que corresponde modificar la calificación efectuada”.

Del argumento mayoritario de la Corte Suprema puede concluirse lo siguiente: Por un lado, el rechazo frontal a la teoría del dominio del hecho y, por consiguiente, a la aplicación de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder; por el otro, la expresa adopción de la teoría formal-objetiva como pilar conceptual para diferenciar al autor del partícipe.

4.2.2.3. JURISPRUDENCIA CHILENA

En Chile, la teoría del maestro Claus Roxin ha sido recogida en reiterada jurisprudencia, es por ello que los tribunales de la República de Chile, en relación a los aparatos de poder organizados, y en procedimientos especiales, no nombran pero reconocen al autor mediato al reflejar inequívocamente en su sentencia los elementos que configuran esta autoría, como ser maquinaria perfectamente ordenada –usualmente estatal-, ejecutor fungible y doloso, cadena de mando jerárquica, y tal sucede con el **fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que desafuera a Augusto Pinochet Ugarte, en el caso “caravana de la muerte”**, y que establece²⁷: “2° (...) la solicitud (...) atribuye participación criminal como autor inductor al (...) senador vitalicio, en (...) delitos de secuestros calificados reiterados (...) y de asociación ilícita (...) 12° (...) para

²⁷ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago: Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales, núms. 1 y 2, T. LIX, p. 198-203 – p. 202-203.

reputar autor, cómplice o encubridor al parlamentario sujeto a fuero (...) era público y notorio que (...) Augusto Pinochet Ugarte se desempeñaba simultáneamente como Presidente de la Hon. Junta Militar de Gobierno (...) y Comandante en Jefe de la institución castrense a la que pertenecía. En esta última calidad tenía la tuición directa de los Servicios de Inteligencia del Ejército y era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempo de guerra (...) pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades. 13°) Que el carácter de Presidente de la Hon. Junta Militar de Gobierno (...) Augusto Pinochet Ugarte (...) lo mantuvo hasta fines de mil novecientos setenta y cuatro (...) 14°) (...) en las dos motivaciones precedentes, nace la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio, la que se apoya en aquella delegación de sus funciones jurisdiccionales como jefe máximo de los tribunales militares en tiempo de guerra que exhibió el general Sergio Arellano Stark (...)"²⁸.

Eso sí, no deja de alarmar en este fallo la disidencia que desconoce que la presencia de un agente doloso es elemento integrante de esta autoría mediata -en que de suyo no hay coacción ni engaño en relación al ejecutor- y porque de ese modo niega el concepto mismo

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2000; en www.anfitrion.cl/actualidad/relación/jurisp.noticiosa/fallo.7.html. Fecha de acceso 04 de febrero del 2010. La corte de Apelaciones en fecha 08 de agosto del 2000 confirmó el desafuero y señala (Considerando 63, párrafo 2°), "... se encuentran acreditados hechos que se presentarían caracteres de delito (...) y como ellos habrían sido ejecutados por un grupo militar, bajo un mando superior (...)". En RIOS, Jaime: De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpressividad legal constituye una laguna de punibilidad". Polit, crim, N° 2. A4, p.1-23.

y generalmente aceptado de ella a través de aparatos de poder organizados y desde que, precisamente, afirma: "31º) (...) Apoyándose en el artículo 15 Nº 2 del Código Penal, algunos tratadistas han perfilado el concepto de "autor mediato", entendiéndolo como "aquel que en forma consciente y deliberada hace actuar por él a otro cuya conducta no reúne todos los requisitos para ser punible" (...) La circunstancia de que la doctrina coincida generalmente en que para que exista "autoría mediata" se requiere que quien ejecuta la conducta típica se valga de un tercero inocente (...), descarta absolutamente que tal figura sea aplicable (...) porque el (...) que el general Arellano y demás miembros de su comitiva estén sometidos a proceso como autores de los secuestros calificados impide que se les tenga como instrumentos inocentes, usados por el entonces General Pinochet, para cometer los citados ilícitos (...)."²⁹.

Este comentado reconocimiento del autor mediato, en procedimientos especiales, se repite en otras sentencias, y siendo una de ellas la que desafuera a Augusto Pinochet Ugarte por la llamada "operación Condor": "14º (...) el Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada (...), igualmente jerarquizada, en que (...) el

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2000: en www.anfitrion.cl/actualidad/relación/jurisp.noticiosa/fallo.7.html: Fecha de acceso: 04 de febrero del año 2010: más detalles del caso "caravana" en: <http://docs.tercera.cl/casos/pinochet/proceso/proceso.html>.

jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia (...) 15° *Que tales elementos de juicio (...) dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir, atendida su investidura (...) Por estas consideraciones (...), se declara que ha lugar a la formación de causa respecto de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (...)*".

Por último, una resolución, muy reciente, explícitamente condena al autor mediato a través de aparatos de poder organizados y pone en evidencia los componentes ya dichos de esta autoría: "20° (...) existió al menos dos tipos de autores (...): a) (...) directos y materiales (...) que son todos los participantes, menos el Comandante de la División Metropolitana de la Central Nacional de Informaciones (...); b) el autor mediato, quien dio las órdenes pertinentes, manteniendo siempre el control de todas las acciones (...), con lo que ha adquirido la condición antes señalada en los delitos investigados, al forzar a otros para su comisión, usando de su jerarquía y autoridad; 21° (...) En nuestra legislación, en la autoría mediata, el intermediador actúa dolosamente, y no como simple instrumento; tiene conocimiento de que comete un delito forzado o inducido y, por ende, si bien es mediador entre el que fuerza o induce y el resultado, es mucho más que un medio de ejecución, y por ello es también autor, pero inmediato." "El N°2 del artículo 15 consagra

*legislativamente lo que la doctrina denomina "el autor detrás del autor, con las siguientes características: a) Coexisten dos acciones, la del autor mediato, constituida por el empleo de la instigación, y la del autor inmediato, que materialmente realiza el hecho, y b) Tanto el autor mediato como el inmediato actúan dolosamente en el mismo sentido, (...) este último no es un instrumento (...), porque sabe lo que hace y la significación de su actuar (...). Se trata de dos acciones complementarias, de cuya concurrencia se requiere para la existencia del delito: sin el comportamiento del autor mediato no se incurriría en delito"*³⁰.

De la misma forma se tiene que dentro de la jurisprudencia Chilena respecto a la autoría mediata, se tiene el caso de la extradición del ex presidente Peruano Alberto Fujimori, donde el fallo indica que Fujimori actuó como autor mediato, ya que si bien no ejecutó directamente el delito, tuvo el "dominio del hecho ".Siguiendo a Roxin, indicó que junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio a través de un aparato organizado de poder, en el que lo característico es la fungibilidad del ejecutor directo.

El autor mediato conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. El autor mediato será entonces aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una

³⁰ Ministro en vista (Corte de Apelaciones de Santiago), 6º J. del Cr. Santiago, 26 de Julio de 2006. Rol Nº 39.122-D-87. En: www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/sentencia_homicidio.pdf. fecha de acceso 05 de febrero del 2010.

voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Finalmente sostuvo que, a diferencia de los restantes casos de autoría mediata, en estos coexiste la responsabilidad el ejecutor directo con la el autor mediato. Sin lugar a dudas, la Corte Suprema de Chile ha dado un salto cualitativo al invocar la teoría de Roxin del autor mediato que opera a través de un aparato organizados de poder. Sin embargo, a mi juicio, con similar argumentación bien pudo considerar a Fujimori directamente un coautor, siguiendo autorizada doctrina y jurisprudencia nacional y comparada. Volvamos ahora sobre el delito excluido, la asociación ilícita. Roxin señala que uno de los tradicionales aparatos organizados de poder es el propio Estado, "puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho". Entonces, si Fujimori comandaba un aparato organizado de poder y desde su posición de Presidente ordenó cometer delitos, no hay aquí una estructura jerárquica, permanente en el tiempo, dedicada, no exclusivamente pero sí en buena medida, cometer delitos en términos reales que satisfaga el delito de asociación lícita Chileno. La Corte no realizó en los delitos de corrupción el mismo análisis integral que hizo en el caso Barrios Altos-La Cantuta. La comisión de delitos a través de aparatos organizados de poder no es exclusiva de las violaciones a los derechos humanos. Si alguien controla un

aparato organizado de poder, no sólo puede violar derechos humanos, también puede enriquecerse ilícitamente y cometer otros delitos para asegurar su permanencia en el poder.

4.2.2.4. JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestro país la teoría planteada por el Jurista Claus Roxin también ha sido recibida, ello por cuanto dicha teoría se aplicado en dos casos emblemáticos dentro de nuestra jurisprudencia nacional, sin embargo no son éstos dos únicos casos en las que se aplicado la autoría mediata, si no también se han aplicado en los casos del ex jefe del servicio de Inteligencia Nacional Julio Salazar Monroe.

En la sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado 560-03) se plantea y acepta, por primera vez en nuestra jurisprudencia nacional, la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización. Conforme a dicha tesis, se imputa responsabilidad penal a **Abimael Guzmán Reynoso** por el delito de terrorismo a título de autor mediato por dominar la organización desde la cual se cometieron una serie de actos de terrorismo (Sendero Luminoso), sin que ello impida que los ejecutores materiales de los actos respondan también como autores (directos), y sin que entre ellos exista un régimen de coautoría. A los ejecutores se les imputa el delito como autores directos por tener el dominio del riesgo prohibido, es decir, el dominio del curso de riesgo en los actos terroristas. Al *organizador* (Guzmán Reynoso) se le imputa el delito por tener dominio sobre la organización. La

particularidad de este planteamiento radica en que, a diferencia de los tradicionales casos de autoría mediata, el ejecutor no puede ni debe ser calificado de instrumento, pues se trata de un sujeto que no actúa bajo ninguna causa que atenúe o exima su responsabilidad.

Los hechos que configuran la imputación contra Guzmán, según la SSPN, consisten en que, desde su posición como máximo dirigente de Sendero Luminoso, presidente del Comité Central, del Comité Permanente y del Buró Político (organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización) lideró la denominada lucha armada desde sus inicios, provocando, a través de actos terroristas cometidos por la organización criminal, alarma, temor, zozobra en la población, graves daños materiales y pérdida de vidas humanas. (MEINI, Ivan: Cometario a la Sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre del 2006, Expediente Acumulado 560-03: Dictada en contra de Abimael Guzmán: Revista de Derecho IDEHPUEP: Pontificia Universidad Católica del Perú 96 años) *"Asimismo, en su condición de máximo jefe de la organización se le imputa el hecho de haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños"*.

En la SSPN declara como hecho probado que Guzmán Reynoso *"(...) no sólo es en términos orgánicos el líder máximo y principal" de Sendero Luminoso, "(...) sino el artífice del llamado Pensamiento Gonzalo, del que se deriva la línea política general, a cuyo centro se encuentra la línea militar, conforme a la cual su*

organización decidió militarizarse y realizar acciones armadas en nuestro país". Así, Guzmán Reynoso "(...) no sólo aprobaba los planes militares u ordenaba la ejecución de concretos atentados, sino que también planificaba dónde, cómo, a quién y de qué manera se podían realizar determinados atentados". Guzmán Reynoso dominaba desde la cúspide del aparato toda la organización terrorista; emitía las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités. "No sólo ejercía ampliamente su capacidad de definición y decisión de las actividades ilícitas, en términos de dar órdenes directas o a través del desarrollo y aplicación del programa criminal, sino también se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización. (...) El dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas". Por último, en la SSPN se consigna que "(...) en el caso de la masacre a los pobladores de Lucanamarca y lugares aledaños fue la Dirección Central con (...) Guzmán Reynoso a la cabeza, quienes decidieron darle un golpe contundente (a los pobladores), a los que calificaba de mesnadas, por estar en contra

de su organización. Se trató de una acción en represalia porque los miembros de la citada comunidad campesina dieron muerte a un líder local de Sendero Luminoso”.

Esto significa que no habrá que buscar algún indicio de error, coacción o cualquier otro déficit en el ejecutor, sino que habrá que aceptar que los aparatos de poder son algo más que la simple sumatoria de sus miembros. En la propia SSPN se sigue esta línea, al establecerse que “(...) los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente “prestan sus servicios” y, por otro lado, que el hombre de detrás, al aprovecharse de la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué suponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto”. Así, si bien la organización no va a funcionar a no ser que sus miembros, con sus comportamientos, la hagan operativa, es verdad también que es la propia organización la que, merced a la jerarquía que detenta el hombre de detrás, y también debido a la comunicación e interacción entre sus miembros, propia de la división del trabajo, genera que su funcionamiento no se encuentre supeditado a la concreta voluntad de cada uno de sus miembros ejecutores y que, por el contrario, sea la propia maquinaria (con arreglo a las directrices que emite el hombre de detrás) la que busque su propio mantenimiento y funcionamiento automático.

Ahora respecto a la jerarquía que debe existir en el aparato de poder se establece que el dominio sobre la organización requiere la existencia de una férrea jerarquía. Esta jerarquía se advierte y capta en su verdadera dimensión si se analiza sin perder de vista el contexto en el cual se da: el aparato de poder. En el marco de un aparato organizado de poder y desde la perspectiva del hombre de detrás, la organización en cuanto mecanismo de poder que funciona automáticamente es ya un instrumento o herramienta de la cual se vale el autor mediato (MEINI, Ivan: Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal; Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, 2004, p. 264). Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva del hombre de detrás, los ejecutores pueden ser considerados también como una herramienta o instrumento, tan semejantes a los recursos financieros o materiales, pues todos por igual se utilizan para la consecución del plan. La relación entre quien domina la organización y el ejecutor, es que el primero domina y aprovecha el funcionamiento de la organización en la cual el segundo actúa. Si los ejecutores son los encargados de llevar a cabo las órdenes que se den, parece lógico que ellos sean una parte de la maquinaria que, desde el punto de vista de su funcionalidad, es importante que estén predispuestos a cumplir con su rol dentro de la organización. Esto implica que los ejecutores son parte de la organización a la cual voluntariamente *prestan sus servicios*, que el hombre de detrás (el

autor mediato), se *aprovecha* de la funcionalidad de la organización que presupone la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto.

En la Sentencia de la SPN se sigue este criterio y se sostiene que “(...) *el hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo de un modo indirecto, a través del aparato, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato*”.

Una de las consecuencias naturales de admitir la autoría medita en virtud del dominio de la organización es que dicho dominio lo pueden tener únicamente aquellas personas cuya posición al interior de la organización les permita aprovecharse del funcionamiento del aparato y, con ello, aprovecharse también de los cursos causales que se dan al interior de la organización, dentro de los cuales hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Esta posibilidad se apreciará con nitidez en los altos mandos, pues ellos tienen información, poder de mando, conocimientos sobre el funcionamiento de la organización y capacidad de dirección administrativa. Sin embargo, como bien se señala en la SSPN, nada impide que “(...) *la calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la*

organización recaiga sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el cual pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante es que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito". Si a lo dicho anteriormente se añade ahora otros datos comprobados en el juicio seguido contra la cúpula de Sendero Luminoso ("[...] la Dirección Central ejercía el poder real de dominio de toda la organización, pues se encargaba de presidir las reuniones con los organismos intermedios y de controlar la marcha permanente de todo el colectivo", "los actos terroristas se llevaban a cabo sobre la base de órdenes que se derivaban de decisiones de la Dirección Central y de los acuerdos del Comité Central, las que se traducían en directivas o consignas, las mismas que eran retransmitidas por los propios dirigentes a sus aparatos o transmitidas a través de enlaces a los diversos comités, para que éstos, dependiendo si era una orden para una concreta acción decidida o también planificada por la dirección o se trataba del desarrollo de una campaña, procedieran a reunir a los comités de acciones o a elaborar los planes operativos tácticos, reunir a los destacamentos o pelotones que ejecutarían las acciones, dependiendo si era en la ciudad o en el campo respectivamente, así como los "medios" (armas) y otros para la realización del ilícito (...)", "(...) la cúpula controlaba el accionar de los ejecutores, adoptando medidas correctivas cuando no se había cumplido con lo

planificado (...), “(...) el poder de decisión de la Dirección era tal, que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que sólo los miembros de la organización y particularmente sus dirigentes manejaban (...)”, “(...) la Dirección Central reconoció que se reservaba disponer determinadas acciones, que tuvo que hacer planes concretos para Ayacucho, Cangallo, cómo golpear, qué día golpear, dónde golpear, con qué fuerzas y qué golpear primero, qué golpear después (...)”), queda bastante claro que desde la posición que ocupó en el grupo terrorista, Abimael Guzmán Reynoso detentaba el dominio sobre la organización (Sendero Luminoso) (MEINI, Ivan: Comentario a la Sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre del 2006, Expediente Acumulado 560-03: Dictada en contra de Abimael Guzman: Revista de Derecho IDEHPUEP: Pontificia Universidad Católica del Perú 96 años).

De la misma forma se desprende que la tesis de la autoría mediata ha sido base fundamental para sentenciar al ex Presidente **Alberto Fujimori Fujimori**, en donde se señala que el autor mediato es aquel caso donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión ‘instrumento’ (VILLA STEIN,

JAVIER: *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 317 y ss), aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO (HURTADO POZO, JOSE: *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 471) y VILLAVICENCIO TERREROS (VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 471). Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces. La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita.

La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III³¹ y a lo expuesto en los párrafos anteriores de dicho Capítulo, se señala que está suficientemente acreditada. Al respecto, se aprecia los siguientes datos relevantes: *“El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta”. “Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando”*. De lo que se puede apreciar que la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder

³¹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N° AV 19-2001 (acumulado) del siete de abril del 2009: Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE. En www.pj.gob.pe; con acceso el 20 de febrero del 2010. (Sala Penal Especial de la Corte Suprema).

organizados tiene como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”. Es decir que posea una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten; al respecto también se señala en la sentencia que: *“En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos – de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretudo en la Capital de la República y zonas aledañas”. Y se sigue señalando “En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa”.*

Ahora bien como se ha podido apreciar durante la investigación respecto a la teoría de la autoría mediata se establece que el poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado; sobre ello también se resalta en la sentencia: *“En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para*

ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército". (...) "Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente. "Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales". (...) "Por lo demás, en todos los delitos sub iudice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan a firmar la

*posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios*³².

Como es de verse las características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros, y conforme se ha visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el mismo que se ha visto también en Chile, por lo que la tesis del Jurista Alemán Claus Roxin viene siendo adoptado en jurisprudencias múltiples.

4.2.2.5. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Los tribunales españoles jamás han condenado hasta ahora en aplicación de la figura de la autoría mediata, aunque sí se han referido a ella en algunas escasas resoluciones, sin embargo los Tribunales Españoles respecto a la autoría y participación han tratado de forma más caótica, *por lo que no se encuentra una línea jurisprudencial clara sino cantidad de soluciones dispares, de las que*

³² Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N° AV 19-2001 (acumulado) del siete de abril del 2009: Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE. En www.pj.gob.pe; con acceso el 20 de febrero del 2010. (Sala Penal Especial de la Corte Suprema).

solo se puede extraer la conclusión de que existen varias soluciones dominantes simultáneamente aplicadas.

La principal razón por la que **los tribunales españoles no han sentido nunca la necesidad de acudir a la figura de la autoría mediata por aparatos de poder es en mi opinión, debido a que manejan un concepto de coautoría tan amplio que aquella figura de la autoría mediata no les resulta necesaria.**

Aunque su TS repite sistemáticamente en todas sus sentencias desde finales de los 90 hasta la actualidad que aplica la teoría del dominio funcional del hecho en la coautoría, pretendiendo con ello haber abandonado la teoría del acuerdo previo que ideó la jurisprudencia española para hacer responder como autor al organizador, lo cierto es que en muchas sentencias aplica una versión propia de la teoría del dominio funcional que se aparta de la concepción mayoritaria en la doctrina. Aunque cada vez se pueden encontrar más sentencias en las que se analizan correctamente los elementos de esta figura: el acuerdo de voluntades, la aportación durante la fase ejecutiva y su esencialidad, en otras muchas prescinde de analizar porque da por supuesto o incluso de exigir la esencialidad de la contribución, conformándose con que esta se preste en fase ejecutiva según el plan común e incluso encontramos sentencias en que aprecia coautoría y considera que todos los intervinientes tenían el dominio del hecho cuando existió un mutuo acuerdo entre los intervinientes en el cual se repartieron los papeles

que debían representar cada uno y aunque alguno de ellos haya actuado exclusivamente en fase preparatoria. Así por ejemplo condenan como coautor a quien solo ha participado en la organización y planeamiento del delito, afirmando que tal sujeto tenía el dominio del hecho como los demás intervinientes. De manera no habiendo la tendencia de la recepción de la tesis de la autoría mediata en España, no existe jurisprudencia alguna al respecto, siendo que la corriente adoptada para los tribunales españoles la tesis del Jurista Gunter Jakobs que plantea que la comisión de un delito debe analizarse como un "todo" donde la aportación concreta ha de medirse no por su fuerza o intensidad, sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo. Influjo que ostentaría el hombre de detrás (JAKOBS, Gunther: *Strafrech allgemeiner Teil: Die Grundlagen un die Zurechnungslehre*, 2º Edic. Walter de Gruyter, Berlin. New York, 1991, p. 456). En palabras del profesor alemán desde el momento en que el concreto ejecutor es plenamente responsable, cierra toda eventual consideración del mismo como instrumento. Y con ello, no podría existir un "autor mediato".

4.3. UNIDAD DE INVESTIGACION III: PERSPECTIVAS FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMEN ORGANIZADO.

4.3.1. FORMAS.

4.3.1.1. ORGANIZACIONES TERRORISTAS.

4.3.1.1.1. DEFINICION.

Las organizaciones terroristas, son aquellos grupos que utilizan violencia y amenaza como estrategia para cumplir sus objetivos, el terrorismo es una acción política que rompe las reglas establecidas en un sistema político.

Los terroristas intentan utilizar la violencia como una táctica política legítima pese a que todas las sociedades del mundo condenan este tipo de actos. Los terroristas evitan (o se excluyen o son incluidos) de los canales tradicionales de negociación política. El terror es una estrategia de una organización débil para atacar un objetivo poderoso, el terrorismo es también una táctica que no solo emplean grupos armados. También los gobiernos pueden cometer actos terroristas, denominándose así terrorismo de estado, que es el uso de la violencia ilegítima por parte de un gobierno contra individuos o grupos de la población (BARTOLOME, M.C.: La Seguridad Internacional Después de la Guerra Fria. Bs. As. Instituto de Publicaciones Navales, p. 39). Contrario a los principios políticos democráticos, el terrorismo de estado se utiliza sobre todo en regímenes autoritarios o totalitarios, que

sobreviven en parte en gracia a que instauran el miedo y la intimidación entre su población, este tipo de terrorismo de estado lo podemos encontrar en regimenes de izquierda como los de Korea y la antigua Union Sovietica o en regimenes de extrema derecha como la Alemania –Nazi o la de Saddam Husein , ahora en nuestros días se utiliza el terrorismo de estado para mantenerse en el poder.

El comportamiento de las organizaciones terroristas, como hemos señalado se basan básicamente en el uso real o amenaza de recurrir a la violencia con fines políticos que se dirige no sólo contra víctimas individuales sino contra grupos más amplios y cuyo alcance trasciende con frecuencia los límites nacionales. El término implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras y a veces tienen como objetivo fomentar la revolución. El terror de Estado, ejercido por un Estado contra sus propios súbditos o comunidades conquistadas, se considera a veces como una modalidad de terrorismo. Más que la realización de fines militares, el objetivo de los terroristas es la propagación del pánico en la comunidad sobre la que se dirige la violencia. En consecuencia, la comunidad se ve coaccionada a actuar de acuerdo con los deseos de los terroristas (ATLIAN, J.G. Anotaciones en Tomo al Crimen

Organizado, La Seguridad Nacional y la Política Internacional en Relación al tema de la Drogas Psicoactivas: Una aproximación Conceptual a partir de la Experiencia de Colombia. Documentos de Trabajo del Departamento de Humanidades de la Universidad de San Andres. Bs. As. 1999. p. 198). El terrorismo extremo busca a menudo la desestabilización de un Estado causando el mayor caos posible, para posibilitar así una transformación radical del orden existente. También se tiene algunas definiciones como el de:

Brian Jenkins: La definición del terrorismo es "el uso calculado de la violencia o de la amenaza de la violencia de inculcar miedo; se prepuso forzar o intimidar a gobiernos o a sociedades en la búsqueda de las metas que son generalmente políticas, religiosas, o ideológicas." Esta definición fue hecha a mano cuidadosamente para distinguir entre el terrorismo y otras clases de violencia. El acto del terrorismo es independiente definido de la causa que lo motiva. La gente emplea violencia del terrorista en el nombre de muchas causas. La tendencia a etiquetar como terrorismo cualquier acto violento de el cual no aprobemos es errónea. El terrorismo es una clase específica de violencia. El terrorismo es el uso ilegítimo de fuerza para lograr un objetivo político cuando las personas inocentes son los afectados.

Walter Laqueur: El terrorismo es el asesinato sistemático, la mutilación criminal, y amenaza del inocente para crear miedo e intimidación para ganar un acto político o táctico y para ser ventajoso, normalmente para influir a un público.

James M. Poland: El terrorismo es el uso ilegal o amenaza de violencia contra personas o propiedad. Normalmente se piensa que intimida o coerce a un gobierno, individuo o grupo, o para modificar su conducta o política.

4.3.1.1.2. ESTRUCTURA.

Las Organizaciones terroristas, adoptan formas y estructuras convencionales, **de carácter piramidal**, desde cuyo vértice superior van desgranándose una serie de estructuras, subestructuras, aparatos, etc. hasta llegar al nivel inferior donde se desarrolla el último eslabón, formado por grupos, comandos o células. Así, la Organización desde que su General y/o líder adoptan la decisión correspondiente, pasaba la orden de realizar una serie de atentados a través de la larga cadena de mando, estructuras y aparatos, hasta que una determinada célula en cualquier lugar ejecuta la acción. Este esquema de funcionamiento, con organismos y estructuras concretas, ha sido definido en distintos momentos como parte finita o estructura formal. En la actualidad, esta estructura convencional, ha sufrido una evolución tal que resulta extremadamente difícil para ser percibida, tanto por los

distintos servicios de inteligencia internacionales como por la ciudadanía.

Estas células mantienen una serie de características generales: estanqueidad, autonomía y autosuficiencia. No mantienen relación orgánica con ninguna otra célula o aparato, y son absolutamente autosuficientes, desde su creación, maduración y desarrollo ideológico, obtención de explosivos, reparto de tareas y elección de objetivos militares. Este nuevo modelo de estructura desestructurada, estaría perfectamente prefigurada en lo que a principios de la década de los 90 se definía teóricamente por parte del colectivo como "múltiple infinito": progresión geométrica con capacidad ilimitada a nivel planetario. Desde una perspectiva local, los grupo terroristas no son una Organización terrorista ajena a este proceso de evolución y transformación, y en este nuevo milenio ha pasado de representar una estructura piramidal formal a adoptar formas de estructura rizomáticas, al objeto de eludir la acción de sus enemigos militares (Dirección General de Terrorismo Internacional y Delitos Complejos: Informe Zona "Triple Frontera" Panorama Actualizado de la Región. Dirección General de Terrorismo Internacional y Delitos Complejos; 2002, Revista Académica, SIN. p.35).

Las organizaciones terroristas siempre ha mantenido dos aspectos en liza; la parte teórica y dirigente, la Dirección, y la

parte práctica y operativa, sus Comandos. Así, se ha podido observar que la Dirección se ha desdoblado en un Aspecto Perceptible y otro Aspecto NO Perceptible.

El Aspecto Perceptible, es la cabeza visible de la organización, a quien se atribuye la jefatura de toda la estructura militar. El Aspecto NO Perceptible, es la verdadera Dirección de la Organización, la cual permanece oculta al no mostrarse visible en la realidad cotidiana de la actividad organizativa. Esta parte invisible a su vez, también se divide en dos: Comité Ejecutivo (donde se toman las decisiones de relevancia y Aparatos (organización estructural de medios materiales, económicos...)). Ambas partes gozan de una relativa "comodidad clandestina", al permanecer fuera del ámbito habitual, incluso fuera del Estado. El Aspecto Perceptible, es la parte apreciable dentro del campo de acción, y está formada por personas que desarrollan una actividad *clandestina* y a la vez *visible* a las investigaciones policiales. Todo ello con un doble objetivo: mayor seguridad (parte oculta) y garantizar así la continuidad de la lucha.

Esta parte constituye una línea de cortafuegos y de salvaguarda de la parte no visible, donde se oculta el verdadero generalato de esta Organización, y está formada por un Jefe y una serie de colaboradores inmediatos. Se trata de jóvenes de un cierto grado de experiencia y conocimiento

mínimo, normalmente al haber intervenido como liberados en alguna campaña, y que les permite impartir cursillos, sustraer vehículos, y otras *habilidades* que posibilitan su gestión. Es decir, militantes de contrastada experiencia militar, pero de reciente llegadas a su territorio.

Este Aspecto Perceptible presenta las siguientes características (Revista ARI, Num. 82. Artículo publicado por Fernando Reinares. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicas. 2005. p. 45):

- ESTANQUEIDAD.- No tiene relaciones orgánicas visibles permanentes/constantes con la parte superior u oculta, salvo informáticas, telemáticas, puntuales.
- AUTOMATICIDAD.- Garantiza el relevo automático en caso de detenciones.
- AUTOSUFICIENCIA.- Se trata de un órgano autosuficiente y sin relación (mínima) con otros aparatos. Así este mismo es totalmente independiente para realizar captaciones, generar informaciones, sustraer vehículos, gestión de material (confección y reparto), impartir cursillos, gestión de miembros en reserva, etc.
- AUTONOMÍA: A partir de unas órdenes generales, salvo excepciones, tienen capacidad para la

elaboración de informaciones de objetivos, captaciones, movimientos, etc.

- VISIBILIDAD.- Es la parte perceptible, porque mantiene citas con comandos, legales, reparte explosivos, etc., y quien está expuesta a un mayor riesgo de detección, investigación y caída.
- CADUCIDAD.- No tiene un recorrido concreto y definido en el tiempo: hasta su caída.

Pero la característica más importante de este aspecto sería la MULTIPLICIDAD: diferentes micro-organizaciones dentro de la Organización, que tras la caída de una, se activaría una segunda de forma automática y perfectamente activa, garantizando así la continuidad militar. La Dirección, el verdadero jefe militar de la parte oculta, activa de nuevo el sistema, poniendo en funcionamiento una nueva micro-organización terrorista de las varias que pueden estar ya diseñadas y preparadas, nombrando un nuevo Jefe con un perfil similar. Ésta será la nueva cara visible del aparato, el nuevo cortafuego, que muestre su rostro ante los nuevos acontecimientos que generan la actividad clandestina, y que salvaguarda a los verdaderos dirigentes, que disponen de mayor movilidad, tranquilidad y mínimo riesgo.

Este sistema de *visualización* de ciertos aspectos de la clandestinidad y *ocultación* de otros más relevantes, es decir,

facilitación de la *vulnerabilidad* de unos para incidir en la *inmunidad* de otros, explicaría las sucesivas caídas de múltiples aparatos y sus jefes militares durante estos años, sin consecuencias operativas irreversibles a corto/medio plazo.

Un nuevo sistema de estructura organizativa, diseñada en el plano *teórico* y trasladada a la *práctica* terrorista, a partir de un sistema de *visualización* y *ocultamiento* de niveles de estructura, que no son otra cosa que factores desorientadores a la lógica tradicional insertado en rígidos esquemas de pensamiento de sus adversarios (las instituciones democráticas), y que impiden a éstas obtener una imagen real del enemigo al cual han de batir. Mientras que las instituciones (incluso las encargadas de velar por la seguridad de la ciudadanía) siguen percibiendo a las organizaciones terroristas con estructura piramidal en el sentido convencional, conformada por los clásicos comando, a lo sumo, se ha empleado el término "complejo", pero sin dotarle de un contenido concreto (NOSIGLIA, Julio E. Botin de Guerra, Buenos Aires: Cooperativa Tierra Fértil, 1985. p. 184).

Las organizaciones terroristas han evolucionado al compás de los tiempos y de manera concordante con la propia evolución de otras organizaciones y de forma similar a otras organizaciones terroristas modernas como Al Qaeda, se ha empleado a fondo en distorsionar su propia imagen, al objeto

de evitar que el enemigo tenga conciencia precisa de la verdadera dimensión de su oponente: lo que se puede definir como un rizoma de guerra en constante evolución.

4.3.1.1.3. ORGANIZACIONES TERRORISTAS EN AMERICA.

a.- MOVIMIENTO REVOLUCIONARIO TUPAC AMARU (PERU).

El Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) es una organización terrorista peruana, fundada en 1984 e inspirada en las guerrillas izquierdistas de otros países de la región, que inició su accionar terrorista en julio de 1985. En la actualidad, esta organización se encuentra casi desarticulada en el plano militar, pero subsiste en alianza con el narcotráfico y hay indicios de que algunos de sus miembros están intentando reconstituir la estructura organizacional, infiltrándose en organizaciones civiles de extrema izquierda³³.

En conjunto con otras agrupaciones terroristas autodenominadas revolucionarias de la misma época como Sendero Luminoso, el MRTA se sirvió de asesinatos y atentados con coches bomba para aterrorizar a la población urbana. Al mismo tiempo, funcionaron guerrillas de este grupo en las regiones de la selva alta peruana. El MRTA fue liderado

³³ Corte Suprema incrementa condenas a Víctor Polay y a cúpula del MRTA; Andina, El Comercio, 24 de Junio del 2008, consultado el 15 de febrero de 2010. (Biblioteca Municipal Puno); La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió la resolución en la cual dispone en última instancias incrementar hasta por 35 años la condena impuesta a Víctor Polay Campos, así como al resto de la cúpula del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), confirmando además la calificación de grupo terrorista.

por Víctor Polay Campos y, tras su captura y encarcelamiento en julio de 1992, por Néstor Cerpa Cartolini, hasta la muerte de este durante la toma de la embajada japonesa en Lima el 22 de abril de 1997.

Las acciones más importantes de este grupo fueron asesinatos de policías, militares y civiles, atentados con coches bomba, secuestros, el derribo de torres de alto voltaje e incursiones con armas de guerra en centros urbanos, incluyendo a Lima. Dichas acciones fueron el principal mecanismo para hacer notar su descontento con sectores públicos y privados peruanos. Se estima en 10.000 (de acuerdo con la Comisión de la Verdad) las víctimas de sus acciones a lo largo de los años. A diferencia del movimiento senderista, los militantes del MRTA vestían uniforme para no ser confundidos con la población civil en las zonas altoandinas, pero en las ciudades se encubrían entre la población civil.

Su principal accionar en sus últimos años fue en diciembre de 1996, cuando un grupo armado del MRTA tomó la residencia del embajador japonés en Lima y capturó a 600 rehenes pertenecientes a los sectores más encumbrados de la vida política y económica peruana, en lo que fue la última gran acción terrorista en la historia del Perú. A partir de esta incursión, empezaría la desarticulación casi total del MRTA. El

hecho tuvo como desenlace el asalto de la embajada por fuerzas especiales del Ejército peruano, en la Operación Chavín de Huántar. Durante el operativo militar, murieron los 14 terroristas, un rehén y dos comandos, siendo presidente de Perú en aquel entonces Alberto Fujimori.

b.- SENDERO LUMINOSO (PERU).

Sendero Luminoso (cuyo nombre oficial dice ser *Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, PCP-SL*), es una organización terrorista peruana de tendencia maoísta. La meta de Sendero Luminoso era reemplazar las instituciones burguesas peruanas con un régimen revolucionario campesino comunista, presumiblemente iniciándose a través del concepto maoísta de la Nueva Democracia³⁴. Desde la captura de su líder, Abimael Guzmán Reynoso, en 1992, sólo ha tenido actuaciones esporádicas. La ideología y las tácticas de Sendero Luminoso han tenido influencia sobre otros grupos insurgentes de corte maoísta como el Partido Comunista de Nepal y otras organizaciones afiliadas al Movimiento Revolucionario Internacional. Ampliamente condenado por su brutalidad, que incluye violencia aplicada contra los campesinos, dirigentes sindicales, autoridades elegidas popularmente y la población civil en general, es considerada

³⁴ Comisión de la Verdad y Reconciliación: Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Tomo II. Capítulo 1. Los Actores armados. El Partido Comunista del Perú.

una organización terrorista por el gobierno del Perú, además de la Unión Europea y Canadá los cuales prohíben proveerle de fondos u otro apoyo financiero. Además de esto, Sendero Luminoso está en la lista de organizaciones terroristas extranjeras del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

El grupo comunista Sendero Luminoso fue fundado a finales de la década de 1960 por el entonces profesor de filosofía Abimael Guzmán (referido por sus seguidores con el pseudónimo de *Presidente Gonzalo*), cuyas enseñanzas crearon los fundamentos para la doctrina maoísta de sus militantes. Fue una organización que se separó del Partido Comunista del Perú - Bandera Roja, que a su vez se separó del original Partido Comunista Peruano y que es la una derivación del Partido Socialista del Perú fundado por José Carlos Mariátegui en 1928.

Sendero Luminoso primero estableció una base en la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, donde Guzmán enseñaba filosofía. La universidad había sido recientemente reabierta luego de haber estado cerrado casi cincuenta años, y muchos de los nuevos estudiantes adoptaron la ideología radical de Sendero Luminoso. Entre 1973 y 1975, Sendero Luminoso obtuvo el control de los consejos estudiantiles de las universidades del Centro en

Huancayo y La Cantuta, y desarrolló una presencia significativa en la Universidad Nacional de Ingeniería y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (la más antigua de América), ambas en Lima. Algún tiempo después perdió varias elecciones estudiantiles en las universidades, incluyendo la de San Cristóbal de Huamanga (DEGRORI, Carlos Iván: *Harvesting Storms. Peasant and the Defeat of Sendero Luminoso in Ayacucho*, 1988, Duke University Press, p. 142), y Guzmán decidió abandonar las universidades para reconsolidar el partido.

A inicios de 1980, Sendero Luminoso tuvo una serie de encuentros clandestinos en Ayacucho, estos encuentros fueron conocidos como el Segundo Plenario del Comité Central. Se formó un "Directorio Revolucionario" que tenía naturaleza política y militar, y se ordenó a las milicias a trasladarse a áreas estratégicas en las provincias para iniciar la "lucha armada". El grupo también tuvo su "Primera Escuela Militar" donde los militantes fueron instruidos en tácticas militares y uso de armas. También se llevó a cabo la "crítica y autocrítica", una práctica leninista cuya finalidad es evitar repetir errores y purgar malos hábitos de trabajo. Durante la Primera Escuela Militar, los miembros del Comité Central cayeron bajo una gran crítica. Guzmán se libró de aquella

crítica y en base a ello emergió en la Primera Escuela Militar como el líder visible e incuestionado de Sendero Luminoso.

Dentro de sus acciones se puede remontar desde cuando el Perú llamó a elecciones por primera vez en doce años en 1980, Sendero Luminoso era uno de los pocos grupos izquierdistas que no tomaron parte y, en vez de ello, optaron por iniciar una lucha armada en las provincias norteñas del departamento de Ayacucho. El 17 de mayo de 1980, en la víspera de las elecciones presidenciales, Sendero Luminoso quemó las ánforas y las cédulas de votación en el pueblo ayacuchano de Chuschi. Este fue el primer acto de guerra llevado a cabo por Sendero Luminoso. Sin embargo, los autores del hecho fueron capturados rápidamente, nuevo material electoral fue llevado a Chuschi, las elecciones se llevaron a cabo sin mayor incidente y éste recibió muy poca atención en la prensa peruana. A través de los años de la década de 1980, Sendero Luminoso creció tanto en el territorio que controlaba como en el número de militantes que formaban parte de la organización, principalmente en la sierra central. Tuvo algún apoyo por parte de los campesinos que se obtuvo mediante la tortura y el asesinato de figuras de gran desaprobación en el campo. Por ejemplo, frecuentemente se mataron ladrones de ganado, cuyo crimen era considerado especialmente injurioso en las zonas pobres del Perú.

Asimismo se asesinó a los capataces de las granjas colectivas controladas por el estado y comerciantes acomodados que eran impopulares entre los campesinos pobres de las zonas rurales. Estas acciones causaron el apoyo de los campesinos a las acciones de Sendero Luminoso y alguna simpatía por su lucha, principalmente en los departamentos de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica. Sin embargo, sólo una pequeña minoría de campesinos adoptaron entusiastamente el pensamiento maoísta y la doctrina de Sendero. En abril de 1982, un grupo de senderistas tomaron por asalto la cárcel de la ciudad de Ayacucho, matando algunos efectivos policiales y liberando a varios senderistas detenidos en dicho establecimiento penitenciario. Este ataque fue el primer ataque estratégico de Sendero Luminoso y causó la primera reacción desmedida por parte de la Policía Nacional que, en venganza, atacó el Hospital de la misma ciudad y asesinó a senderistas internados en dicho nosocomio. Este episodio hizo evidente el hecho de que Sendero Luminoso representaba una amenaza para el Estado Peruano, el gobierno declaró en Estado de Emergencia todo el departamento de Ayacucho, disponiendo restricciones en los derechos civiles y políticos y otorgando el control a las Fuerzas Armadas. Como respuesta a la agresión, los militares organizaron una represión igual de violenta que acarreó muchas víctimas. La Comisión de la Verdad señaló

que ello se debió principalmente a la fractura social existente en el país y en el hecho de que, para los militares, ser campesino era sinónimo de ser senderista. Así, tuvieron lugar hechos represivos que asolaron comunidades campesinas enteras.

Por su parte, Sendero Luminoso continuó su lucha armada desde las zonas rurales e inició una temporada de aniquilamiento de autoridades civiles y políticas y todo vestigio de autoridad estatal. Asimismo asesinó a supuestos *soplones*, pobladores a quienes se les acusó de enviar noticias y apoyo logístico a los militares. En casos como el del pueblo ayacuchano de Lucanamarca, estas matanzas aniquilaron prácticamente a toda la comunidad. A partir de 1983 (el año de mayor número de víctimas) y en los siguientes años, los ataques de Sendero Luminoso no se limitaron al campo. Se perpetraron ataques contra infraestructura en las ciudades de Huancayo, Huancavelica, Cerro de Pasco, Huánuco, Andahuaylas, Abancay, Ayacucho y Lima. Así empezaron los ataques a las líneas de alta tensión que causaron *apagones* dejando a ciudades enteras sin energía eléctrica. Las estrategias de Sendero Luminoso incluían además la colocación de *coches-bomba* frente a objetivos estratégicos como fueron en 1985 el Palacio de Gobierno y el Palacio de Justicia. Asimismo, en diversas ciudades del interior del país,

llevó a cabo *paros armados* durante los cuales los senderistas tomaban el control de la ciudad y se suspendían todas las actividades productivas (GALVÉZ OLAECHEA, Alberto: Informe para la comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación Nacional, Manuscrito, Cajamarca, 2003). Durante este periodo, Sendero Luminoso también llevó a cabo atentados contra personas específicas, ya fueran dirigentes sindicales o dirigentes de partidos de izquierda o autoridades estatales. El 24 de abril de 1985, en vísperas de las elecciones presidenciales de ese año, Sendero Luminoso atacó a Domingo García Rada quien era Presidente del Jurado Nacional de Elecciones del Perú. La violencia senderista también asesinó sacerdotes católicos y pastores protestantes por considerar que su prédica era contraria a la doctrina del partido.

Para inicios de 1991, Sendero Luminoso presentaba mucha influencia en grandes zonas del país, principalmente en la zona central, aunque no se puede afirmar que ejercía total control sobre dicha zona. Mientras tanto sus militantes ejercían un culto a la personalidad alrededor de Guzmán. Para entonces la ideología de sendero dejó de ser el maoísmo y empezó a referírsele como *Marxismo-Maoísmo-Leninismo-Pensamiento Gonzalo*).

A pesar que la organización terrorista virtualmente ha desaparecido, una minúscula facción de Sendero Luminoso, denominada *Proseguir* continúa esporádicamente activa en la región de los ríos Ene y Apurímac en la zona andina oriental. Se cree que esta facción consiste de tres compañías conocidas como *Norte o Pangoa*, *Centro o Pucuta*, y *sur o Vizcatan*. De acuerdo con el gobierno peruano, la facción consiste de alrededor de 100 militantes de otras unidades regionales de Sendero Luminoso que fueron desactivadas. El gobierno señala que *Proseguir* actúa en alianza con narcotraficantes (El semanario "Cambio" identifica a las seis personas que aparecen en primer lugar en la lista. Los ciudadanos Chumbe y Achuy son identificados por el testimonio N° 149003, de la CVR).

El 2003, la Policía Nacional del Perú encontró y desinstaló varios campos de entrenamiento senderistas y capturó a varios miembros de esa organización. Asimismo liberó a un centenar de indígenas que estaban mantenidos en una virtual esclavitud. Hasta finales de octubre de ese año hubo en el Perú 96 incidentes con grupos armados. En lo que iba del año hubo 8 o 9 víctimas de Sendero Luminoso así como 6 senderistas muertos y 209 capturados. En estos últimos años se ha tenido aún la acción terrorista del 10 de octubre de 2008, Sendero Luminoso realizó un ataque contra un convoy

militar en el que murieron 19 personas, doce de ellas militares, además de un desaparecido y 11 heridos, en lo que se consideró el peor atentado desde hacía una década. El ataque se produjo en Tintaypunco, provincia de Tayacaja. Sendero Luminoso atacó el convoy con una carga explosiva para, después, disparar con armas de larga distancia a la línea de vehículos.

c.- FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA (COLOMBIA) –FARC.

Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC es un grupo guerrillero colombiano que se autoproclama marxista-leninista. Opera en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros que estuvo bajo el comando de Pedro Antonio Marín, conocido por los alias de Manuel Marulanda o Tirofijo hasta su fallecimiento en marzo de 2008, desde entonces su líder en jefe es Alfonso Cano. Las FARC son consideradas como una agrupación terrorista por 31 Estados (Colombia, Perú, Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea). Los gobiernos de otros países latinoamericanos como Ecuador, Brasil, Argentina y Chile no le aplican esta calificación. El Gobierno de Venezuela ha solicitado que se le otorgue un

estatus de grupo beligerante a las FARC y no las considera terroristas (MATTA ALDANA, Luís Alberto: Colombia y las FRAC-EP. Origen de la lucha Guerrillera. Testimonio del comandante Jaime Guaraca. Tafalla: Txalaparta argitaletxea. ISBN, Edit. Hula, p. 241). Hacen presencia en 10 de los 32 departamentos de Colombia sobre todo al sur y oriente del país, concretamente en Putumayo, Huila, Nariño, Cauca y Valle del Cauca. El gobierno de Colombia ha reportado la existencia de operaciones militares y campamentos en los países que tienen frontera con Colombia, como Venezuela, Ecuador, Panamá y Brasil. Sus acciones consisten en Narcotráfico, guerra de guerrillas y combate regular convencional así como técnicas terroristas, como el asesinato de civiles, miembros del gobierno, policías y militares, el secuestro con fines políticos o extorsivos, atentados con bombas o cilindros de gas, y actos que han provocado desplazamientos forzados de civiles.

Su número de efectivos varía según las fuentes, desde 6.000 hasta 16.000. Según un informe de Human Rights Watch, aproximadamente el 20-30% son menores de 18 años, muchos reclutados forzosamente.

Respecto a sus antecedentes históricos se tiene que en 1953 el General Gustavo Rojas Pinilla llegó al poder luego de un golpe de estado y buscó llevar a su fin la época de La

Violencia. Por medio de las amnistías, cerca de 5.000 guerrilleros liberales dejaron las armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) desconfió de la amnistía de Rojas Pinilla y se negó a entregar las armas, si bien hubo grupos que se declararon conformes con la amnistía. Durante las negociaciones varios de los grupos comunistas que seguían en armas se concentraron en Sumapaz donde, según su versión de los hechos, fueron atacados por fuerzas militares que usaron helicópteros y Napalm provisto por el gobierno de los Estados Unidos a través de la CIA. Estas guerrillas comunistas y varios liberales radicales de los cuales hacía parte el fundador de las FARC Manuel Marulanda, alias "Tirofijo", se retiraron hacia el sur, en la región de Marquetalia, donde establecieron lo que llamaron una "zona liberada". Luego crearon zonas similares en El Pato Caquetá, Riochiquito Cauca, Guayabero y el sudoeste de Tolima. Campesinos acosados por bandoleros y en algunos casos por el ejército colombiano se establecen en las llamadas "zonas liberadas", por lo que surgió una administración civil además de la armada. Surgen discrepancias teóricas y algunos grupos tratan de establecer una estrategia guerrillera ofensiva. Hecho por el cual fracasan el MOEC (Movimiento de Obreros, Estudiantes y Campesinos), el FUAR (Frente Unido de Acción Revolucionaria) y el Movimiento Vichada. El PCC asienta su

estrategia basada en la autodefensa armada y el ejemplo de las "zonas liberadas" Así, el grupo de las FARC-EP ha mantenido hasta la actualidad una insurgencia armada contra el Estado colombiano (El conflicto colombiano es calificado por varios analistas como guerra civil, sin existir consenso al respecto ni en Colombia, ni en el mundo). Es probablemente el conflicto bélico más prolongado del mundo junto con los desarrollados en Birmania y Cachemira.

Dentro de sus acciones se tiene que las FARC han utilizado carros o vehículos bomba en diferentes oportunidades, ocultando los explosivos dentro de un vehículo posteriormente abandonado o engañando al conductor del mismo para que lo transporte al lugar del atentado. En algunos casos han hecho explotar dichos vehículos remotamente, matando al conductor y provocando la muerte o heridas a transeúntes que se encuentren alrededor. Entre las variantes de este tipo de atentados se incluyen los animales bomba, carretillas bomba y según el Comandante de la Policía del Departamento de Arauca, coronel Luís Alcides Morales, también bicicletas bomba. El gobierno colombiano, y algunos países de la comunidad internacional, consideran estos actos como atentados terroristas.

En ninguno de los casos existen dudas sobre los responsables de los atentados. En varias ocasiones se ha llegado a

acusarse inmediatamente a las FARC-EP, sin que se haya comprobado plenamente su responsabilidad. Esto se debe en gran parte a que el ELN no ha cometido atentados terroristas desde hace mucho tiempo. A finales del 2006 se presentaron casos donde militares colombianos fueron investigados por la justicia colombiana por su presunta participación en el montaje de falsos atentados en la ciudad de Bogotá durante ese año, originalmente atribuidos a las FARC, la mayoría de los cuales habrían sido desactivados presuntamente para presentarlos como "falsos positivos" en beneficio de los involucrados.

4.3.1.2. ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO.

4.3.1.2.1. DEFINICION.

Las organizaciones de narcotráfico son aquellas que se dedican al comercio ilegal de drogas tóxicas en grandes cantidades. El proceso que comienza con el cultivo de las sustancias, sigue con la producción y finaliza con la distribución y venta suele ser realizado por diversos carteles que se especializan en cierta parte de la cadena.

Los grupos más grandes dedicados al narcotráfico suelen tener presencia internacional y ostentan un poder similar al de un gobierno. Sus integrantes cuentan con poderosos armamentos y sus líderes manejan inmensas sumas de dinero. Al ser ilegales, las drogas adquieren un gran valor económico. Existe una situación de escasez y los drogadictos

están dispuestos a pagar lo que sea para acceder a las sustancias. Por eso el narcotráfico puede ser un negocio tan riesgoso como lucrativo.

La falta de legalización de ciertas drogas, como la cocaína o la heroína, no es casual. Este tipo de sustancias generan daños gravísimos e irreversibles al consumidor. Por otra parte, su consumo genera violencia, impulsa el crimen y deja a una gran cantidad de gente fuera del sistema social. La mayoría de las legislaciones internacionales, por lo tanto, prohíbe la producción, distribución y venta de drogas, con la excepción de aquellas que se utilizan en la medicina y de algunas sustancias que son toleradas a nivel social (como el alcohol y el tabaco). Los consumidores, por lo general, no son penados, ya que se trata de enfermos que necesitan ayuda para su recuperación.

Los países del denominado Tercer Mundo, ubicados en Latinoamérica y Asia, suelen ser los productores de droga, mientras que los principales mercados de consumo se encuentran en Estados Unidos y Europa. Sin embargo, los cultivos de coca, adormidera o cannabis son indispensables para la fabricación de alimentos, bebidas y medicamentos en todo el mundo, y un sostén económico para las regiones productoras. Por otro lado, sustancias psicotrópicas tales como la dietilamida del ácido lisérgico (LSD), cuyo consumo

va en disminución; las anfetaminas y otras sustancias psicotrópicas de diseño y composición sintética o semisintética, como el "éxtasis" (MDMA), son producidas plenamente en laboratorios, principalmente en países desarrollados, y están sustituyendo a las drogas tradicionales como la cocaína.

Las organizaciones del narcotráfico (carteles), se dedica a esta actividad debido a que el tráfico de drogas cubre actividades que van desde la compra, el financiamiento y el transporte de la materia prima, los insumos, los productos y los subproductos, el establecimiento de laboratorios, operación de los mismos y aeropuertos clandestinos, hasta la creación de intrincadas redes de comercialización al mayor y al detal, de aparatos de violencia y de soborno a funcionarios y políticos y de mecanismos para el lavado de dólares. Por otra parte, dado su carácter de ilegalidad, conlleva el establecimiento de sociedades secretas, cerradas y selectivas, como ocurre con todas las mafias (BLANCOMELAS, Jesús: El Cartel: Los Arellano Félix, la mafia más poderosa en la Historia de América Latina, Mexico. D.F. Randon House Mondadori, 2004, p. 122). En la práctica, funciona como un mercado segmentado, con ofertas y demandas generadas en países distintos y muy localizados. En ese mercado, donde los protagonistas actúan con una gran racionalidad económica -

buscando optimizar sus beneficios económicos y políticos- funcionan dos sectores: uno oligopólico, que controla las actividades más rentables del negocio (refinación, transporte y distribución al por mayor del producto, así como de lavado de los beneficios) y otro, competitivo, formado por los numerosos cultivadores independientes de la coca, refinadores y comerciantes del PBC o pasta básica, y distribuidores callejeros de la cocaína al detal en los principales centros de consumo. La cocaína, el producto principal del proceso, se caracteriza, por tener una oferta elástica, debida a la alta rentabilidad del rubro en comparación con otros cultivos y por la disponibilidad relativa de mano de obra y de tierra en los países productores, que son, a su vez, países pobres. Además, la cocaína tiene una demanda inelástica, por el carácter adictivo de la droga y por el gran número de consumidores con alto poder adquisitivo existente en los países industrializados o ricos. Los resultados globales del negocio son tan elevados, que lo han convertido en uno de los negocios más rentables del mundo.

4.3.1.2.2. ESTRUCTURA.

Las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas, es decir los cárteles del narcotráfico siguen teniendo una estructura un tanto tradicional: piramidal. En la base de la pirámide aparecen

colaboradores y distribuidores al menudeo que se encargan de la distribución de los estupefacientes.

En otro nivel se encuentra la red de corrupción de funcionarios públicos involucrados en la protección a los cárteles. Las organizaciones criminales cuentan con una base de sicarios y lugartenientes, y por debajo de los líderes de los cárteles, los operadores financieros. En algunos casos, cuando no hay un liderazgo único, se forma una estructura de consejo que administra la organización criminal, como ocurrió con los hermanos Arellano Félix.

De acuerdo con informaciones que se tiene, en lo que va del sexenio han sido detenidas 19 mil 93 personas relacionadas con los cárteles del narcotráfico, entre líderes, operadores financieros, lugartenientes y sicarios y funcionarios corruptos. Las estadísticas oficiales indican que el grueso de las detenciones fueron de "colaboradores y distribuidores al menudeo".

4.3.1.2.3. ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO EN AMERICA.

a.- CARTEL DE TIJUANA (MEXICO).

El Cártel de Tijuana, también conocido como el Cártel Arellano Félix (CAF), es una organización criminal mexicana dedicada al tráfico ilegal de drogas. Establecido en Tijuana, Baja California, sus operaciones se centran en la parte noroeste de

México. Sin embargo, compite en la demanda y movimiento de droga con los otros grandes cárteles en México, principalmente el Cártel de Sinaloa, que controla la parte poniente del país; el Cártel de Juárez, que controla la parte centro del país y el Cártel del Golfo, cuyo control se ubica en la parte este del país (AYALA ANGUIANO, Armando: *The Gringo Conexión: Los secretos del narcotráfico y los amos de la droga al descubierto*, Edit. Océano, Mexico, 2000, p. 49).

La historia y origen del cártel se remonta a la época del Cártel de Guadalajara, el cual en 1989 ante la captura de su líder de operaciones, Miguel Ángel Félix Gallardo, sería fragmentado en dos de los siete grandes cárteles en México. Por un lado, Joaquín Guzmán Loera alias "El Chapo" fundó el Cártel de Sinaloa en la ciudad de Culiacán, Sinaloa. Por otro, los hermanos Arellano Félix fundaron el Cártel de Tijuana con base de operaciones en la ciudad de Tijuana, Baja California.

Dentro de su historial de esta organización criminal también se tiene que Francisco Rafael Arellano Félix, alias *La Pancha*, es aprehendido originalmente el 7 de agosto de 1980 en San Diego, California, Estados Unidos al haber realizado la venta de 205 gramos de cocaína a un agente encubierto de la DEA. Tras obtener la libertad bajo fianza, huye a México evitando así ser sometido a un juicio federal. Posteriormente en diciembre de 1993 es reaprehendido por Policía Federal

Judicial en Tijuana, Baja California. Es sentenciado a diez años y tres meses de cárcel en el penal federal de alta seguridad del Altiplano en Almoloya de Juárez, Estado de México bajo los cargos de narcotráfico y portación ilegal de armas. En el 2004, a cuatro días cumplir su sentencia, Rafael Arellano Félix es notificado que es sujeto a detención provisional en vista de una solicitud de extradición por parte de Estados Unidos para ser juzgado por los delitos de narcotráfico y asociación delictuosa. El 6 de marzo de 2004, el juez penal aprueba la solicitud de extradición después de haber evaluada las pruebas presentadas por el gobierno de Estados Unidos. Además sustituye la detención provisional por la detención formal a fines de extradición. El 16 de septiembre de 2006 es extraditado a los Estados Unidos y es sentenciado a seis años de prisión el 15 de octubre de 2007, tras haberse declarado culpable de la venta de cocaína al agente encubierto de 1980. El 4 de marzo de 2008, las autoridades estadounidenses le otorgan la libertad y repatriación a México a través del Puente Internacional de Santa Fe entre El Paso, Texas y Ciudad Juárez, Chihuahua. Según Brian White, su abogado defensor, la libertad es alcanzada tras una reducción de la condena por buena conducta. Por haber cumplido su sentencia en México, la PGR afirma no requerirlo más para el

cumplimiento de condena alguna; gozando así de absoluta libertad.

b.- CARTEL DE SINALOA (MEXICO).

El cartel de Sinaloa es una de las organizaciones narcotraficantes más grandes del mundo, con presencia en 36 países y un fuerte poder en Sudamérica. Se dedica principalmente a la distribución de marihuana, cocaína colombiana, y heroína del sudeste asiático, aunque también produce sus propias anfetaminas, opio y marihuana (BLANCORNELAS, Jesús: El tiempo pasa. De Lomas a los Pinos, Serie el dedo en la Llaga, Edit. Océano, México, 1997, p. 213).

Esta asociación criminal se abastece de todas partes del mundo, y opera en la costa del Pacífico en México, y en células en partes de los Estados Unidos, como Arizona, Texas, California, Nueva York y Chicago, según autoridades norteamericanas. Su método preferido es cavar túneles que crucen por debajo de la frontera mexicano-estadounidense, y distribuir el tráfico a través de ellos.

A fines de los 80, el Cartel de Sinaloa ya era la organización de narcotráfico más grande de México, y en los 90 se la consideraba tan grande como el cartel de Medellín en sus mejores épocas. Entonces se la vinculaba al famoso Cartel de Juárez, en competencia contra sus rivales, los carteles de

Tijuana y del Golfo, rivalidades que aparecen retratadas en la película *Traffic*.

Su líder actual es Joaquín Guzmán Loera, alias "el Chapo", considerado un héroe casi mítico en la zona, una especie de Robin Hood narco, por su postura de no atentar contra inocentes y civiles. Fue arrestado varias veces y siempre logró escapar: en enero de 2001 huyó del penal de máxima seguridad de Puente Grande, Jalisco, y desde entonces vive prófugo de la DEA y elude distintas operaciones civiles y militares para atraparlo.

El Cartel de Sinaloa tiene su brazo armado en Los Negros, un grupo creado por Édgar Valdéz Villarreal (Alias "La Barbie", por su tez blanca y ojos claros) para contrarrestar a los Zetas, las fuerzas armadas del Cartel del Golfo. Ambos carteles se disputan la región de Nuevo Laredo por el control del narcotráfico.

c.- CARTEL DE MEDELLIN (COLOMBIA).

El Cártel de Medellín (o Cartel de Medellín de acuerdo a la pronunciación más habitual en Colombia), fue el nombre dado a la organización delictiva dedicada al tráfico de cocaína. Sus miembros más conocidos fueron Pablo Escobar como jefe máximo, Gonzalo Rodríguez Gacha, Carlos Lehder, y los Hermanos Ochoa (Fabio, Jorge Luís y Juan David)

(SALAZAR, Alonso: la parábola de Pablo, Edit. Planeta, 2001, p. 75).

El nombre de "cartel" se le dio por el esquema de operación en el cual los distintos *empresarios* compartían recursos tales como rutas, pero manejaban separadamente sus negocios. Recibe el nombre de la ciudad de Medellín, en la cual tuvieron su principal base de operaciones, siendo los Ochoa y Escobar oriundos de la región.

Su origen se remonta a mediados de 1976 cuando grupos de pequeños traficantes de drogas que traían base de coca de Perú y la procesaban en la ciudad de Medellín se empezaron a asociar para crear una empresa ilegal que debido a los impresionantes ingresos derivados del narcotráfico creció económica y militarmente. Su cabeza visible fue Pablo Escobar Gaviria (*El Patron*), originario de Rionegro, Antioquía; Gonzalo Rodríguez Gacha (*El Mexicano*) originario de Pacho, Cundinamarca quien ya había sido traficante de esmeraldas. Como socios capitalistas aparecen los hermanos Fabio, Jorge Luis y Juan David Ochoa oriundos de Medellín, Carlos Lehder de Armenia quien era un veterano traficante de marihuana que tenía acceso a los Estados Unidos, hablaba inglés, tenía socios compradores y entre muchas otras cosas una pista de aterrizaje en las islas Bahamas, importante escala de los fletes aerotransportados. En un segundo renglón se hallaba Gustavo

Gaviria y Roberto Escobar (*El Osito*) primo y hermano respectivamente de Pablo Escobar, se encargaron especialmente del manejo de la contabilidad. A ellos se suma una gran cantidad de jóvenes reclutados para diferentes fines y que llegaron a ser muy reconocidos por sus alias. En un momento a finales de los 80's el cartel llegó a contar con más de 2000 hombres sólo en su aparato militar.

La producción era realizada en las selvas de Departamentos como Caquetá o Meta en campamentos como Tranquilandía y desde pistas clandestinas era llevada a puntos de embarque en otras zonas del país. Desde allí se llevaba en pequeñas avionetas que sobrevolaban 12 metros o hasta 3 metros sobre el mar, hasta las costas de Bermudas, Bahamas, Florida, allí se entregaba la carga y se regresaba con millones de dólares. Las increíbles ganancias hicieron que cada uno de estos hombres poseyera fortunas extravagantes y que se hicieran ampliamente respetados y temidos. El lema inicial era *Plata o plomo*, quien no estaba dispuesto a recibir los sobornos y prestarse al servicio del cartel pasaría a ser un objetivo militar, sin embargo y pese a las circunstancias es impresionante la cantidad de personas que tomaron la segunda opción.

Una década oscura quedó para la historia de Colombia; muchos se preguntaban si tras la muerte de Pablo Escobar desaparecería el Narcotráfico o incluso la violencia que

desgarraba a Colombia. Pero así como esta violencia solo fue la heredera de otras formas anteriores, ella engendró otras (CASTILLO, Fabio: El Capo RCN, Los Jinetes de la Cocaína, Edit. Documentos periodísticos, 1987, p. 111). El narcotráfico se vio aumentado por la diversificación de grupos encargados de este oficio y por el inicio en la producción de opiáceos de las flores de amapola. El cartel de Cali asumió por poco tiempo el liderazgo, también se formaría el Cartel del Norte del Valle y una infinidad de nuevas bandas que buscaron discrecionalidad, solo se reúnen para sus negocios, no participan en política y no manejan capitales tan extravagantes si no que disimulan las nuevas riquezas o emigran a otros países. Las AUC son descendientes directos del Cartel de Medellín, no solo Carlos Castaño sino muchos de sus comandantes como Diego Fernando Murillo "Don Berna" trabajaron de la mano de Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha, o hicieron parte de Los Pepes además su financiación se hace a través del comercio de cocaína. Infinidad de pequeñas agrupaciones de sicarios, como la temida banda de La Terraza, también fueron consecuencias de esta época (ESCOBAR, Roberto: Mi hermano Pablo. Quintero Editores, 2000, p. 134).

4.3.1.3. ORGANIZACIONES DE TRATA DE PERSONAS.

4.3.1.3.1. DEFINICION.

Las organizaciones que se dedican a la trata de personas, son aquellas organizaciones delictivas que se dedican a dañar los bienes mas preciados del ser humano que son su libertad, su dignidad y desarrollo. Si bien se ha practicado de diversas formas a través de la historia de la humanidad, ya sea como manifestación de sometimiento religioso, a consecuencia de las conquistas o las guerras, paulatinamente, gracias a la preocupación de los estados y de la colectividad se ha podido desarrollar un marco conceptual que permita caracterizar y tipificar este fenómeno, con la finalidad de hacer frente a todo comportamiento discriminatorio y de sometimiento 8 Manual de curso de Post Grado Trata de Personas, Modulo II: Fundamentos y enfoques integrales de la trata de personas, Edición 2006: OPCION.p. 165).

Si bien se han desarrollado diversas definiciones es importante señalar que en la actualidad el criterio que ha sido acogido con mayor fuerza, es el propuesto por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente la trata de mujeres y niños. Por lo que la actividad delictuosa de las organizaciones dedicadas a la trata de personas se define como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a

la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, esa explotación puede incluir como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las practicas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

La característica de la trata de personas es fundamentalmente, el fin de explotar a las personas que es desplazada, independientemente que el desplazamiento se haya producido dentro o hacia el exterior de un país, o que la persona haya dado su consentimiento a desplazarse o ser explotado, si esto es fruto de practicas coactivas, o en cualquier caso si esa persona es menor de 18 años. Esta definición deja en claro que la trata no solamente cubre el transporte de una persona de un lugar al otro, si no también su captación y su recepción, de tal forma que cualquier persona implicada en el traslado de otra con un fin de explotación forma parte del proceso de la trata de personas. (KAYE MIKE, el vínculo entre migración y trata: la lucha contra la trata

mediante la protección de los derechos humanos de los migrantes. 2003)

Se ha encontrado diversas organizaciones dedicadas a la trata de personas, pero sin embargo la gran mayoría de ellas no han sido posibles de identificar plenamente, las organizaciones identificadas que en la actualidad vienen operando se tiene por ejemplo el Movimiento Austro Hungaro, el mismo que tiene como su base Rusia, se tiene también el Imperio Otomano, que opera en Turquía, la mafia denominada Mujeres de Solaz que tiene como base de sus operaciones en Japon, la mafia Tailadesa que opera en Tailandia, la mafia China que opera en China, y dentro de nuestra Región se tiene la Mafia Colombiana (color canela), la mafia Boliviana, y la Mafia Norteña que opera en nuestro país. Todas estas organizaciones dedicadas a la trata de personas tienen vínculos internacionales, es decir sus operaciones son a nivel internacional.

Respecto a estas organizaciones no se ha encontrado sus organigramas, debido a que la gran mayoría de ellos han sido identificados recientemente.

4.3.1.3.2. ESTRUCTURA.

La estructura de las organizaciones dedicadas a la trata de personas se caracteriza por contar con un orden jerárquico donde el líder es quien dirige todas las acciones ilícitas,

además cuentan con código de conducta que abarca a todos sus miembros y, sobre todo, que funciona como una sociedad secreta.

La motivación más frecuente para la realización de sus actividades es el beneficio económico, esto quiero decir que las agrupaciones de esta índole dirigen su acción a la comisión de delitos que le permita obtener lucro (ANDRADE SANCHEZ, Eduardo, Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado, México, 1997). El radio reacción de la criminalidad organizada no solo está enmarcada dentro de un país, sino que está comprobado que mucha de estas estructuras criminales forman redes internacionales o cometen sus actividades en diversos países, un claro ejemplo son las organizaciones de tráfico ilícito de drogas cuyo accionar traspasa las fronteras.

Además estos grupo por el simple hecho de ser criminales, usan la violencia para lograr sus cometidos, ello le permite actuar impunemente gracias a la intimidación y la coacción.

Las organizaciones de tratantes utilizan métodos violentos logrando la intimidación de las víctimas y la impunidad de sus delitos, en algunos casos los denunciados son asesinados al iniciarse el proceso, en otros las víctimas son localizadas y reclutadas nuevamente. Como podemos apreciar éstas organizaciones no solo intimidan y coaccionan contra la

persona objeto de la trata, sino también que son asesinadas cuando denuncian estos hechos, lo que nos hace apreciar la dimensión delictiva de éstas estructuras criminales (OPCION: Crimen y Criminalidad organizada. Lima-Perú, 2004, p. 252).

Dentro del ámbito de la criminalidad organizada todos los comportamientos que la conforman, directa o indirectamente, están interrelacionados, así los tratantes de personas pueden mantener vínculos con los traficantes de drogas, de armas, con organizaciones terroristas, o con traficantes de migrantes. Algunas organizaciones más poderosas, como la Yakusa Japonesa, trafican drogas, dirigen redes de prostitución, participan en el contrabando de armas y se especializan en la corrupción, así como varios negocios rusos están controlados por la delincuencia organizada. Como podemos apreciar los grandes grupos del crimen ya no monopolizan su accionar en una sola actividad, sino que se extienden a otras, además de estos muchas organizaciones criminales tiene su radio de acción en muchos países, convirtiéndose así en una de las más serias preocupaciones de los estados (CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad Organizada, Madrid-España. 2001).

4.3.1.4. ORGANIZACIONES DE LAVADO DE ACTIVOS.

4.3.1.4.1. DEFINICION.

Respecto a la organizaciones que se dedican al lavado de activos, o también conocido como lavado de dinero, blanqueo de dinero, se sabe que su actividad es el proceso de esconder o disfrazar la existencia, destino o uso ilegal de bienes, producto de actividades ilegales para hacerlos aparentar legítimos. Cuando un individuo obtiene dinero por medios ilegales o aunque lo consiga por medios legales, no declara este ingreso a las autoridades monetarias correspondientes, está creando lo que se conoce como dinero negro.

En general, involucra la ubicación de fondos en el sistema financiero, la estructuración de transacciones para disfrazar el origen, propiedad y ubicación de los fondos, y la integración de los fondos en la sociedad en la forma de bienes que tienen la apariencia de legitimidad.

Una interpretación amplia sobre las implicancias del abuso del poder económico y su complacencia indirecta con el tráfico de drogas nos acerca al tema del lavado de dinero. Existen muchas instituciones financieras especializadas en blanquear dinero proveniente del narcotráfico, que genera rentas e ingresos que no se pueden declarar ante las autoridades económicas. Los medios y formas de blanquear dinero son infinitos y dependen tan sólo de la sagacidad e imaginación de

la persona que posee dinero negro (LAMAS PUCCIO, Luís. "Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero". Editorial Jurídica. Segunda Edición).

Uno de los efectos macroeconómicos más graves del blanqueo de dinero es en el sector privado, ya que quienes los practican emplean empresas de fachada que mezclan las ganancias de actividades ilícitas con fondos legítimos, para ocultar ingresos mal habidos. En Estados Unidos por ejemplo la delincuencia organizada ha utilizado las pizzerías para encubrir ganancias provenientes de la heroína.

En toda actividad de blanqueo se habla de dos categorías: Conversión y Movimiento. La conversión tiene lugar cuando los productos cambian de una forma u otra, como cuando se compra un giro o un automóvil con ganancias ilícitas; los productos ilícitos originales han cambiado de forma, de dinero en efectivo a un giro o a un automóvil. Se produce en Movimiento, cuando los mismos productos financieros cambian de localidades, como cuando los fondos son transferidos telegráficamente a otra ciudad o enviados a través del correo

Ahora bien, el dinero ilegal se blanquea en atención a los problemas contables, tributarios y criminalísticos que para los traficantes de droga, genera el hecho de tener que realizar todas sus operaciones de comercio de sustancias fiscalizadas

en dinero efectivo. Las drogas no pueden pagarse a través de títulos valores o tarjetas de crédito que obligarían al traficante a registrar su identidad. En consecuencia para que ganancias se realicen o bienes de procedencia ilegal, puedan salir al mercado se requiere realizar diversas operaciones y transacciones que les va otorgando legalidad aparente y formal.

La organizaciones dedicadas a lavado de activos identificados tenemos por ejemplo en Estado Unidos como es el caso de la mafia denominada "Cosa Nostra"; en Colombia se tiene a los "Narcotraficantes"; en Italia se ha identificad a la mafia "Sicilia", "Camorra", "N' Dranghetta"; en Japon se tiene a los "Yakuzas", Yamaguchi Gumi", "Inagawa Kai"; en nuestra Región se tiene a la mafia "Cafetaleros" de Colombia; el "Grupo Zevallos" en el Peru, los mismos que han sido identificados recientemente, por tanto aún no se ha podido obtener su organigrama.

4.3.1.4.2. ESTRUCTURA.

Dentro de las organizaciones dedicadas a la actividad ilícita de lavado de activos se tiene que se estructura por uno o varios individuos que hacen múltiples transacciones con fondos ilegales por cierto período de tiempo, en la misma institución o en varias instituciones financieras, teniendo dentro de sus estructura un cómplice en este caso de un funcionario u organización: Cuando los empleados de las instituciones

financieras o comerciales facilitan el lavado de dinero al aceptar a sabiendas grandes depósitos en efectivo, sin llenar ni presentar los informes de transacciones en efectivo cuando es necesario, llenando información falsos, exceptuando incorrectamente a los clientes de llenar los formularios requeridos, con el objetivo de Mezclar; cuando se combina los productos ilícitos con fondos legítimos de una empresa, y después presenta la cantidad total como renta de la actividad legítima de tal empresa, asimismo dentro de las estructura de esas organizaciones criminales se tiene las compañías de fachada: La compañía de fachada puede ser una empresa legítima que mezcla los fondos ilícitos con sus propias rentas, puede estar ubicada físicamente en una oficina o a veces puede tener únicamente un frente comercial. De la misma forma se requiere dentro de ellas las compras de bienes o instrumentos monetarios en efectivo: El lavador de dinero compra bienes tangibles (automóviles, propiedades, etc) o instrumentos monetarios (giros bancarios y postales, cheques de gerencia o de viajero, y valores), con el efectivo originado de la actividad criminal. El contrabando de efectivo también es sumamente importante para estas organizaciones por cuanto involucra el transporte físico del efectivo; puede estar escondido en el equipaje, o ser llevado por la persona que actúa de correo. A pesar de las limitaciones, los lavadores de

dinero han demostrado un alto grado de imaginación al encontrar nuevos medios para mover el producto criminal en efectivo. Sin embargo en la actualidad las Transferencias telegráficas o electrónicas: Son las más usadas para estratificar fondos ilícitos; en términos del volumen de dinero que puede moverse, y por la frecuencia de las transferencias. Ya que les permite enviar fondos a su destino rápidamente, y el monto de la transferencia normalmente no está restringido.

Para que las organizaciones bien estructuradas funcionen debidamente cumplen ciertas etapas que son la *Ubicación*: La primera y más vulnerable etapa del lavado de dinero es la ubicación. El objetivo es ingresar los fondos ilegales al sistema financiero sin llamar la atención de las instituciones bancarias o de las agencias de cumplimiento. Las técnicas de ubicación incluyen los depósitos estructurados de fondos por sumas determinadas de manera de evadir las obligaciones de reporte o la mezcla de depósitos de fondos y empresas ilegales. *Ocultamiento*: La segunda etapa del proceso de lavado de dinero es el ocultamiento, que implica la movilización de fondos en todo el sistema financiero, a menudo en una compleja serie de transacciones para crear confusión y complicar el rastreo documental. *Integración*: El objetivo final del proceso de lavado de dinero es la integración. Una vez que los fondos están en el sistema financiero y

aislados a través de la etapa de ocultamiento, el paso de integración es utilizado para crear la apariencia de legalidad a través de más transacciones.

4.3.1.5. ORGANIZACIONES DE CONTRABANDO.

4.3.1.5.1. DEFINICION.

Las organizaciones dedicadas al contrabando se dedican a una de las prácticas humanas más antiguas, que claro, con el correr de los años y con las evoluciones que se observaron en algunos aspectos y campos, el mismo fue cambiando y evolucionando también hacia otros niveles, pero jamás desapareció. Con otras formas y aspectos, el contrabando resulta ser una de las actividades ilegales más comunes y a través de la cual muchos logran enriquecerse hasta límites insospechados (PAJUELO BELTRAN; Carlos Alberto: Delitos Aduaneros y Exégesis en el Perú. Instituto Peruano de Derecho Aduanero, 1191, p. 111).

Entre las principales causas por las cuales se ha desarrollado, se desarrolla y seguramente se seguirá desarrollando la mencionada actividad ilegal se cuentan las siguientes: corrupción de funcionarios, venta de cargos públicos, irregularidades a instancias de las comunicaciones, el carácter obsoleto y contradictorio de algunas leyes comerciales, la negligencia de algunos gobiernos y monarcas, situaciones desfavorables a instancias del comercio exterior, el aumento

de poder de las élites locales y la más recurrente, la diferencia de tasas o aranceles entre los países entre los que se da el contrabando.

Generalmente, la mayoría de las mercancías o mercaderías que provienen del contrabando, al no tener el origen legal requerido, deberán ser comercializadas a través de lo que se denomina mercado negro o clandestino. Además de las complicaciones que puede acarrear contra la salud de las personas, como ser si se comercializan por afuera del circuito legal medicamentos, el contrabando también resulta ser un serio problema a instancias del correcto desarrollo económico de una Nación, porque esta práctica no hará más que perjudicar a la industria legal de un país, la cual obviamente no podrá competir muchas veces contra lo que el mercado negro, producto del contrabando, ofrece, casi siempre a un menor costo.

Es decir en conclusión podemos mencionar que el contrabando es la entrada, la salida y venta clandestina de mercancías prohibidas o sometidas a derechos en los que se defrauda a las autoridades locales. También se puede entender como la compra o venta de mercancías evadiendo los aranceles, es decir evadiendo los impuestos. La conducta humana denominada contrabando se inscribe en el marco del derecho penal económico. La economía de las naciones

necesita tener control sobre sus importaciones y exportaciones, por cuanto hace a la vida de un país. De esa forma, se considera que comete contrabando aquel que ejerce acciones u omisiones, mediante una conducta ardidosa o engañosa, con el objeto de lograr que determinada mercadería eluda el control del servicio aduanero. En derecho penal, el "bien jurídico tutelado" es aquello que la sociedad en su conjunto ha resuelto que defenderá, incluyendo cualquier conducta disvaliosa que lo vulnere en la categoría de delito. El bien jurídico tutelado en el contrabando es "el normal funcionamiento del control aduanero en funciones esenciales de la actividad aduanera" (VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo (2004). Delitos aduaneros, Mave Editor edición, pp. 96).

Básicamente dentro de nuestra Región de Puno, se tiene plenamente identificado a la organizaciones dedicadas al contrabando, como es el caso de la "Culebra del Norte" que tiene como su centro de operaciones la frontera de Perú Bolivia, específicamente en la Provincia de Moho; la "Culebra del Sur, que tiene sus operaciones en el Distrito de Desaguadero; estas mafias del Contrabando suelen acopia los productos de Contrabando en la Provincia de San Román Juliaca, donde distribuyen al resto del país, adoptando para ello diferente modalidades.

Finalmente debemos precisar que no se ha podido recabar el organigrama de estas organizaciones dedicadas al Contrabando.

4.3.1.5.2. ESTRUCTURA.

La estructura de las organizaciones de contrabando se establecen de diversas formas de acuerdo al medio por donde operan, sin embargo se tiene una estructura que es la más común, es la que se establecen los mayoristas, quienes son los distribuidores, es decir aquí empieza los eslabones del contrabando, son quienes importan la mercadería en grandes cantidades, de un territorio a otro, para que luego éstos distribuyan la mercadería a los intermediarios quienes conforman parte de esta estructura, los mismos que se encargan de facilitar el contrabando, asimismo gestionan los asuntos cotidianos, de la misma forma son quienes también se encargan de distribuir al menudeo la mercadería clandestina que se encargado de ingresar, y tratan de legalizar la misma, luego de ellos también se encuentran los llamados correos que son prácticamente la segunda operación que efectúan las organizaciones criminales dedicadas al contrabando, éstos correos son los encargados de transportar la mercadería físicamente, generalmente en los combos con que cuentan las organizaciones dedicada a esta actividad ilícita (culebras), lo hacen de manera muy estratégica, aprovechando rutas casi

desconocidas o en su defecto son quienes descubren nuevas rutas de transporte, asimismo lo efectúan en horarios en la que puedan pasar inadvertido, también cuentan con personal que se encargan de la seguridad, los mismos que generalmente están armados con armamento de última generación, del mismo modo todos los miembros de la estructura de estas bandas se encuentran equipados con aparatos de última generación (teléfonos celulares satelitales y otros), que les sirven para comunicarse en el momentos del traslado de las mercaderías, es decir lo utilizan para advertir la presencia de las autoridades policiales que se puedan encontrar dentro de las rutas que utilizan, es por ello que estas organizaciones generalmente no se dejan intervenir con la Policía, por cuanto como hemos señalado están debidamente estructurados con papales distintos que cumplir para su logro final que es colocar la mercadería en los mercados para su venta final³⁵.

³⁵ Reportaje sobre el Tema titulado "Por los caminos de la culebra", el cual fue publicado en la Revista semana Económica N° 1070 por apoyo Publicaciones el 13 de mayo del 2007. Allí se menciona lo siguiente: "Según algunos, pueden ser sólo unos 30, pero la mayoría varía entre 60 a 1000. Primero mandan a las Liebres, y unos 15 minutos después salen ellos, uno por uno, en línea, sin placas (...) se forma la culebra, explica un comerciante. Las Liebres, dice son dos o tres carros que se adelantan a la caravana de camiones para avisar por radio y celular en caso haya imprevistos en la ruta. Se juntan en una pampita donde casi no haya nada, que se llama Hanco Janco, en tierra peruana, y se ponen uno con otro con los camiones que vienen de Puerto Acosta, de Bolivia. Acto seguido, cuentan los integrantes de la llamada culebra, saludan a sus contrapartes bolivianos en quechua, aymara y español, intercambian rápidamente cajas y costales, fajos de dólares, soles y bolivianos, y se enrumban hacia Juliaca.

4.4.- CORRELACION DE UNIDADES DE INVESTIGACION Y COMPROBACION DE HIPOTESIS.

4.4.1.- PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA I.

“La autoría mediata es una categoría del derecho penal que no ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina y jurisprudencia debido a que los conceptos sobre sus características son recientes.”

Conforme se advierte de la presente investigación la teoría de la autoría mediata tuvo su origen en el análisis de los casos *Eichmann* y *Staschynski*; en cuyos procesos judiciales se demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, CLAUS ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya 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. Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la "persona interpuesta", *ya que ésta finalmente "es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones. El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor. Esta posición planteada por el maestro Claus Roxin fue planteada en el año 1963 al publicar esta teoría en la revista alemana de derecho "Goldammer's archiv", el artículo referido contenía un novedoso tratamiento a la noción de autor mediato, pues, la tesis tradicional concebía esta forma de autoría como el hombre de atrás que se vale (para cometer el delito) de un instrumento cuya voluntad controla, por error o coacción. A estas dos categorías ROXIN planteó una tercera: casos en que el autor (quién tiene el dominio del hecho) logra dominar la voluntad del instrumento que puede intercambiarse libremente (fungibilidad) por cuanto el que está detrás aprovecha la estructura y condiciones marco preconfiguradas de un aparato de poder organizado de carácter estatal o no, es decir la persona que actúa directamente, es simplemente un Instrumento del hombre de atrás. Ahora*

bien, no siempre el autor necesita ejecutar el hecho por sí, ya que se puede servir, también de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto posea el dominio de la realización del tipo; de modo que el autor mediato, es quien comete el hecho "por medio de otro"; quien para la ejecución de un hecho punible que se comete dolosamente, se sirve de otro ser humano, pero usando a éste último como instrumento. Por lo tanto la autoría mediata se caracteriza, en este contexto, por el dominio de la voluntad de otro, por el uso, como instrumento de una tercera persona. Es el caso de la persona que realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona -el instrumento- que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquél. Lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el status diferente.

Esta teoría planteada por Claus Roxin, como se ha visto y corroborado en la investigación está dirigida básicamente a la categoría del derecho penal, por cuanto con ello se plantea la sanción al autor mediato de un ilícito penal, que es cometido por organizaciones criminales, pero que sin embargo conforme se ha demostrado no ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina y jurisprudencia, ello debido a que sus conceptos han sido recientemente aceptados e invocados en los tribunales de algunos países, siendo que la mayoría de ellos han sido aplicados en América, lo que amerita que dicha teoría de la autoría mediata sea desarrollada y estudiada a profundidad a fin de que ésta pueda servir para aplicar en la nuevas

formas del crimen organizado que en los últimos tiempos se viene dando con mayor auge; por lo que se puede concluir que la tesis planteada por el maestro Claus Roxin no ha sido desarrollada ampliamente por doctrina existente y menos por la jurisprudencia, por lo tanto en el presente trabajo de investigación busca desarrollar dicha falencia a fin de desarrollar las características recientes de la autoría mediata, para que este puede servir y/o considerarse dentro de la política criminal del nuestro país; por tanto queda demostrado la Hipótesis N° 1.

4.4.2.- PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA II.

Las fuentes doctrinarias en que se sustentan la autoría mediata corresponden principalmente a la doctrina sustentada por Claus Roxin y sus fuentes jurisprudenciales se hallan principalmente en el derecho penal Alemán.

Conforme se aprecia en el presente trabajo de investigación, respecto a las fuentes doctrinarias en que se sustenta la autoría mediata, se ha establecido claramente que éstas se sustentan en la doctrina planteada por Claus Roxin, quien hace más de 40 años, ha planteado dicha teoría, el mismo que ha sido objeto de estudios por parte de la doctrina penal contemporánea, en éstos estudios se han orientado a instituir esta interesante construcción teórica, la misma que permite imputar responsabilidad penal contra aquellas personas situadas en la cúpula de organizaciones o aparatos de poder, es decir, contra aquellos que se encuentran más alejados de la ejecución material del hecho punible. Como se puede corroborar en el Presente trabajo de investigación, el profesor

ROXIN parte afirmando que nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad común, este enjuiciamiento distinto estaría justificado por el funcionamiento peculiar del aparato que siempre estaría a disposición del sujeto de atrás. Así, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados reside, para ROXIN, en la fungibilidad del ejecutor del actor; pues para él, la organización despliega una vida "independiente" de sus miembros, muchas veces perfectamente intercambiables; es más, ni siquiera es necesario que el sujeto que toma las decisiones conozca a la persona que ejecuta su decisión. Asimismo refiere ROXIN, que las formas en que se manifiesta la autoría mediata en virtud de aparatos organizados según la propuesta que expone puede ser en los casos de aparatos que actúan bajo el manto del poder estatal, pues estos pueden operar plenamente aún con la garantía de la ley escrita, pero al margen del Derecho, siempre y cuando contradigan los principios rectores del Estado de Derecho; y en los casos de aparatos que actúan como movimientos clandestinos, organizaciones secretas o mafiosas y grupos similares.

De la misma forma, respecto a las fuentes jurisprudenciales se ha corroborado, que éstas principalmente se hallan dentro del Derecho Penal Alemán, pues en dicho país se exhibe una vasta y rica jurisprudencia en torno de la aplicación de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Esta circunstancia se explica necesariamente por el traumático giro de los acontecimientos experimentados en Alemania en su

vida institucional durante el período de la primera posguerra que comenzó con el cese abrupto del primer gobierno de carácter republicano de Weimar, la carrera hacia el poder librada por el partido nacionalsocialista y el fatídico ascenso de su líder Adolf Hitler hasta la primera magistratura. A partir de que el nacionalsocialismo ocupó la primera escena en la arena política, el Estado, transformado ahora en un régimen de partido único, endureció linealmente su postura contra los opositores al régimen instaurado, en particular, los miembros de los partidos de izquierda que conservaban aún una fuerte incidencia representativa en los escaños del *Reichstag*, con el firme propósito de silenciar cualquier tipo de protesta contra los abusos perpetrados por el partido gobernante. Paralelamente a esto se observó una marcada exacerbación de los sentimientos antisemitas que colocaron a los alemanes judíos en la palestra de todo tipo de medidas discriminatorias: la eliminación pautada de sus derechos políticos, civiles y sociales a través de la promulgación de un conjunto de leyes raciales conocidas como las "leyes de Nürenberg". El caso en el que específicamente se ha aplicado por primera vez la Teoría planteada por el maestro Claus Roxin, en Alemania fue el caso del Consejo Nacional de Seguridad por las muertes ocurridas entre los años 1971 y 1989, cuando refugiados orientales intentaron cruzar la frontera hacia el sector occidental. El tribunal de instancia inferior - *Landergericht*, en adelante LG- había condenado a los tres acusados en calidad de partícipes de aquellas muertes a penas privativas de libertad de un máximo a siete años y seis meses en el más grave de los casos. Esa decisión fue apelada por el fiscal, que solicitó la aplicación de la autoría

conjunta y el incremento de las penas impuestas. En esta oportunidad, el Tribunal Federal encontró a los acusados culpables en calidad de **autores mediatos**, junto a los soldados fronterizos, pero éstos en calidad de autores directos, por los asesinatos acaecidos durante el espacio temporal precitado. A tal conclusión se arribó luego de afirmar que el autor mediato puede ser autor a través de la ejecución de un autor inmediato culpable. Así, los miembros del tribunal afirmaron, con expresa cita de Roxin, que se encontraban frente a un caso de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. La aplicación de la autoría mediata se basó en el criterio de fungibilidad que permitió al autor de escritorio (*Schreibtischtäter*) tener el dominio sobre la ejecución del hecho. En esta sentencia explica Schroeder el BGH se aparta de la línea trazada en fallos anteriores sobre la base del principio de responsabilidad, según el cual la realización absolutamente responsable por parte del autor inmediato excluye la del autor mediato. Es necesario aclarar que la jurisprudencia del BGH utilizó en forma inveterada el criterio subjetivo para poder distinguir entre autor y partícipe. Así, en el ya citado caso "*Staschynskijs*", como en el también célebre "caso de la bañera", el Tribunal Superior alemán utilizó el baremo subjetivo del interés del autor para concluir que en ambos supuestos quien había realizado la conducta prevista en el tipo penal aplicable sólo podía ser considerado como cómplice atento la ausencia de todo interés personal en el éxito de la ejecución del hecho, se tiene también, que uno de los procesos de mayor resonancia fue el seguido contra los altos funcionarios de la DDR. En esta ocasión el Tribunal Superior Alemán juzgó la

participación de los integrantes del órgano central estatal encargado de la defensa nacional (*Nationale Verteidigungsrat*). Para ello comenzó por analizar la estructura política imperante en la DDR durante el período en el cual acontecieron los hechos., donde se estableció que los acusados habían ocupado diversos puestos de importancia en el régimen comunista instaurado en el sector oriental alemán después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Para impedir la huida masiva de alemanes orientales, el Ministerio Nacional de la Defensa mandó construir diversos obstáculos en la línea fronteriza y envió tropas para reforzar este propósito. Los integrantes de dichas fuerzas militares, a cuyo cargo estaba la línea de frontera, fueron entrenados especialmente para evitar las fugas. Ellos fueron advertidos sobre las consecuencias que traerían aparejados los casos de exitosas irrupciones de la frontera y se los instruyó en particular sobre la facultad de abrir fuego con sus armas automáticas, en caso de que los refugiados hiciesen caso omisivo a la orden de detenerse. De esta forma, expresó el tribunal, la indemnidad de la frontera (*Unverletzlichkeit der Grenze*) tenía rango de preferencia sobre la vida de las personas; luego de analizar las diversas posturas doctrinales en torno de la aceptación de la autoría mediata, cuando el ejecutor resulta ser plenamente responsable, el tribunal se inclinó por condenar a los integrantes del Ministerio Nacional de Defensa en calidad de autores mediatos. Con lo que podemos establecer claramente que las fuentes jurisprudenciales se hallan principalmente en el Derecho penal Alemán, también debemos de destacar que la teoría planteada por Claus Roxin ha llegado a aplicarse en Latinoamérica, siendo

que el primer país en recepcionar esta tesis fue Argentina con motivo del juicio a la junta militar Argentina en 1983, posteriormente también se adhiere a esta tesis es Chile donde se aplicó también la teoría del autor mediato para las condenas de los militares y en cuanto a la formalización de causa contra el ex presidente y senador vitalicio chileno Augusto Pinochet; dentro de nuestro país también se tiene antecedente jurisprudenciales recientes en la sentencia efectuada en contra de la cúpula de Sendero Lumino y finalmente en el caso Fujimori que es de data reciente, sin embargo como se ha esbozado en el trabajo investigatorio se tiene plenamente establecido que las fuentes jurisprudenciales se hallan en el derecho penal Alemán, con lo que podemos concluir señalando que las fuentes doctrinarias en que se sustentan la autoría mediata corresponden principalmente a la doctrina sustentada por Claus Roxin y sus fuentes jurisprudenciales se hallan principalmente en el derecho penal Alemán, por lo tanto queda establecido que se ha demostrado la Hipótesis N° 2.

4.4.3.- PARA LA HIPOTESIS ESPECÍFICA III.

Desde el derecho penal es posible afrontar las nuevas formas de crimen organizado a partir de los conceptos sobre autoría desarrollados en la doctrina y jurisprudencia penal comparada.

La Hipótesis que aquí se plantea es que en las organización del crimen organizado si se pueden dar casos de autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización y que este dominio puede apreciarse en determinadas estructuras que se organizan con arreglo a un marcado principio de jerarquía y a la distribución del trabajo, así se puede advertir en

la criminalidad organizada, que en el presente trabajo nos hemos referido a organizaciones terroristas, organizaciones de narcotráfico, organizaciones de trata de personas, organizaciones de lavado de activos, y organizaciones de contrabando; para demostrar este postulado partiremos analizando qué es lo que en doctrina se entiende por dominio sobre organización y cómo ello es utilizado para fundamentar la autoría mediata (poder de mando); por qué se exige que el aparato de poder actúe desligado del ordenamiento jurídico y si ello fundamenta su dominio sobre la organización (Desvinculación de la Organización del ordenamiento Jurídico); qué significa que los ejecutores puedan ser sustituidos y si ello repercute en el dominio sobre la organización (Fungibilidad del ejecutor inmediato); y finalmente como ha de entenderse que el ejecutor inmediato tenga puesta su presdiponibilidad para la realización del hecho, y si éste repercute en el dominio de la organización (Predisposición del Ejecutor a la realización del hecho); y finalmente explicar por que apostar por su aplicación en el ámbito de la nuevas formas del crimen organizado.

En 1963 postuló Roxin una tercera forma de ejercer el dominio de la voluntad en los supuestos de autoría mediata, ajena a la coacción y al error, que él denominó dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas, lo característico de esta teoría es el resultado al que se llega, por cuanto se establece que es autor no sólo el autor mediato, sino también el "Instrumento", de ahí que se la identifique también como un supuesto del autor detrás del autor. Roxin distingue tres formas de dominio del hecho que dan lugar a autoría: dominio de la acción (que da lugar a autoría

directa; dominio del hecho funcional (que da lugar a coautoría); y dominio de la voluntad (que da lugar a autoría mediata). Dentro de esta última Roxin concibe a su vez el dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, este consiste en que el autor mediato tiene a su disposición una organización que funciona automáticamente, en el sentido que sus ordenes será siempre ejecutadas; el hombre de atrás controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el "dominio" y por lo tanto es autor mediato. A partir de aquí se advierte ya un primer presupuesto de esta forma de autoría mediata. La calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado, lo único relevante será que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar criterio de otros a la realización del delito, esto implica también la existencia de una fuerte estructura jerárquica de disposición del hombre de detrás. Según esta línea de pensamiento, la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización puede darse únicamente cuando la maquinaria se trata de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales que está asociados al crimen organizado y de la misma forma a maquinarias de poder estatal.

Ahora respecto a que la organización criminal esté desvinculado del ordenamiento jurídico, ello se fundamenta en virtud de que la actividad del

aparato ha de discurrir al margen del Derecho, aunque eso no significa que la actividad de la organización haya de transgredir todo el código penal. Así, la ajenidad del ordenamiento jurídico sirve sólo para incriminar el hecho cometido en autoría mediata, pero no para comprender a la totalidad de actividades del aparato. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional. Como advierte ROXIN, en estos casos, "el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico". Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. Para ROXIN, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: "sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de las organizaciones del crimen organizado de rango internacional que violan de modo evidente los derechos humanos"; por lo que ROXIN, establece este requisito se encuentra plenamente establecido en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como "una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad; por lo tanto la nuevas formas del crimen organizado pueden ser afrontados desde el derecho penal a partir de los conceptos desarrollados de autoría mediata.

Según la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos organizados, el que los ejecutores sean fungibles significa que los mandos superiores tiene la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor del hecho ante una negativa de éste para cumplir la orden recibida y garantizar así la consecución del resultado. ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalta, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una *"ruedita cambiante en la máquina del poder, un "engranaje" sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos; desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo. En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, "La fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente". De allí que: "la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis ex ante"; por tanto este presupuesto si se puede apreciar en las organizaciones del crimen organizado, por cuanto a la negativa del ejecutor de llevar acabo el plan no impide que éste efectivamente se realice, ya que si él no cumple la orden, según el*

organigrama de la organización inmediatamente otro lo suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan global, como vemos los ejecutores son pues sustituibles, y es precisamente esta circunstancia la que los convierte, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás.

Finalmente como otro presupuesto se tiene la predisposición del ejecutor a la realización del hecho, Roxin en sus últimos estudios ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho, el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER, desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH. Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en la sentencia emitida contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la *“disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo”*. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se

trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *“millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”*. Si bien es cierto que sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con la organización criminal, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza criminal, apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito. Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura. En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como

parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho". Por tanto conforme se ha desarrollado el derecho penal ofrece un instrumento jurídico para poder afrontar las nuevas formas de crimen organizado a partir de los conceptos de la autoría mediata desarrollados en la doctrina y la jurisprudencia.

En el presente estudio se efectuado un análisis respecto a las estructuras, en un primer momento de las organizaciones terroristas, en las que como se puede apreciar, éstos movimientos terroristas tienen una estructura piramidal que utilizan violencia y amenaza como estrategia para cumplir sus

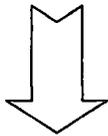
objetivos, el terrorismo es una acción política que rompe las reglas en un sistema político, cuyas organizaciones, adoptan formas y estructuras convencionales, de carácter piramidal, desde cuyo vértice superior van desgranándose una serie de estructuras, subestructuras, aparatos, etc. hasta llegar al nivel inferior donde se desarrolla el último eslabón, formado por grupos, comandos o células. Así, la Organización desde que su General y/o líder adoptan la decisión correspondiente, pasa la orden de realizar una serie de atentados a través de la larga cadena de mando, estructuras y aparatos, hasta que una determinada célula en cualquier lugar ejecuta la acción. Este esquema de funcionamiento, con organismos y estructuras concretas, ha sido definido en distintos momentos como parte finita o estructura formal. En la actualidad, esta estructura convencional, ha sufrido una evolución tal que resulta extremadamente difícil para ser percibida, tanto por los distintos servicios de inteligencia internacionales como por la ciudadanía. Estas células mantienen una serie de características generales: estanqueidad, autonomía y autosuficiencia. No mantienen relación orgánica con ninguna otra célula o aparato, y son absolutamente autosuficientes, desde su creación, maduración y desarrollo ideológico, obtención de explosivos, reparto de tareas y elección de objetivos militares, para una mejor ilustración presentamos el siguiente esquema que describe una organización terrorista:

ORGANIZACIONES TERRORISTAS

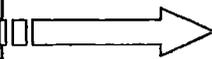
MOVIMIENTOS TERRORISTAS DEBIDAMENTE ESTRUCTURADAS

-PIRAMIDAL-

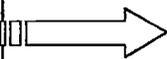
REQUISITOS DE LA
AUTORIA MEDIATA POR
DOMINIO DE
ORGANIZACION



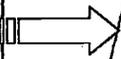
PODER DE MANDO



DESVINCULACION
DE LA
ORGANIZACIÓN DEL
ORDENAMIENTO
JURIDICO



FUNGIBILIDAD DEL
EJECUTOR
INMEDIATO



PREDISPOSICION
DEL EJECUTOR A LA
REALIZACION DEL
HECHO



S I

M R T A

F A R C

LOS REQUISITOS EXIGIDOS SI SE CUMPLEN EN LAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS

Como podemos apreciar la estructura que tiene una organización terrorista encaja perfectamente a los requisitos y/o presupuestos de la tesis de autoría mediata por dominio de organización, por cuanto las organizaciones terroristas necesariamente cuentan con un líder, comité central que es conocido como el líder político, el mismo que tiene el *poder mando* dentro de la estructura jerárquica con que cuenta toda organización terrorista, siendo además evidente que estas organizaciones se encuentran en la clandestinidad, por lo tanto se encuentran *desvinculadas del ordenamiento jurídico* de cada estado; de la misma forma éstas organizaciones terroristas cuentan con micro organizaciones dentro de la organización, que tras caída de uno se activa automáticamente una segunda garantizando la continuidad del plan originario, de manera que la *fungibilidad del ejecutor inmediato* esta garantizado dentro de ésta organizaciones, debido a que también éstas cuentan con número de integrantes, el mismo que garantiza que a la abstención de uno otro lo materializa de manera automática, por tanto el requisito de la fungibilidad del ejecutor inmediato se tiene encajado dentro de la teoría de autoría mediata por dominio de organización; ahora respecto a la *predisposición del ejecutor a la realización del hecho* se tiene que dentro de las organizaciones terroristas, ejecutor inmediato muestra una predisposición incondicional debido a su formación ideológica que comparte con la cúpula de la organización y demás integrantes de dichas organizaciones, es decir todos los camaradas conformantes de las organizaciones terroristas están debidamente internalizados e interiorizados sobre su pensamiento criminal, debiendo además resaltarse que toda organización terrorista tiene una cadena de mando y reparto de tareas dentro de sus estructura organizadas con las que cuentan, estas

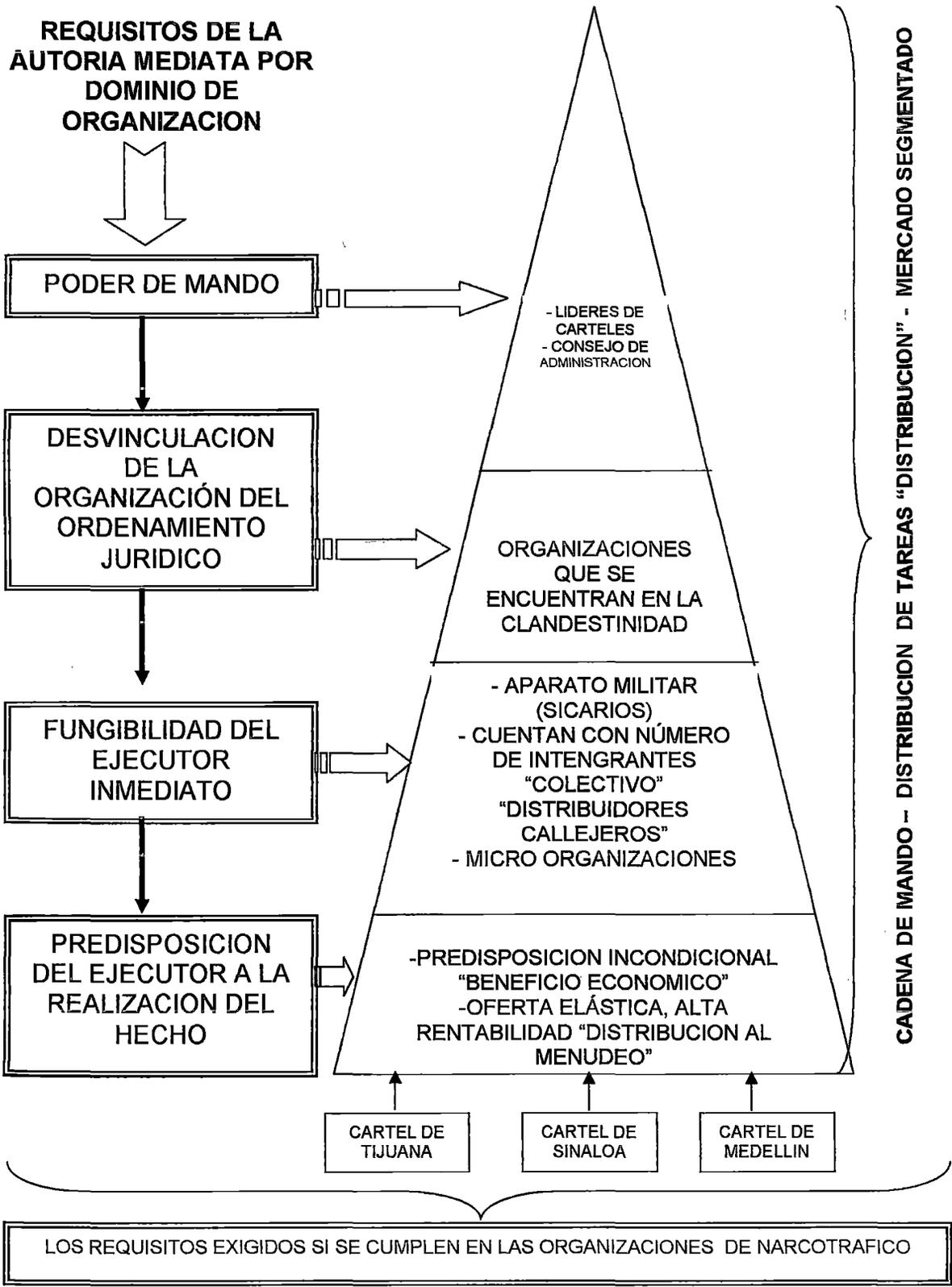
estructuras han sido constatadas dentro de las organizaciones terroristas mas conocidas dentro de nuestra región como son Sendero Luminoso, Movimiento revolucionario Tupac Amaru y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, quienes con sus estructuras se encuadran perfectamente con la tesis de la autoría mediata por dominio de organización.

Nos toca también hacer un análisis **respecto a las organizaciones de narcotráfico**, que son organizaciones que se dedican al comercio ilegal de drogas tóxicas en grandes cantidades. El proceso comienza con el cultivo de las sustancias, sigue la producción y finaliza con la distribución y venta. Estas organizaciones tienen líderes, que dentro del mundo del hampa son conocidos como líderes de carteles y/o consejo de administración. Los grupos más grandes dedicados al narcotráfico suelen tener presencia internacional y ostentan un poder similar al de un gobierno. Sus integrantes cuentan con poderosos armamentos y sus líderes manejan inmensas sumas de dinero. Al ser ilegales, las drogas adquieren un gran valor económico a nivel internacional, el mismo que permite que estas organizaciones se puedan organizar de la mejor forma, por cuanto como hemos referido cuentan con inmensas sumas de dinero, hecho que permite a sus líderes conjuncionar una organización debidamente estructurada para el cumplimiento de sus fines, para una mejor ilustración presentamos también el diagrama, donde se puede colegir que efectivamente éstas organizaciones se encuentran debidamente organizados, y sus estructuras encuadran a los requisitos establecidos por la tesis de la autoría mediata por dominio de organización.

ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO

ORGANIZACIONES DE NARCOTRAFICO DEBIDAMENTE ESTRUCTURADAS

-PIRAMIDAL-



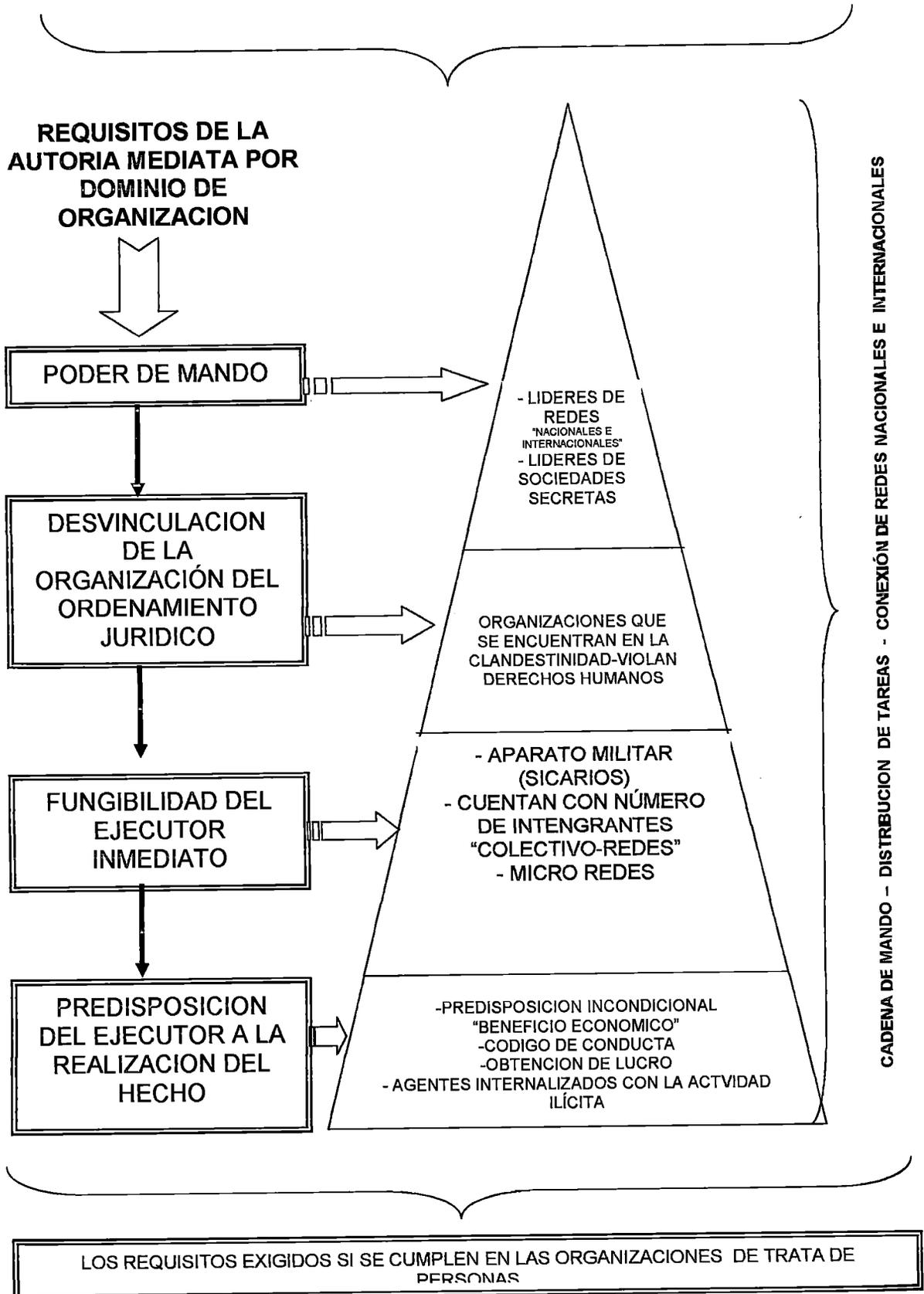
Al apreciar el diagrama se puede establecer que toda organización de narcotráfico cuenta con un líder de cártel y/o consejo de administración, el mismo que esta dotado de poder, es decir este líder es quien posee el *poder de mando*, por cuanto éste se encuentra ubicado en la cima de la organización de su estructura piramidal, de manera que las organizaciones de narcotráfico cumplen de manera clara con este primer requisito de la tesis de autoría mediata por dominio de organización; siguiendo con el análisis, respecto a la estructura con la cuenta esta organizaciones del crimen organizado, se tiene que éstas se encuentran en la clandestinidad, por lo tanto también cumplen con el segundo requisito, es decir toda organización de narcotráfico se encuentra plenamente *desvinculado del ordenamiento jurídico*, por lo tanto se encuentra acreditado y/o corroborado el segundo requisito; ahora respecto al tercer requisito se tiene que las organizaciones de narcotráfico cuentan con aparatos militares (sicarios), cuentan con un número elevado de integrantes, asimismo cuentan distribuidores callejeros en distintos lugares, y es más dentro de sus organizaciones cuentan con micro organizaciones, por tanto sus ejecutores inmediatos son sustituibles en cualquier momento, hecho que corrobora que los objetivos trazados por los líderes no se dejan de cumplir por la negativa del ejecutor inmediato, por cuanto de suceder ello automáticamente otro lo sustituye, por lo tanto también se encuentra acreditado que las organizaciones de narcotráfico cumplen con el requisito de *fungibilidad del ejecutor inmediato*, por lo tanto el tercer requisito también encuadra a lo establecido por la teoría de la autoría mediata por dominio de organización; finalmente se tiene que las organizaciones de narcotráfico cuentan con distribuidores y sicarios que cumplen las decisiones adoptadas los líderes de su

organización, es decir existe una predisposición incondicional por parte del ejecutor inmediato, por cuanto éste está dispuesto a cumplir por el beneficio económico que recibiría al materializar las disposiciones de sus superiores, de manera que toda persona que cumple las funciones de ejecutor inmediato está internalizado con el *animus de lucro*, por lo tanto el requisito de *predisposición del ejecutor a la realización del hecho*, esta debidamente demostrado en la organizaciones de narcotráfico, por lo tanto todos los requisitos previstos por la teoría de autoría mediata se cumplen de manera clara en esta organizaciones del crimen organizado, además debe de resaltarse que éstas tiene una cadena de mando dentro de sus organizaciones y la distribución de tarea esta plenamente establecidas dentro de dicha organizaciones.

Las organizaciones de Trata de Personas son aquellas organizaciones que se dedican a la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, con fines de explotación, prostitución y practicas análogas. La característica de la trata de personas es fundamentalmente, el fin de explotar a las personas que son desplazadas, independientemente que el desplazamiento se haya producido dentro o hacia el exterior de un país, dejándose claro que la trata no solamente cubre el transporte de una persona de un lugar al otro, si no también su captación y su recepción, con un fin de explotación, hecho que forma parte del proceso de la trata de personas; y para su mejor estudio y análisis presentamos el siguiente diagrama.

ORGANIZACIONES DE TRATA DE PERSONAS

ORGANIZACIONES DE TRATA DE PERSONAS DEBIDAMENTE ESTRUCTURADAS



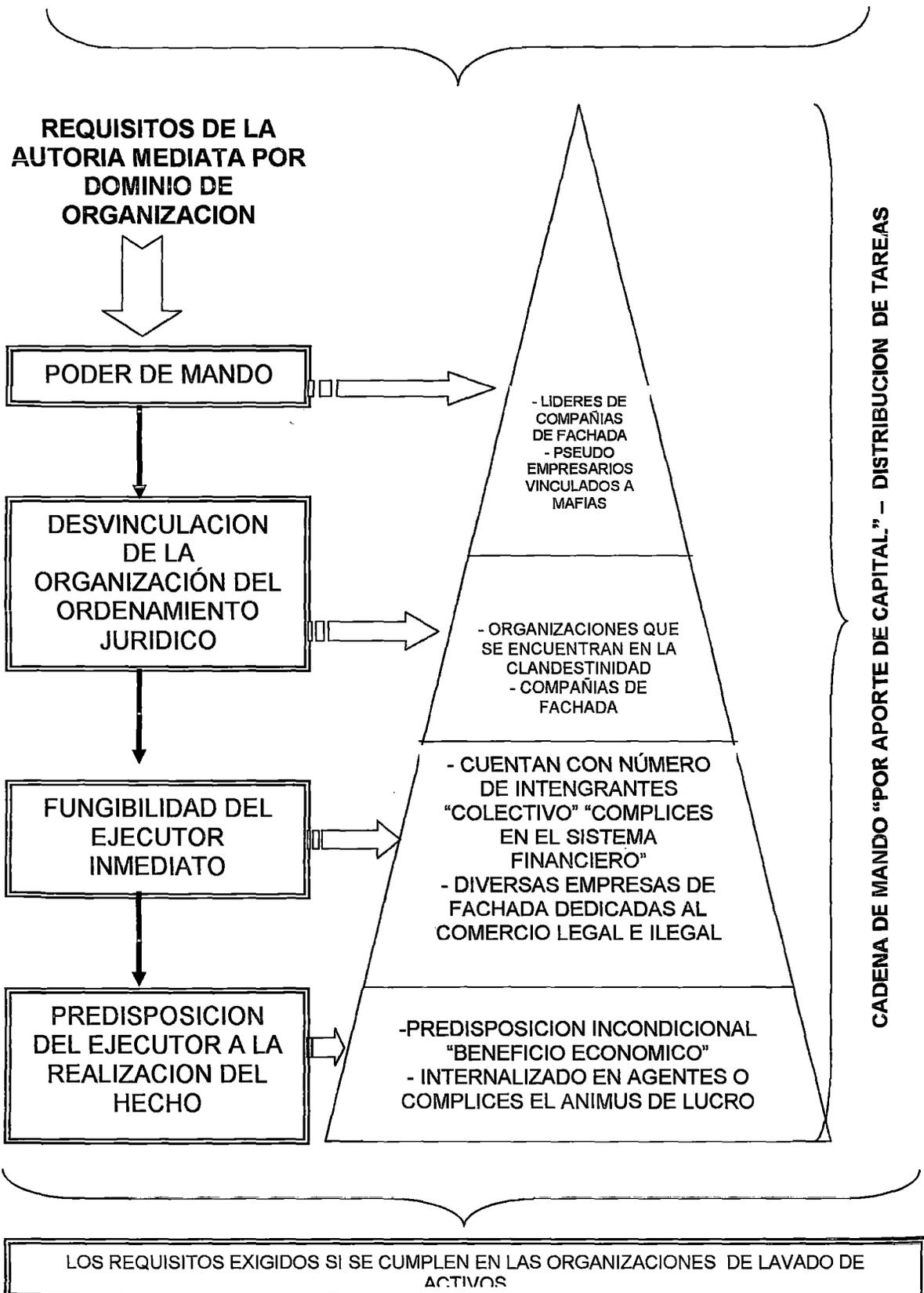
Conforme se puede establecer del diagrama que antecede, se demuestra que las organizaciones de trata de personas, tienen líderes de redes nacionales y en otras de redes internacionales o también se le conoce como líderes de sociedades secretas, éstos líderes son o que tiene el control de las organizaciones dedicadas a este tipo de crimen organizado, por lo tanto son éstos los que tiene el *poder demandando* dentro de la organizaciones dedicadas al acto ilícito de trata de personas, con lo que queda demostrado que los líderes de estas organizaciones de trata de personas son lo que tienen el poder de mando, con lo que queda establecido el primer requisito de la teoría de autoría mediata por dominio de organización; asimismo éstas organizaciones se encuentran en la clandestinidad, por lo que el segundo requisito planteada por el tesis de Roxin también se tiene plenamente establecida, es decir las organizaciones criminales de trata de personas se encuentran *desvinculadas del ordenamiento jurídico*; de la misma forma dentro de sus estructuras, estas organizaciones dedicadas a la trata de personas cuentan con un aparato militar (sicarios), cuentan asimismo con número de integrantes, redes y micros redes dentro de su organización, de tal forma que al líder le permite saber que sus disposiciones serán cumplidas de todas formas por cuanto cuenta con un numero significativo de integrantes dentro de su organización, hecho como podemos apreciar a la renuencia de uno, otro automáticamente sustituye a fin de materializar lo dispuesto por sus superiores dentro de la organización, por que podemos decir que también que se ha demostrado que el tercer requisito de la teoría de la autoría mediata por dominio de organización, debido a que esta organizaciones tienen la *fungibilidad del autor inmediato*; finalmente es necesario demostrar también si éstas organizaciones del

crimen organizado cuentan con la predisposición del ejecutor a la realización del hecho, al respecto se puede demostrar que efectivamente éstas organizaciones del crimen organizado cuentan con ejecutores que tiene la predisposición para la realización del hecho, por cuanto los sicarios y/o integrantes de sus micro redes tienen plenamente internalizado la actividad ilícita del cual forman parte, asimismo actúan con *animus de lucro*, lo que genera y garantiza su predisposición, asimismo debiéndose de resaltarse también que dentro de éstas organizaciones se cuenta con códigos de conducta para sus integrantes, por lo tanto los que se dedican a captar personas y los sicarios que sirven para advertir y/o garantizar sus operaciones, incluso para dar advertencias al personal que no cumplen con los designios de sus líderes, por lo tanto están debidamente internalizados con su actividad y el rol que cumple dentro de dichas organizaciones criminales, por lo que el requisito de *predisponibilidad del ejecutor a la realización del hecho* exigido por la teoría de la autoría mediata se tiene plenamente demostrado, más aún cuando ésta organizaciones tiene una cadena de mando, y distribución de tareas debidamente establecidos y enmarcadas dentro de la misma, con lo que se tiene que perfectamente a través del derecho penal se puede afrontar esta nuevas formas del crimen organizado.

Respecto a las organizaciones de Lavado de Activos, se tiene que son aquellas organizaciones que se dedican al lavado de activos, o lavado de dinero, blanqueo de dinero, siendo su actividad el proceso de esconder o disfrazar la existencia, destino o uso ilegal de dinero producto de actividades ilegales, para aparentar como legales; para apreciar su estructura de éstas organizaciones presentamos el diagrama siguiente.

ORGANIZACIONES DE LAVADO DE ACTIVOS

ORGANIZACIONES DE LAVADO DE ACTIVOS DEBIDAMENTE ESTRUCTURADAS



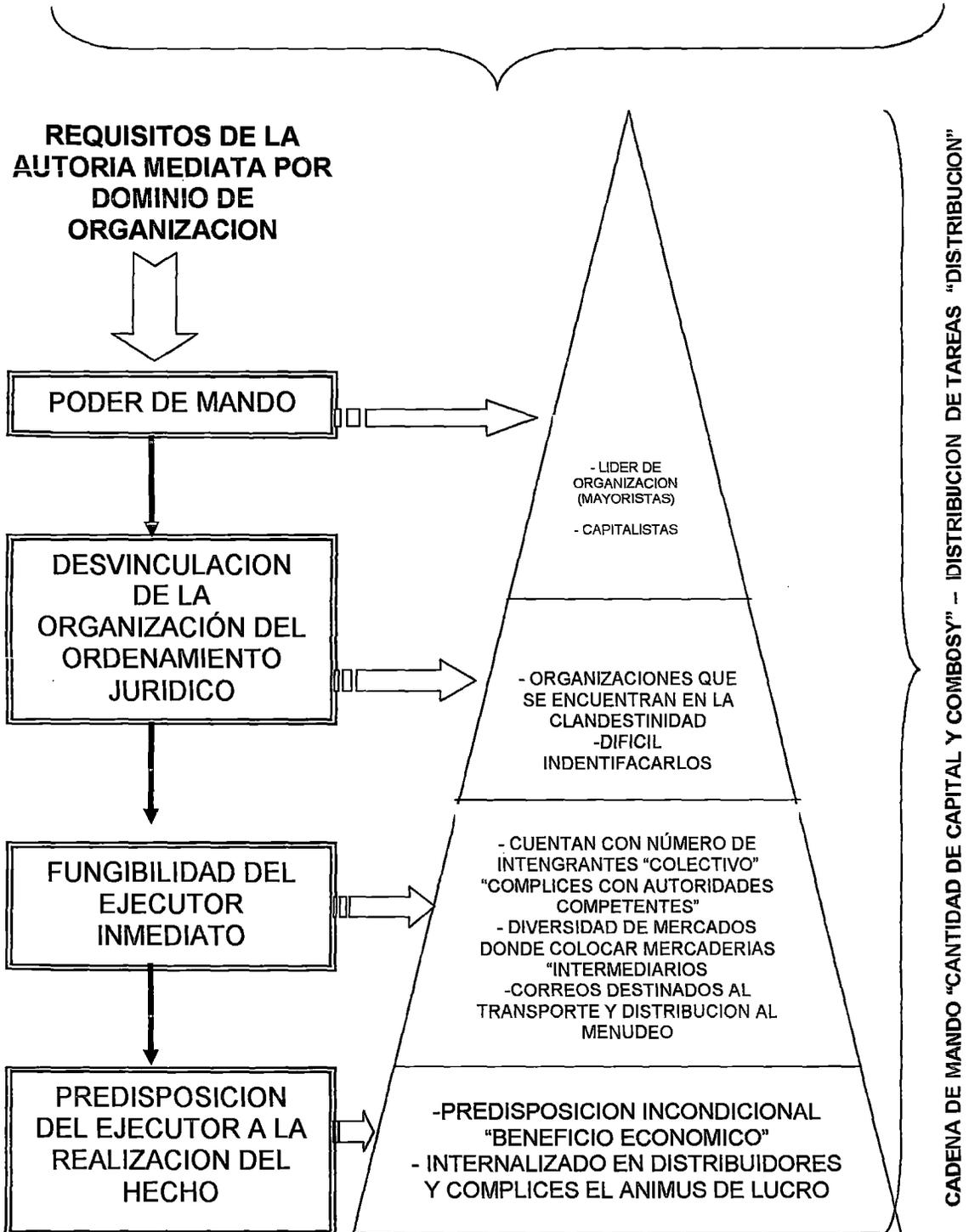
Conforme se puede corroborar, éstas organizaciones cuentan con líderes de compañías de fachada, o también conocidos como pseudo empresarios, éstos son las personas que aportan el capital, es decir el dinero de procedencia ilegal, por lo tanto son ellos quienes tiene el control de dichas organizaciones del crimen organizado, por lo que tienen un *poder mando* dentro de la organización, que dentro de su estructura cuenta con una cadena de mando y distribución de tareas, por lo que se puede decir que queda completamente demostrado que el primer requisitos de la teoría de autoría mediata, se cumple en las organizaciones de lavado de activos; siendo además evidente que éstas organizaciones se encuentran en la clandestinidad, si bien es cierto que algunas de ésta organizaciones cuentan con compañías de fachada, sin embargo éstas no sacan a la luz pública la verdadera procedencia del capital de su compañía, por lo que se tiene demostrado que ésta organizaciones dedicadas al lavado de activos se encuentran *desvinculados del ordenamiento jurídico*; de la misma forma ésta organizaciones del crimen organizado cuentan con número significativo de integrantes dentro de sus estructuras, siendo éstos los cómplices dentro del sistema financiero, y los encargados de conducir empresas de fachada dedicadas al comercio tanto legal e ilegal, por lo tanto al contar con una cantidad considerable de integrantes, al incumplimiento de uno de ellos, el objetivo de la organización no se altera de ningún modo, por cuanto otro integrante lo sustituye inmediatamente para cumplir con los objetivos de la organización, por lo tanto el requisito de la *fungibilidad del executor inmediato*, se tiene demostrado dentro de éstas organizaciones de lavado de activos; finalmente se tiene demostrado también que los ejecutores inmediatos operan con una predisponibilidad

incondicional al cumplir con la tarea que les toca realizar dentro de la organización, por cuanto éstos ejecutores materializan los hechos internalizados del *animus de lucro*, es decir persiguen un beneficio económico, el mismo que les convierte en sujetos con predisponibilidad incondicional en el cumplimiento de sus tareas, por lo tanto el último requisito exigido por la tesis de la autoría mediata por dominio de organización se tiene plenamente demostrado y subsumido. Por tanto se puede establecer que éstas organizaciones del crimen organizado dedicados al lavado de activos cuentan con una cadena de mando, el mismo que se efectúa por el aporte del capital que cada uno de los integrantes efectúa, asimismo se aprecia la distribución de tareas en el cumplimiento de sus planes, por lo que a través de la teoría planteada por Roxin es posible combatir estas formas del crimen organizado.

Finalmente se tiene las organizaciones del crimen organizado dedicados al contrabando, las mismas que se dedican a la compra y venta de mercaderías de procedencia ilegal a través del denominado mercado negro, principalmente se dedican al comercio ilegal de un país al otro; éstas organizaciones de contrabando se establecen de diversas formas de acuerdo al medio por donde operan, sin embargo todas éstas organizaciones cuentan con un patrón de conformación de su estructura criminal, los mismos que presentamos en el siguiente diagrama.

ORGANIZACIONES DE CONTRABANDO

ORGANIZACIONES DE CONTRABANDO DEBIDAMENTE ESTRUCTURADAS



LOS REQUISITOS EXIGIDOS SI SE CUMPLEN EN LAS ORGANIZACIONES DE CONTRABANDO

Del diagrama que antecede, se puede demostrar que las organizaciones dedicadas al contrabando cuentan con un líder de organización que en el mundo del hampa se le conoce como mayorista y/o capitalista, el mismo que obtiene dicho liderazgo por el aporte del capital para la adquisición de la mercadería de procedencia ilegal y por la cantidad de combos con el que cuenta, por lo que con ello se tiene plenamente demostrado que el líder de éstas organizaciones cuenta con el *poder de mando*, por estar detrás de él una estructura bien organizada a la cual dirige, por lo tanto el primer requisito de la teoría de autoría mediata se tiene demostrado; de la misma forma éstas organizaciones se encuentran en la clandestinidad por ser difícil identificarlos, por lo que el segundo requisito de la autoría mediata por dominio de organización se tiene plenamente demostrado en este tipo de organizaciones, es decir éstas organizaciones se encuentran *desvinculadas de la organización del ordenamiento jurídico*, ello en razón a que su principal objetivo es evadir los tributos establecidos por cada Estado; ahora respecto al tercer requisito establecido por la tesis de la autoría mediata por dominio de organización, se tiene que éstas organizaciones dedicadas al contrabando cuentan con un número bastante considerable de integrantes dentro de sus organizaciones, ello debido a que sus mercaderías de procedencia ilegal las colocan en diversidad de mercados, en las que, los encargados de poner en venta dichas mercaderías son parte de sus estructuras, y a la falta de uno de ellos tiene diversas opciones para poder efectuar dicha tarea, por cuanto como hemos señalado cuentan con un número bastante considerable de integrantes, por lo que a falta de uno de inmediato el otro lo sustituye, y puede terminar de colocar la mercadería en diferentes mercados a los

cuales tienen acceso, por lo que se establece que la *fungibilidad del ejecutor inmediato*, esta previsto en éstas organizaciones del crimen organizado dedicadas al contrabando; finalmente se puede establecer también que los ejecutores inmediatos tiene una predisposición incondicional en el cumplimiento de sus tareas que le sean encomendadas por parte de sus jerárquicos dentro de la organización, ello debido a que éstos tienen internalizados el *animus de lucro*, es decir su conducta esta basado en el beneficio económico que le será consignado a su favor, por lo tanto tiene internalizado dicho beneficio por el cual éstos en forma incondicional cumplen con su tarea, siendo además que dentro de éstas organizaciones existen una cadena de mando por ser una organización con estructura piramidal y la tareas de cada uno de los integrantes están plenamente establecidos dentro de ellos, por lo que el requisito de la *predisposición del ejecutor a la realización del hecho* está demostrado en estas organizaciones del crimen organizado dedicadas al contrabando; quedando demostrado con ello la Hipótesis N° 3.

4.4.4.- COMPROBACION DE LA HIPOTESIS GENERAL.

La autoría mediata es una teoría de imputación personal desarrollada recientemente en el derecho penal, las fuentes doctrinales en que se sustenta nos remiten principalmente a la teoría postulada por Claus Roxin, sus fuentes jurisprudenciales se hallan en el derecho penal alemán y en perspectiva sus fundamentos permiten afirmar que sus conceptos son aplicables a las nuevas formas de crimen organizado que existen en la actualidad.

La comprobación de la hipótesis específica N° 1 ha establecido que la tesis de la autoría mediata es una categoría del derecho penal, el mismo que no ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia, por cuanto hemos visto durante la investigación que sus características son recientes, asimismo se tiene establecido la hipótesis específica N° 2, en donde se ha comprobado que las fuentes doctrinarias en que se sustenta la autoría mediata, corresponde básicamente a la tesis sustentada por Claus Roxin, y sus fuente jurisprudenciales nacen en el Derecho Penal Alemán, por lo tanto queda demostrado que la tesis planteada por el Jurista Claus Roxin, es la fuente originaria de la autoría mediata; asimismo en la presente investigación se tiene demostrado que desde el derecho penal es posible afrontar la nuevas formas del crimen organizado, como las organizaciones terrorista, narcoterristas, organizaciones de narcotráfico, organizaciones de trata de persona, organizaciones de lavado de activos y organizaciones de contrabando, por lo tanto a partir de los conceptos sobre autoría mediata desarrollados en la doctrina y jurisprudencia penal comparada, es posible sancionar al autor mediato, quedando con ello demostrado también demostrado la hipótesis N° 3.

Consecuentemente la tesis de la autoría mediata, que es eminentemente una teoría de imputación personal desarrollada recientemente en el derecho penal, permite afirmar que con sus fundamentos es viable y aplicable sancionar los actos ilícitos cometidos por las organizaciones del crimen organizado que existen en la actualidad, es decir permite sancionar al líder de la organizaciones criminales, que en su totalidad no son quienes ejecutan directamente los actos ilícitos, si no simplemente se limitan que otro ejecutor pueda materializar los hechos que éstos

disponen que se realicen, por lo tanto como volvemos a reiterar esta teoría de la autoría mediata, si puede servir para sancionar a los miembros de las nuevas organizaciones del crimen organizado, por lo que la hipótesis general ha sido demostrada.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- la presente investigación ha cumplido con su finalidad. Al haberse alcanzado los objetivos general y específicos propuestos, del mismo modo se ha dado respuesta a las interrogantes planteadas mediante la comprobación de las hipótesis planteadas.

SEGUNDO: No obstante ser una investigación cualitativa y de carácter teórico, se tiene que, mediante la técnica de análisis de textos, se ha planteado y fundamentado una posición doctrinaria en relación a la autoría mediata, que si bien es cierto no ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia, mediante este trabajo debe plasmarse en la aplicación de tal categoría mas allá de lo que actualmente alcanza dicho concepto en la forma en que los jueces y fiscales aplican el derecho.

TERCERO: Se ha establecido con los resultados logrados, que el origen de la autoría mediata aplicada a los aparatos organizados de poder, corresponde fundamentalmente en las tesis de Claus Roxin, ello en la doctrina, y respecto a la jurisprudencia se hallan principalmente en los tribunales alemanes, lo que ha sido seguido por Argentina y otros países incluido el Perú.

CUARTO: Se ha determinado, mediante la presente investigación, las características de la autoría mediata, habiendo señalado que estas comprenden sustancialmente a) poder de mando b) Desvinculación del ordenamiento jurídico c) Fungibilidad del ejecutor inmediato y d) Predisposición del ejecutor al realizar el hecho. Ello no obstante la poca doctrina y jurisprudencia desarrollada al respecto.

QUINTO: La presente investigación, al analizar las estructuras de las organizaciones criminales, ha encontrado que estas resultan ser aparatos

organizados que se adaptan a las características de la autoría mediata, es así que el derecho penal desde la perspectiva de la autoría mediata puede dar una mejor respuesta a este fenómeno.

SEXTO: En relación a las organizaciones criminales dedicadas al Terrorismo, Narcotráfico, Lavado de Activos, Trata de Personas y Contrabando, el Derecho penal actual sólo se ha limitado a sancionar a los ejecutores, sin embargo los jefes o mandos (autores mediatos) no son procesados, por lo que desde el derecho penal y siempre tomando en cuenta la autoría mediata, se puede imponer condenas sin afectar principios del derecho penal y en una actividad legítima del derecho penal.

SETIMO: Dado el escaso desarrollo del concepto de la autoría mediata, en el mundo son pocos los países que lo han aplicado en su jurisprudencia y menos los que lo han incorporado en su legislación, ello porque encuentra cierta resistencia desde la perspectiva de la coautoría, sin embargo se observa una tendencia creciente en su aceptación y aplicación.

OCTAVO: Finalmente debe señalarse que al no existir una investigación o estudio de la autoría mediata, sino que existen tratados parciales y diversificados, desde su marco teórico y conceptual y fundamentalmente desde los resultados logrados, la presente investigación constituye un aporte doctrinario que sistematiza la teoría actual sobre el tema, superando éste inconveniente teórico y constituyéndose un aporte a la doctrina del derecho penal.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Debe incorporarse los resultados de la presente investigación, previa publicación a la escasa teoría existente sobre la autoría mediata, a efectos de tener una fuente sistematizada y competente respecto de sus orígenes y fuentes, características y las perspectivas frente al crimen organizado.

SEGUNDO: Es necesario reconocer que dentro del escaso tratamiento doctrinario y prudencial recibido por la autoría mediata, las fuentes son mínimas y dispersas, por lo que debe continuarse con un esfuerzo de sistematización mayor que permita establecer su origen, evolución y perspectivas.

TERCERO: La Política Criminal del Estado peruano y demás países, debe comprender una previsión legal y jurisprudencial para facilitar y enfrentar el problema de la criminalidad organizada, desde tal punto de vista, la presente investigación debe tomarse en cuenta para la elaboración de tales políticas.

CUARTO: Una eventual publicación de la presente investigación, resulta ser de trascendencia debido a que ello abriría un espacio para el debate del tema, lo que enriquecerá la teoría al respecto y posibilitará una mayor investigación y fortalecimiento de los temas investigados, por ello la publicación posterior resulta ineludible.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE SANCHEZ, Eduardo, Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado, Edit. Océano, Mexico, 1997.
- AYALA ANGUIANO, Armando: The Gringo Connection: Los secretos del narcotráfico y los amos de la droga al descubierto, Edit. Océano, Mexico, 2000.
- BACIGALUPO Enrique: "Manual de Derecho Penal, parte general". Tamis-llanud, Bogotá. 1984.
- BAUMAN/WEBER/MITSCH W, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbch, 10 Aulf, Giesseking, Bielefeld, 1995. Nº 59.
- BERTONI, Eduardo Andrés: Autoría mediata por aparatos organizados de poder; Antecedentes y aplicación práctica. En los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2007.
- Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation.
- BLANCOMELAS, Jesús: El Cartel: Los Arellano Félix, la mafia más poderosa en la Historia de America Latina, Mexico. D.F. Randon House Editt. Mondadori, 2004.
- BLANCORNELAS, Jesús: El tiempo pasa. De Lomas a los Pinos, Serie el dedo en la Llaga, Edit. Océano, Mexico, 1997.
- BOLEA BARDON, Carolina, Autoría Mediata en Derecho Penal, Edit. Tirante Blanch, Madrid 1996. .
- BOTTKER, W. Taterschaft und Gestltungeherrschaft Zur Strulctor von taterchaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Bautein eines gemineuropaischen Strfrechtssystems, C, F, Muller, Heidelberg, 1992.
- CARRARA, Francesco, Programa del curso del Derecho Criminal, Buenos Aires, Edit. Desalma, 1944.
- CASTILLO, Fabio: El Capo RCN, Los Jinetes de la Cocaína, Edit. Documentos periodísticos, 1987.

- CECILIA Lozano Meraz. Modelos de la Delincuencia Organizada. Pág. Web www.goglee.com.mx.
- CERESO MIR José: "Problemas Fundamentales del derecho penal". Editorial Tecnos, Madrid. 1982.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad Organizada, Madrid-España. 2001.
- CLAUS ROXIN, La Teoría del Delito en la discusión actual; Traduc. ABANTO VAZQUEZ, Manuel, Edit. Jurídica Grijley, 2007.
- Código Penal, edición oficial Edit. Grijle, Octubre 2009.
- Cuaderno Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Junio 2007.
- DEGRORI, Carlos Iván: Harvesting Storms. Peasant and the Defeat of Sendero Luminoso in Ayacucho, Edit. Duke University Press, 1998.
- Diccionario Enciclopédico, Virtual, OMEBA, Tomo II, 2006.
- Diccionario Virtual Espasa, Edit. Océano, 2006.
- Dirección General de Terrorismo Internacional y Delitos Complejos: Informe Zona "Triple Frontera" Panorama Actualizado de la Región. Dirección General de Terrorismo Internacional y Delitos Complejos; 2002, Revista Académica, SIN.
- El semanario "Cambio" identifica a las seis personas que aparecen en primer lugar en la lista. Los ciudadanos Chumbe y Achuy son identificados por el testimonio N° 149003, de la CVR.
- ESCOBAR, Roberto: Mi hermano Pablo. Quintero Editores, Colombia, 2000.
- Expediente N° 0965-2004-HC/TC, del 14 de enero de 2005.
- Fallo 309.2, el 30 de diciembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Considerando 20 y 21.
- FARALDO CABANA, Patricia; Responsabilidad del Dirigente en estructuras Jerárquicas; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- FERRÉ OLIVE, J.C. Blanqueo de capitales y criminalidad organizada, en ANARTE BORRALLA, E, Delincuencia organizada, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

- FRAGOSO, Heleno Qaudio, *Liasas de Diritto Penal, Parte General*, Sao Paulo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Español*, Madri, 1976.
- GALVÉZ OLAECHEA, Alberto: *Informe para la comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación Nacional*, Manuscrito, Cajamarca, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid facultad de Derecho Sección de publicaciones e intercambio, 2003.
- GIMBERNAT, *Zur Krit der Lehre vom uberpositiven Rect.*, Peter Hasntein Verlag, Bonn, 1966.
- GOMEZ BENITEZ José Manuel: "Teoría Jurídica del delito. Derecho penal, parte general". Editorial Civitas S.A., adrid. 1987.
- HARRIS, *Tyranny: On Trial*, Southern, Methodist university press, Dallas, 1990.
- HILGERS, B. M. *Verantwortlichceit von Führungskraften in Untemehmen fur Hanlungen ihrer Mitarbeiter*, iuscrim, Freiburg im Br. 2000.
- HURTADO POZO, JOSE: *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2006.
- JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal, Parte general. La imputación Objetiva en derecho penal*. MANUEL CANCIO mella (Trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; *La competencia por organización en el delito omisivo*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.) Bogotá; Universidad externado de Colombia, 1994 *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, 1996.
- JAKOBS, Gunter: *Crimines del Estado-Illegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?*; DOXA núms. 17-18. *Derecho penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons; Madrid, 1995, Trad. De la 2º edición Alemana.
- JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, Edit. Marcial, Pons, Madrid, 2004.

- JAKOBS, Gunther: *Strafrech allgemeiner Teil: Die Grundlagen un die Zurechnungslehre*, 2º Edic. Walter de Gruyter, Belin. New York, 1991.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Barcelona Bosch, 1994.
- JESCHECK/WEIFGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Aula Duncker & Humbolt, Berlin, 1998.
- KAUFMAN, Arthur: *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Utrecht und vom ubergesetzlichen Rect. In der Diskussion un das im Namen der DDR begagene Unrecht*; NJW, 1995.
- KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- LAMAS PUCCIO, Luís. "Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero". Editorial Jurídica. Segunda Edición, 2003.
- LASCANO, Carlos Julio: *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*; p.368. Votos de loa magistrados supremos. Enrique S. Petrachhi y Jorge A. Bacqué son claros al respecto- Considerando Décimo Quinto-, al igual, según al Magistrado Supremo Carlos S. Fayt- Considerándos vigésimo primero y vigésimo segundo- Los Magistrados supremos José S. Caballero y Augusto C. Belluscio.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Derecho Penal, Parte General, III, Los Fundamentos de extensión de la tipicidad*, Leynfor, Madrid, 1996.
- *Manual de curso de Post Grado Trata de Personas, Modulo II: Fundamentos y enfoques integrales de la trata de personas*, Edición 2006: OPCION.
- MARQUEZ CARDENAS, Alvaro E. *La autoría mediata en el Derecho Penal: Formas de instrumentalización*. Bogota; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002.
- MATTA ALDANA, Luis Alberto: *Colombia y las FRAC-EP. Origen de la lucha Guerrillera. Testimonio del comandante Jaime Guaraca*. Tafalla: Txalaparta argिताletxea. ISBN, Edit. Hula, 1997.

- MAURACH, R /GOSSEL, K, H./ZIPF, Derecho Penal Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Astrea, Buenos Aires, 1995. III C.
- MEINI MENDEZ, Ivan: El dominio de la organización en Derecho Penal, obra citada, p. 18,19. FARALDO CABANA, Patricia; Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La Autoría mediata con aparatos organizados de poder. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- MEINI, Ivan: Cometario a la Sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre del 2006, Expediente Acumulado 560-03: Dictada en contra de Abimael Guzmán: Revista de Derecho IDEHPUEP: Pontificia Universidad Católica del Perú 96 años.
- MEINI, Ivan: Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal; Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 14, 2004.
- METTGENBERG, W. (Hrsg) Erwin Bumke zum 65, Geburtstage, Decker, berlin, 1939.
- Módulo de Trabajo, OPCION "Convenciones de las naciones Unidas contra la Corrupción y la delincuencia Organizada Transnacional Concordada con la Legislación Peruana, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a Roxin "Política Criminal y sistema del derecho Penal" 2da Edición. Hamurabi Bs. As. 2000.
- NOSIGLIA, Julio E. Botin de Guerra, Buenos Aires: Cooperativa Tierra Fértil, 1985.
- OPCION: Crimen y Criminalidad organizada. Lima-Peru, 2004.
- PARIONA ARANA, Raúl: Autoría mediata por organización, Editorial Grijley, Lima, 2009.
- PARIONA ARANA, Raúl: La Doctrina de la disposición al hecho. Fundamento de la autoria mediata en virtud de dominio por organización, 2008.
- PEÑA CABRERA Raúl: "Tratado de Derecho Penal, Parte general". Vol. I. 3ª Edición. Lima. 1995.

- RADBRUCH, Gustav; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2005.
- RAFIN, Marcelo: *La experiencia del horror, Subjetividad y derechos Humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur*; Ed. Del Puerto, Bs. As. 2006.
- Revista ARI, Num. 82. Artículo publicado por Fernando Reinares. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicas. 2005.
- Revista de Derecho Penal y Actualidad Política, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- Revista Peruana de Ciencias Penales, 11 Edición, Ideosa, 2002.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, 2002.
- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998.
- ROXIN, Claus, *derecho penal/Parte general*, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid editores, 1997, Nº 2, 4; IDEM, 1976.
- ROXIN, Claus, *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En REJ. Revista de estudios de la Justicia – Nº 7- Año 2006.
- ROXIN, Claus, *Satrafaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, 2003, Nº 27 ss.; IDEM, 2000; IDEM, en LK, 1993, Nº 7.
- ROXIN, Claus, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Edit. Praxis, Barcelona, 1985.
- ROXIN, Claus: *Problemas actuales de Política Criminal*, conferencia traducida por Enrique Diaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el auditorio Jaime Torres Bidet, del Museo Nacional de Antropología e Historia, Mexico.
- RUIZ ANTÓN Luís Felipe: *"El agente provocador en el derecho penal"*. Edersa, Madrid-1982.
- Sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985, por el Tribunal federal Superior Aleman contra los integrantes de las últimas Juntas Militares, que

gobernaron dicho país desde el 24 de marzo de 1976. Edit. Congreso de la Nación.

- Sentencia emitida por la Sala Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis, Exp. N° 560-2003. en www.gacetajuridica.com.pe. Fecha de visita 07/01/2010.
- SUAREZ SANCHEZ, Alberto, Autoría, Universidad Externado de Colombia, 3Edic. 2007.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo (2004). Delitos aduaneros, Mave Editor edición.
- VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2008.
- VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Editorial Grijley, Lima, 2006
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal*, Edit. San Marcos.
- VILLAVILLENCIO TERREROS Felipe: "Lecciones de derecho penal". Cultural Cuzco. Lima- 1990.
- [www. Justiciaviva.org.com](http://www.Justiciaviva.org.com)
- ZAFARRONI Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Ediar Bs.As.- Argentina, 1982.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl: "Tratado de derecho penal, parte general". Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires. b 1982, pág. 294. FERNANDEZ Alberto A.- PASTORIZA Luís G.: "Autoría y participación criminal". Lerner Edit. Asociados, Buenos Aires. 1987.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal, en FERRÉ OLIVE, J.C./ANARTE BORRALO, E. *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

ANEXO 01**GUIA DE INVESTIGACION DOCUMENTAL****TEORIAS SOBRE LA AUTORIA (MEDIATA)****I.- IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO.**

1.1.-TITULO.....

1.2.- AUTOR.....

1.3.- LUGAR DE EDICION.....AÑO.....

1.4.- EDITORIAL.....

II CRITERIOS DE INVESTIGACION.

FUNDAMENTO	ARGUMENTO	PAG.	COMENTARIO U
TEORIA ROXIN	TEORIA 1		OBSERVACION
FUNDAMENTO	ARGUMENTO	PAG.	COMENTARIO U
TEORIA JAKOBS	TEORIA 2		OBSERVACION