

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

JOSÉ HURTADO POZO

EDITOR



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

JOSÉ HURTADO POZO

EDITOR

- Klaus Tiedemann
- Raúl Pariona
- Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John
- María Acale Sánchez
- Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello
- José Leandro Reaño Peschiera
- Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez
- Julio Armaza Galdós
- Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo
- Fernando Velásquez Velásquez
- Iván Meini
- Percy García Caveró
- Laura Zúñiga Rodríguez
- Joseph du Puit



Universidad de Friburgo
Suiza



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR*

RAÚL PARIONA

I. Preliminares. II. Desarrollo y estado actual. III. Fundamentación de la estructura dogmática «autor detrás del autor». IV. Posturas disidentes. 1. «Principio» de responsabilidad. 2. El concepto de «autonomía» (Köhler, Meyer, Renzikowski). 3. El concepto de «responsabilidad» (Schumann, Zieschang). V. La doctrina jurisprudencial 1. La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania. A. Caso «Rey de los gatos» (BGHSt. 35, 347). B. Caso «Muro de Berlín» (BGHSt. 40, 218). 2. La doctrina de la Corte Suprema del Perú. A. Caso: «Fujimori y el falso fiscal». B. Caso: «Abimael Guzmán y Sendero Luminoso». VI. Conclusiones.

I. PRELIMINARES

En la literatura especializada se observa frecuentemente el empleo del término «autor detrás del autor» para hacer referencia a la «autoría mediata por dominio de organización». Sin embargo, bajo esta figura se comprende una problemática mucho más amplia, de mayor trascendencia y que abarca variadas constelaciones de casos. El problema dogmático radica en la pregunta de si es posible admitir una autoría mediata de quien para la comisión del delito se sirve de otro que también actúa puniblemente como autor; es decir, cuya conducta es típica antijurídica y

* Este artículo ha sido posible gracias al apoyo del Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Munich (Alemania) y de mi maestro el profesor Claus Roxin.

culpable. Si bien la doctrina dominante ha respondido afirmativamente a esta pregunta, la respuesta no ha sido siempre unívoca.

En las páginas que siguen, como una contribución a la doctrina de la autoría, se presenta un estudio de la figura dogmática «autor detrás del autor» en la que se fundamenta y defiende su legitimidad y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico peruano.

II. DESARROLLO Y ESTADO ACTUAL

En lo fundamental, la figura del «autor detrás del autor»¹ afirma la posibilidad dogmática de sancionar como autor (mediato) al hombre de atrás, pese a que el ejecutor inmediato es plenamente responsable por sí mismo como autor. La figura es una materialización de la estructura dogmática de una «autoría mediata» detrás de una «autoría inmediata». Dentro de las constelaciones de casos que presentan esta estructura, destacan en la literatura y en la jurisprudencia los siguientes: la autoría mediata de quien se vale para su fin criminal de un ejecutor inmediato que actúa bajo error de prohibición vencible; la autoría mediata mediante engaño sobre la identidad de la víctima; la autoría mediata mediante engaño sobre la medida del injusto; la autoría mediata mediante ejecutor con capacidad de culpabilidad reducida y la autoría mediata por dominio de organización.

La discusión sobre la posibilidad de una autoría mediata detrás de un ejecutor inmediato plenamente responsable es de larga data. Inicialmente, si bien el sentido intuitivo llevaba a afirmar la autoría del hombre de atrás, se carecía, sin embargo, de una fundamentación dogmática. Las primeras reflexiones sobre esta problemática vienen de la doctrina alemana. Así, la antigua teoría formal negativa, que admitía una autoría mediata siempre y cuando el ejecutor directo no sea autor, declaraba —ya por definición— la imposibilidad de la figura del autor detrás del autor. Contrariamente a esta concepción, la teoría subjetiva interna admitía la posibilidad de la figura e, incluso, la consideraba como una consecuencia necesaria, puesto que el hombre de atrás casi siempre evidencia un *animus auctoris*². Igualmente, la teoría subjetiva tradicional, si bien no consideraba como consecuencia necesaria de sus postulados la admisión de la figura, sí la admitía en algunas constelaciones de casos, sobre todo cuando el hombre de atrás consideraba erróneamente ser autor del hecho delictivo³. La posibilidad de la autoría mediata mediante ejecutor inmediato

1 La denominación de «autor detrás del autor» dada esta figura dogmática se debe al jurista alemán LANGE, en KOHLRAUSCH/LANGE: 1950: § 47: I B 1.

2 Cfr. BINDING, 1911: 13.

3 BAUMANN, 1960: 444. Esta concepción es defendida por Baumann hasta hoy, cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003: § 29, N. 148 ss.

plenamente responsable ha sido defendida, igualmente, con fundamentos objetivos. Siguieron este camino los defensores de las teorías objetivas de la participación. En esta línea se enmarcan las obras de Claus Roxin⁴ y Friedrich-Christian Schroeder⁵ quienes, por primera vez, desarrollaron y fundamentaron a profundidad la estructura dogmática del autor detrás del autor. Sus decisivas contribuciones a esta doctrina han promovido, en la ciencia, la renovación de la discusión. Su influencia se ha visto reflejada también en la jurisprudencia que la ha asumido expresamente como una figura posible, factible y de gran utilidad.

En la actualidad, la figura se ha impuesto en la discusión científica. La doctrina mayoritaria defiende la posibilidad de una autoría mediata de quien actúa detrás de una persona que también responde como autor⁶. La discusión actual en este sector radica, más bien, en establecer el ámbito de aplicación y sus límites. Pese a todo, aún se puede observar algunas voces que niegan la posibilidad de una autoría mediata en estos casos⁷, calificando el comportamiento del hombre de atrás únicamente como instigación o coautoría. Sin embargo, dentro de este sector pocos son consecuentes con sus posturas, pues terminan admitiendo la figura «excepcionalmente».

III. FUNDAMENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA

«AUTOR DETRÁS DEL AUTOR»

La figura del «autor detrás del autor» no se fundamenta en la pura decisión de sancionar como autor al hombre de atrás porque según el sentimiento justicia este último aparecería como la figura central del evento delictivo. La sanción del hombre de atrás como autor mediato tiene, más bien, una explicación dogmática; es decir, la sanción se desprende de las reglas jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico penal. En lo que sigue, planteo mi concepción, fundamento la estructura dogmática del autor detrás del autor y crítico las opiniones que cuestionan la figura. Según el orden metodológico trazado, se seguirán dos etapas: en primer lugar, determinar cuál es el criterio que debe guiar la distinción entre autoría (mediata) y participación (en especial la instigación) y, en segundo lugar, una vez fijado el criterio, evaluar si este presentaría algún tipo de obstáculo dogmático en

4 ROXIN: 2006.

5 SCHROEDER: 1965.

6 Cfr. ROXIN: 2006: 244; el mismo: 2003b: § 25, N. 105 ss.; SCHROEDER, 1965: 119 ss.; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 65 ss; BLOY, 1996: 440, 441; INGELFINGER, 1992: 183; KRESS, 2006: 205; KÜHL, 2005: § 20, N. 73 s.; KÜPPER, 1998: 523; LAMPE, 1994: 743; SATZGER, 2008: § 14, N. 43; SCHILD, 1994: 10; WESSELS/BEULKE, 2007: § 13, N. 541; SCHMIDHÄUSER, 1975: 14/19; CRAMER-HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006: § 25, N. 23, entre otros.

7 Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003: § 29, N. 146 s.; JAKOBS, 1991: 21/113; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 669; OTTO, 2004: § 21, N. 92; SPENDEL, 2002: 608.

el tratamiento de la responsabilidad del hombre de atrás, en los casos en los que el ejecutor también es responsable.

Sobre los criterios de distinción entre autoría y participación se ha discutido ampliamente en la doctrina, y hoy es aceptado pacíficamente el criterio del dominio del hecho para la mayoría de los delitos⁸. La vigencia de este criterio se ha extendido a casi toda la doctrina penal influenciada por el pensamiento penal alemán. Este criterio está igualmente vigente en la doctrina y jurisprudencia peruanas⁹. Para la mayoría de los delitos; es decir, para los «delitos de dominio» —«delitos comunes» según la doctrina tradicional— autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos y partícipe es quien, careciendo de dicho dominio, interviene en los hechos con contribuciones secundarias, ya sea instigando o ayudando. El criterio del dominio rige igualmente para la autoría inmediata, como para la autoría mediata y para la coautoría. Ahora bien, dado que la figura del autor detrás del autor pone al hombre de atrás en relación con el ejecutor, se debe esclarecer si el criterio sufre aquí alguna restricción. Según el Código Penal peruano, la autoría mediata supone la realización del hecho punible «por medio de otro» (art. 23 CP). En aplicación del criterio del dominio del hecho, esto significa que el hombre de atrás tiene el dominio del evento criminal por medio de otro. El hombre de adelante (ejecutor) sirve como instrumento¹⁰ para los fines criminales del hombre de atrás. Ello es así, independientemente de las características que presente el ejecutor, pues la calidad de instrumento del ejecutor no significa que el hombre de adelante necesariamente deba presentar algún «déficit de punibilidad»; o que, en general, deba ser un sujeto no responsable; o que deba carecer de dominio. Los supuestos de dominio del acontecimiento criminal por medio de otro se dan cuando el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra bajo error, bajo coacción, sea cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder bajo su dominio¹¹.

El criterio que debe orientar la delimitación es el de «dominio» y consecuentes con el criterio asumido, si se advierte el dominio del hecho en el hombre de atrás se

8 Cfr. ROXIN, 2006: 34 ss., para el desarrollo histórico-dogmático de la discusión.

9 Sobre el estado actual de la discusión en la doctrina nacional cfr. HURTADO POZO, 2005: N. 2194 ss., quien admite que «el dominio del hecho es el criterio que, no obstante sus deficiencias, mejor permite definir al autor del acto y distinguir los casos de participación en sentido estricto». Cfr. adicionalmente VILLA STEIN, 2001: 315 s.; VILLAVICENCIO, 2006: N. 1020 ss.

10 MITSCH, 2007: 353; STRATENWERTH/ KÜHLEN, 2004: 2004, § 12, N. 30; WESSELS/BEULKE, 2007: § 13, N. 535; KÜHL, 2005: § 20, N. 38; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 69 s; FISCHER, 2008: § 25, N. 4 s.

11 BLOY, 1996: 440, 441; INGELFINGER, 1992: 183; KRESS, 2006: 205; KÜHL, 2005: § 20, N. 73 s.; KÜPPER, 1998: 523; LAMPE, 1994: 743; ROXIN, 2006: 242; SATZGER, 2008: § 14, N. 43; SCHILD, 1994: 10; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 122; WESSELS/BEULKE, 2007: § 13, N. 541.

debe afirmar su autoría (mediata), independiente de si el ejecutor tiene también el dominio o carece de él. Los casos en los que el hombre de atrás posee el dominio del hecho y el ejecutor también posee un dominio se enmarcan en el supuesto del autor detrás del autor. De este razonamiento se desprende que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, en el dominio que este posee sobre la realización del evento criminal. La admisión de la autoría mediata no debe ser buscada en el ejecutor inmediato, en sus características. En suma, para la autoría (mediata) del hombre de atrás no es de relevancia decisiva si el ejecutor presenta o no un «déficit de punibilidad», de «autonomía», de «responsabilidad» o, incluso, de «dominio». Lo que es decisivo es el rol central que el hombre de atrás posee, su poder de configuración; es decir, el dominio del hecho.

Fundamentada así la autoría mediata, se debe admitir la figura dogmática del «autor detrás del autor» cuando se verifique un dominio de los hechos por parte del hombre de atrás, pese a que el hombre de adelante posea también un dominio directo de los hechos. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de autoría mediata mediante ejecutor que actúa bajo error de prohibición vencible, mediante engaño sobre la identidad de la víctima o, de la ya famosa, por dominio de organización.

En el primer caso, quien se sirve para sus fines criminales de un ejecutor que se encuentra bajo un error de prohibición vencible tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo tanto es autor mediato del mismo¹². El hecho de que el ejecutor sea (también) responsable penalmente como autor inmediato por su comportamiento no impide que el hombre de atrás tenga también dominio de los hechos. Si A, que quiere matar a C por una venganza personal, le dice a B que mate a C, pues este sería un ser que tendría intenciones de eliminar a la humanidad, y B, creyendo ciegamente, mata a C, entonces A es autor mediato, pues mediante el engaño ha aprovechado el error de prohibición (vencible) del ejecutor y ha logrado su fin criminal. A ha dominado el evento criminal mediante el «instrumento» que actuó bajo error. El hecho de que el ejecutor sea también responsable como autor inmediato del homicidio no elimina el dominio que tuvo el hombre de atrás. A es, pues, autor mediato de los hechos.

La estructura de la autoría mediata es similar en el segundo caso. A, que quiere matar a C por venganza personal, se entera de que B está decidido a matar a D, a quien esperará en una determinada calle para allí dispararle. A engaña a B indicándole que la persona que está en la calle es D, aunque en realidad se trata de C. B dispara a C. Sobre la responsabilidad de B como autor de la muerte de C no existe mayor problema, pues es evidente que el error in persona no libera a B

12 En esta dirección también PUPPE, 2004: 231, 241; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003: § 29, N. 139.

de su calidad de autor inmediato¹³. El comportamiento de A debe ser calificado igualmente como autoría mediata¹⁴, pues él ha logrado su objetivo criminal mediante el ejecutor. El hombre de atrás tuvo el dominio del evento criminal, pues se sirvió como «medio» de una persona que se hallaba bajo error. El hecho de que el ejecutor sea responsable como autor no hace desaparecer el dominio que el hombre de atrás tuvo sobre los hechos. Aquí no se presenta una instigación por parte de A, pues este no ha convencido al ejecutor de realizar el hecho punible, sino que el ejecutor ya estaba convencido. Tampoco cabe afirmar complicidad, pues A no prestó ayuda a B, sino que más bien materializó su propio plan criminal.

El caso de la autoría mediata por dominio de organización constituye también un supuesto donde se presenta la figura del autor detrás del autor¹⁵. Quien desde la posición de mando de un aparato de poder organizado, que se encuentra al margen del derecho, ordena a sus miembros ejecutores la comisión de crímenes, tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo que se le puede imputar el hecho delictivo a título de autor mediato, esto sin importar que los ejecutores inmediatos sean también plenamente responsables como autores directos. Este fue el caso en nuestro país del líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, quien ordenó la ejecución de personas, órdenes que fueron ejecutadas por los brazos armados ejecutores de la organización. Abimael Guzmán es autor mediato, a él se le pueden imputar los asesinatos como obra suya, pues este tenía el dominio sobre la organización de la que dependían los ejecutores directos. En este caso, igualmente que en los anteriores, la responsabilidad de los ejecutores como autores inmediatos no evita el dominio del hombre de atrás.

IV. POSTURAS DISIDENTES

Pese a que la figura del «autor detrás del autor» constituye doctrina dominante en el derecho penal moderno, su posicionamiento no ha sido pacífico. Contra esta estructura dogmática se han presentado diversas objeciones. Desde consideraciones basadas en el déficit de punibilidad del ejecutor hasta críticas basadas en la «responsabilidad» del ejecutor que hacen referencia a distintos aspectos del concepto de autonomía y del concepto de responsabilidad.

13 En este mismo sentido ROXIN, 1976b: 189 ss.

14 Apoyan la tesis de la autoría mediata entre otros SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 104 s.; SCHROEDER, 1965: 143 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975: 14/19; ROXIN, 2006: 212 ss.; KÜPPER, 1998: 528; KÜHL, 2005: § 20, N. 74; CRAMER-HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER/ 2006: § 25, N. 23.

15 Sobre la discusión en detalle de esta forma de autoría mediata cfr. mis trabajos publicados en *JuS Doctrina & Práctica*, Lima: 12/2007: 37 ss.; en *Actualidad Jurídica*, Lima, diciembre 2007, t. 169: 113 ss.; y en *JuS Jurisprudencia*, Lima, 2/2008: 145 ss.

1. «Principio» de responsabilidad

La perspectiva que comprende a casi todas las concepciones críticas contra la figura del «autor detrás del autor» se basa en el denominado «principio» de responsabilidad. Desde este sector¹⁶ se rechaza la figura del «autor detrás del autor», argumentando que no puede existir una autoría mediata del hombre de atrás si el ejecutor inmediato es ya plenamente responsable como autor del hecho delictivo; la crítica a la figura gira en torno al ejecutor inmediato, y pone el acento en sus características o cualidades.

Además, sostienen que ante la intervención de varios sujetos en el hecho punible, uno como ejecutor directo y otro como hombre de atrás, solo uno de ellos puede ser responsable por el hecho punible. La responsabilidad como autor de uno de ellos excluye la responsabilidad como autor del otro. Bajo esta perspectiva doctrinal, existen distintas concepciones que ponen el acento en distintos aspectos del concepto de autonomía y propia responsabilidad. Se indica, por ejemplo, que un autor plenamente responsable no puede ser a la vez instrumento de otro¹⁷; que de quienes intervienen solo uno de ellos puede tener el dominio. Esta concepción se expresa igualmente en la difundida tesis del «déficit de punibilidad», según la cual el hombre de atrás sería autor mediato si el ejecutor inmediato tiene un déficit de punibilidad; es decir, si su comportamiento no constituye un delito completo. Si el ejecutor inmediato es plenamente punible como autor, entonces el hombre de atrás será solo un instigador. Sin embargo, esta tesis no tiene sustento legal en las legislaciones que reconocen el principio de accesoriadad limitada de la participación, principio que admite la participación en un hecho típico y antijurídico; es decir, la participación en un hecho que presenta un déficit de punibilidad. Ello demuestra que el déficit de punibilidad en el ejecutor no lleva siempre a la autoría mediata del hombre de atrás.

El llamado principio de responsabilidad, que en el ámbito de la imputación objetiva juega un papel importante delimitando los ámbitos de responsabilidad, no constituye una perspectiva dogmática adecuada para el tratamiento de la problemática de una autoría mediata detrás de una autoría directa (teoría de la delimitación de la participación), como expondré en las páginas que siguen. En principio, ya la existencia misma de la coautoría y de la autoría accesoria demuestran que el dominio del hecho y la responsabilidad pueden estar presentes en varios o todos los participantes¹⁸ y no necesariamente debe recaer en uno solo de estos; y, además,

16 Cfr. SCHUMANN, 1986: 6; RENZIKOWSKI, 1997: 71; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 605; JAKOBS, 1991: 21/94; MEYER, 1984: 101 ss.

17 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996: 670; JAKOBS, 1991: 21/103;

18 En este sentido también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989: 237; SCHAFFSTEIN, 1989: 156.

para la teoría de la delimitación de la participación está absolutamente claro que la responsabilidad del autor mediato no elimina o evita la responsabilidad del partícipe, y queda el principio en este ámbito sin mayor eficacia delimitadora.

2. El concepto de «autonomía» (Köhler, Meyer, Renzikowski)

El sector doctrinario que sustenta la distinción entre autoría mediata e instigación en el concepto de «autonomía» rechaza —en principio— la figura del autor detrás del autor. Aquí destaca la concepción de Köhler¹⁹, quien en la perspectiva de la filosofía idealista de Kant declara que el comportamiento es expresión de la libertad de cada persona. En su opinión, la autoría mediata supone que el hombre de atrás realice el hecho injusto a través de otro, proporcionando y representando al ejecutor circunstancias que serían conforme a derecho²⁰. Si el ejecutor no se deja llevar por representaciones, sino que «se determina a sí mismo» como un ser libre; es decir, si es autónomo en su accionar, entonces el hombre de atrás será solo un instigador.

Köhler limita la autoría mediata a la realización del tipo penal mediante un ejecutor que actúa sin dolo, o mediante un ejecutor que actúa justificadamente, llevando así la idea de la «autonomía» hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, con esta postura radical, casi todos los casos de la figura del «autor detrás del autor» son considerados casos de instigación y no, como la doctrina mayoritaria admite, de autoría mediata. Así por ejemplo²¹, quien para realizar el delito se vale de un ejecutor que actúa bajo coacción (caso clásico de autoría mediata sobre el cual no existe discusión), responderá solo como instigador. Igualmente, responderá solo como instigador quien se vale de un ejecutor que se encuentra en error de prohibición —sin importar que se trate de un error de prohibición evitable o inevitable—. Igual calificación merecería quien se vale para la comisión del delito de un menor de edad. Para el caso de los crímenes mediante aparatos organizados de poder, Köhler postula —consecuente— la responsabilidad del autor de escritorio solo como instigador²².

La calificación de simple «instigador» al hombre de atrás en todos estos casos es insostenible. Sus propuestas de solución radicales no se pueden justificar bajo el amparo de ser fiel a una teoría filosófica. El recurso a la filosofía para argumentar soluciones jurídicas tiene su límite en las disposiciones legales. Los conceptos legales obligan al intérprete y no pueden ser dejados de lado por servir a teorías

19 Su pensamiento se delinea principalmente en su obra, *Strafrecht Allgemeine Teil*, 1997.

20 KÖHLER, 1997: 505

21 KÖHLER, 1997: 506, 508 ss

22 KÖHLER, 1997: 510.

filosóficas²³. No se puede negar, simplemente por ser «consecuente» con una teoría filosófica, que el ordenamiento jurídico sanciona como autor mediato a quien para cometer su hecho punible se sirve de otro como instrumento que actúa bajo coacción. En la doctrina, Roxin²⁴ critica la concepción de Köhler, al preguntar qué sentido tendría llevar al centro de los acontecimientos delictivos a instrumentos no culpables y dejar de lado a los verdaderos directores responsables. Esta concepción llevaría, incluso, a la consecuencia absurda de negar absolutamente la autoría mediata, pues todo instrumento sigue siendo un sujeto libre que reflexiona y podría salir fácilmente de su condición de «simple medio» mediante un ejercicio mental como el pensar.

Otro representante de este sector, que recurre al concepto de «autonomía» para distinguir entre autoría mediata e instigación, es Meyer, discípula de Schmidhäuser. Según su concepción, la autoría mediata se caracterizaría por la falta de libertad en el ejecutor inmediato; es decir, por la afectación a su autonomía²⁵. Sin embargo, el criterio «autonomía» en Meyer presenta serias objeciones, puesto que es sumamente flexible y no ofrece una delimitación segura²⁶. Así, se puede observar que en casi todos los casos los ejecutores directos mantienen una autonomía o, en todo caso, un cierto grado de autonomía, lo que llevaría a asumir siempre una simple participación del hombre de atrás. De otro lado, los supuestos de instigación casi siempre reducen la autonomía del ejecutor directo, lo que llevaría a la autoría mediata y no —como ella pretende— a la instigación. La «autonomía» no es pues un criterio seguro, sino que legitima más bien cualquier solución intuitiva. Además, se puede observar un elemento que evidencia la inconsistencia de la concepción de Meyer, cuando esta admite una autoría mediata en los casos donde el ejecutor inmediato es plenamente responsable, como sucede con la autoría mediata por dominio de organización para los crímenes a través de aparatos organizados de poder²⁷. Pues aquí no cabe duda de que el ejecutor mantiene su «autonomía». Küper²⁸, en un interesante estudio sobre la «autonomía», señala, con razón, que el concepto de autonomía utilizado por Meyer es notoriamente inseguro, que cambia «camaleónicamente» de significado dependiendo del contexto en el que se encuentra, de tal modo que su contenido se convierte en discrecional. Meyer señala que «autonomía» es la libertad de hacer o dejar hacer lo

23 Cfr. en este mismo sentido ROXIN, 2003b: § 25, N. 180; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 64.

24 ROXIN, 2003b: § 25, N. 181.

25 MEYER, 1984: 86 ss; 132 s.

26 Con críticas en esta dirección cfr. NEUMANN, 1985: 467, 468; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 63; ROXIN, 2003b: § 25, N. 174; KÜPER, 1986: 229;

27 MEYER, 1984: 101 ss.

28 KÜPER, 1986: 219 ss

que se quiere y como se quiere; y de no dejar hacer consigo lo que no se quiere. Sin embargo, luego determina el concepto de autonomía con reglas de responsabilidad jurídica. Posterior y nuevamente con otro contenido, lo orienta a la valoración de intereses; y otra vez este concepto es entendido en correspondencia con los bienes jurídicos, o individualizado subjetivamente.²⁹

En esta misma dirección, Renzikowski³⁰ fundamenta la distinción entre autoría mediata y participación en un concepto normativo de «autonomía». Según su concepción³¹, en la interacción entre el hombre de atrás y el hombre de adelante, la autonomía del ejecutor impediría constatar el dominio del hecho en el hombre de atrás, lo que, como consecuencia, cerraría la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás. Luego, en un razonamiento en contrario, solo la falta de autonomía en el ejecutor fundamentaría la autoría mediata. Según sus postulados, quien actúa bajo un error sobre sentido concreto de la acción³² no actuaría autónomamente, en consecuencia, cerrará la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás que se sirve de esta persona. También, se rechaza una autoría mediata para los casos de crímenes mediante aparatos organizados de poder, donde se admite únicamente un supuesto de instigación³³. Sin embargo, pueden hacerse varias objeciones a la concepción de Renzikowski ya que no ubica bien el punto crítico de la discusión. Lo que fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás no es la falta de autonomía del ejecutor, sino el dominio del hecho que el hombre de atrás posee. La autonomía del ejecutor puede estar plenamente presente o puede estar afectada. Para el dominio del hombre de atrás esto no es decisivo. Por lo demás, el mismo concepto de «autonomía» no constituye un criterio adecuado para distinguir el autor mediato del partícipe. Se trata de un criterio arbitrario y demasiado flexible que lleva a justificar cualquier postura.

Además, pese a que un desarrollo consecuente de la idea de «autonomía» lleva necesariamente a la negación de la figura del autor detrás del autor³⁴, Renzikowski termina asumiendo una autoría mediata allí donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable o con capacidad de culpabilidad reducida; es decir, donde el ejecutor es también responsable penalmente como autor. El ordenamiento jurídico valora en estos casos la conducta del ejecutor como suficientemente «autónoma», pues la sanciona como un hecho punible completo, y reduce solo la pena debido a

29 KÜPER, 1986: 219 ss

30 En su obra, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

31 Él entiende su concepción como una reformulación de la teoría del dominio del hecho basado en el principio de autonomía, cfr. RENZIKOWSKI, 1997: 34, 74, 81.

32 RENZIKOWSKI, 1997: 81 s.

33 RENZIKOWSKI, 1997: 87 s.

34 En este mismo sentido, SCHÜNEMANN, 2007, § 25. N. 63.

una disminución de la culpabilidad. Para justificar esta solución, él utiliza aquí otros argumentos: en estas constelaciones de casos el hombre de atrás sería (ahora) autor en razón a que tiene una «posición superior»³⁵. Sin embargo, el concepto «posición superior» tampoco convence pues no constituye un criterio claro y útil, más bien pareciera constituir una de las características del criterio «dominio del hecho».

En la literatura se ha criticado también la «posición superior» del hombre de atrás, indicando que esta solo probaría el dominio del hecho del hombre de atrás y no tendría nada que ver con la pregunta sobre la autonomía del ejecutor³⁶. Según Roxin, el punto débil y el dilema del pensamiento de la «autonomía» radican no solo en que falte o esté presente, «sino que se presenta en diversas intensidades graduales. A partir de qué grado de déficit de autonomía en el ejecutor se puede afirmar la autoría mediata del hombre de atrás, no se puede extraer del principio de autonomía, sino que se tiene que valorar desde la perspectiva del dominio del hecho del hombre de atrás. Su «posición superior» que le confiere el dominio del hecho puede surgir de otras circunstancias distintas al déficit de autonomía en el hombre de atrás, tal como «el dominio por organización o el engaño sobre la identidad de la víctima, lo demuestran».³⁷

3. El concepto de «responsabilidad» (Schumann, Zieschang)

Un sector de la doctrina muestra algunos reparos —no siempre consecuentes— contra la figura del «autor detrás del autor» basado en el concepto de responsabilidad³⁸. En esta línea, Schumann³⁹ critica la autoría mediata detrás de una autoría directa y para ello se basa en el «principio de propia responsabilidad» (*Selbstverantwortung*). Este principio, que en la concepción de Schumann es criterio de imputación objetiva⁴⁰, refiere que una persona será responsable frente al derecho solamente por lo que hace y no por lo que otros hacen; es decir, delimita los ámbitos de responsabilidad y establece que toda persona debe ser sancionada por su propio injusto. Dicho principio es empleado por Schumann también para el tratamiento de la problemática de la distinción entre autoría mediata e instigación. La falta de «propia responsabilidad» en el ejecutor fundamentaría,

35 RENZIKOWSKI, 1997: 87.

36 SCHÜNEMANN, 2007: § 25. N. 63; ROXIN, 2003: § 25, N. 176.

37 ROXIN, 2003b: § 25, N. 176.

38 BLOY, 1996: 438

39 SCHUMANN, 1986: 69 ss., quien traslada este principio de la «imputación objetiva» a la teoría de la delimitación entre autoría y participación.

40 Esto es reconocido por él mismo cuando refiere su intención de desarrollar su trabajo a la luz de la teoría de la prohibición de regreso, cfr. SCHUMANN, 1986: 2 ss.

según este principio, la autoría mediata del hombre de atrás, pues esto le permitiría influir y de este modo controlar al ejecutor. La formación de la voluntad del ejecutor sería pues determinada exteriormente. Por el contrario, si el ejecutor es responsable, solo se presentará una instigación en el hombre de atrás.

Sin embargo, el criterio de «propia responsabilidad» no es convincente. Este criterio, que en sí mismo es válido en muchos aspectos para la imputación objetiva, por ejemplo, para delimitar los distintos ámbitos de responsabilidad, no es un criterio adecuado para el tratamiento de la problemática de la delimitación de las distintas formas de participación⁴¹. Así, la propia responsabilidad del autor mediato no evita la responsabilidad del partícipe. En el ámbito de la participación, este principio no tiene más efecto delimitador⁴². Igual que las posturas críticas anteriores, la concepción de Schumann, aplicada consecuentemente, lleva a negar la estructura dogmática del «autor detrás del autor». Sin embargo, ante las claras y evidentes estructuras legales, Schumann termina asumiendo la autoría mediata del hombre de atrás en los casos donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable y cuando el hombre de atrás se vale del dominio que tiene sobre una organización⁴³.

En un trabajo reciente, Zieschang⁴⁴ se ha mostrado crítico frente a la figura del autor detrás del autor, y la ha admitido únicamente en casos excepcionales. Su punto de vista, que acentúa la discusión en las características del ejecutor, se enmarca en la misma línea que los autores anteriores. Según su concepción, el criterio que debe guiar la delimitación de autoría mediata e instigación es la «libre responsabilidad» (*Freiverantwortlichkeit*). Argumenta diciendo que si el ejecutor es señor de sus decisiones, es decir, si actúa sin coacción y conociendo los elementos de relevancia penal, entonces la decisión de realizar el hecho punible constituye una decisión libremente responsable que excluye el dominio del hecho y, con este, la autoría mediata del hombre de atrás.⁴⁵ Criterio para la autoría mediata sería la falta de libre responsabilidad en el actor inmediato. Consecuente con esta línea de pensamiento, Zieschang niega una autoría mediata en los casos de crímenes mediante aparatos de poder organizados si los ejecutores inmediatos actuaron responsablemente; él indica que, en la medida en que los ejecutores no actúen bajo coacción y no se excluya la libre responsabilidad por otras razones, no se estará ante una autoría mediata. Él propone sancionar al dictador o al jefe de la organización

41 En este mismo sentido, cfr. FRISCH, 1988b: 655; MEURER, 1987: 2425; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 63; STEIN, 1988: 162 ss.

42 Cfr. ROXIN, 2003b: § 25, N. 182.

43 SCHUMANN, 1986: 77 ss.

44 ZIESCHANG, 2007: 505 ss.

45 ZIESCHANG, 2007: 519.

terrorista únicamente como instigador⁴⁶. Igualmente, en el caso de quien se sirve para su crimen de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, Zieschang niega la autoría mediata del hombre de atrás, pues aquí el ejecutor sabría que mata a otra persona y se decide libre-responsablemente hacia el hecho. El hombre de atrás no tendría el dominio del evento criminal, pues el ejecutor se decide libre-responsablemente a realizar el homicidio⁴⁷.

Con todo lo señalado, esta concepción no convence. Reincide en los mismos defectos dogmáticos que las posturas anteriores. No se puede admitir fácilmente que la presencia de una actuación libremente responsable elimine —automáticamente— el dominio del hombre de atrás. Zieschang no ofrece argumentos de por qué la actuación libremente responsable elimina el dominio del hecho del hombre de atrás, y queda así su propuesta en la mera afirmación. Aquí se debe tener en cuenta, más bien, que las características del ejecutor (libre o no, bajo error o no) no tienen una influencia fáctica y decisiva en el dominio que ejerce el hombre de atrás. La cuestión del dominio del hombre de atrás; es decir, si él posee o no el dominio debe ser evaluado justamente en su persona. Las críticas que pretenden negar el dominio en el hombre de atrás deben dirigirse a defectos o problemas que este presente. No se puede negar el dominio del hombre de atrás criticando solo al ejecutor (otra persona). Si el ejecutor actúa libre-responsablemente o no es irrelevante para determinar el dominio del hecho del hombre de atrás.

Los inconvenientes que presenta este criterio pueden observarse claramente en el caso del hombre de atrás que se sirve de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, p.e. en el caso donde A indica a B (quien está decidido de matar a D) que la persona que se acerca es D, por lo que este dispara y en realidad se trataba de C a quien A quería matar. En este caso, Zieschang niega la autoría mediata de A, argumentando que B sabía que mataba a una persona y se decide libre-responsablemente hacia el hecho; A no tendría el dominio del evento criminal pues B se habría decidido libre-responsablemente a realizar el homicidio⁴⁸. Sin embargo, esta propuesta de solución no convence. Los argumentos esgrimidos por Zieschang llevan a afirmar la responsabilidad de B, pero ¡sobre la responsabilidad de B no hay duda! En este trabajo también se postula la plena responsabilidad de B, pues el error in persona no lo exime. No obstante ello, no se puede afirmar que A es un simple instigador. A no puede ser instigador puesto que B estaba ya convencido de matar a otra persona. Tampoco es un cómplice, pues no le ha prestado ayuda alguna, sino que A más bien ha utilizado a B para realizar su propio objetivo criminal. A es autor

46 ZIESCHANG, 2007: 520, nota 64. En esta misma línea HERZBERG, 2000: 48.

47 ZIESCHANG, 2007: 516.

48 ZIESCHANG, 2007: 516.

mediato⁴⁹. Por lo demás, sobre el concepto de libre responsabilidad se debe realizar dos observaciones más: primero, no es un criterio válido para realizar la delimitación, pues comportamientos libremente responsables pueden observarse tanto en el autor como en el instigador, incluso en el cómplice. Segundo, el criterio es amplio y general y se torna vago e impreciso. Zieschang admite «excepcionalmente» la figura del autor detrás del autor en el caso en que el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra en un error de prohibición⁵⁰.

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La estructura dogmática del «autor detrás del autor» no solo forma parte del discurso teórico de la ciencia penal, sino que esta ha sido asumida también por la jurisprudencia. Uno de los primeros tribunales en asumirla ha sido la Corte Suprema Federal de Alemania (BGH). En el Perú, la Corte Suprema la ha hecho suya y hoy forma parte de su doctrina jurisprudencial.

1. La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania

El BGH ha asumido la figura del «autor detrás del autor» ya en reiterada jurisprudencia. Entre los últimos casos destacan la sentencia en el caso «Rey de los gatos» y la sentencia a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania.

A. Caso «Rey de los gatos» (BGHSt 35, 347)

En este caso⁵¹, la Corte Suprema alemana desarrolla la doctrina del autor detrás del autor y la expone con claridad. Este es un famoso caso en el que se juzgó el comportamiento de dos personas que habían decidido matar a una mujer. Para alcanzar su objetivo criminal, estas utilizaron a una tercera persona a quien habían hecho creer que existía un ser sumamente malvado: el rey de los gatos (*Katzenkönig*), quien exigía una víctima humana en la persona de la mujer y amenazaba, en caso de que no se satisfaga su requerimiento, con eliminar millones de personas. El ejecutor inicialmente no quiso matar a la mujer, pero fue convencido por los hombres de atrás de que se trataba de un mandato divino, por lo que sobre él no recaería una prohibición de matar y que, además, él salvaría a la humanidad. Con

49 Cfr. KÜHL, 2005: § 20, N. 74; SCHÜNEMANN, 2007: § 25, N. 104, 105; SCHROEDER, 1965: 143 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975: 14/19; ROXIN, 2006, 212 ss.; KÜPPER, 1998: 528; CRAMER-HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER 2006: § 25, N. 23.

50 ZIESCHANG, 2007: 520 s.

51 BGHSt 35, 347.

la finalidad de salvar a la humanidad el ejecutor intentó matar a la mujer clavándole repetidas veces un cuchillo por la espalda.

Al enjuiciar estos hechos, la Corte Suprema alemana condenó al ejecutor inmediato como autor de un homicidio intentado⁵². La Corte reconoció, además, que el ejecutor estuvo bajo un error de valoración (de los intereses en conflicto), situación que fundamentaría un error de prohibición, pero dadas las circunstancias se determinó que dicho error era evitable. La Corte constató en el ejecutor igualmente una capacidad de culpabilidad reducida, por lo que procedió a reducir la pena prevista. Luego de afirmar la responsabilidad del ejecutor como autor inmediato del evento delictivo, que en gran medida no presentaba mayores problemas, la Corte evaluó la interrogante de cómo debían responder los actores de atrás, de si era posible o no sancionar como autores mediatos a quienes desde atrás se valieron de un ejecutor plenamente responsable para la ejecución de los hechos; es decir, que actuó típica, antijurídica y culpablemente. Luego de un análisis en detalle, la Corte decidió sancionar a los hombres de atrás como autores mediatos de tentativa de homicidio.

La Corte Suprema de Alemania asume así la estructura de imputación del autor tras el autor, pues, pese a que se condena como autor al ejecutor directo, se sanciona también a los hombres de atrás como autores (mediatos) del mismo hecho. La Corte argumentó que el problema no se podría solucionar con el «principio de responsabilidad», lo que se comprobaría en el hecho de que sus propios defensores terminan admitiendo la figura del autor detrás del autor en el caso de los crímenes cometidos a través de aparatos organizados de poder. La Corte considera que el criterio que fundamenta y delimita la autoría mediata es el «dominio del hecho». Indica, además, que el dominio debe fundarse en las reales relaciones de dominio y no en la falta de responsabilidad del ejecutor. De otro lado, la problemática no puede estar en función de si el ejecutor se encuentra en un error de prohibición vencible o invencible, pues en ambos casos estaría ausente en el ejecutor el conocimiento del injusto. El estado de conocimiento, en ambos casos, es el mismo; lo que, en consecuencia, no los diferenciaría en nada con miras a su situación como instrumentos.

En el derecho penal alemán, la decisión de la Corte Suprema alemana ha significado, además de la asunción de la figura del autor detrás del autor en la jurisprudencia alemana —muy decisiva por cierto— también la asunción por parte de dicha Corte del criterio del dominio del hecho para delimitar autor mediato y partícipe. Esto es de suma importancia, pues en la jurisprudencia alemana, esta

52 Cfr. además los comentarios a la sentencia de SCHAFFSTEIN, 1989: 153 ss. y de ROXIN, 1963: 602 ss.

distinción era realizada mayormente con un criterio que tenía fuerte influencia subjetiva (*animus auctoris*).

B. Caso: «Muro de Berlín» (BGHSt. 40, 218)

En este caso, el BGH enjuició la conducta de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania, quienes habían dispuesto que los soldados ubicados en el Muro de Berlín dispararan a los «fugitivos de la república» que intenten cruzar el muro y, así mismo, ordenado se coloquen minas en la zona fronteriza con cargas explosivas mortales. En la Sentencia (BGHSt. 40, 218) de fecha 26 de julio de 1994, el BGH declaró —pese a que los ejecutores fueron considerados autores inmediatos plenamente responsables⁵³— que los miembros del Consejo eran responsables como autores (mediatos), puesto que estos habían tenido el dominio de los acontecimientos criminales por el dominio que ejercían sobre el aparato de poder. El BGHSt asumió de este modo la estructura de una autoría mediata detrás de una autoría directa, basado, en parte, en las teorías jurídicas de Roxin y Schroeder⁵⁴.

2. La doctrina de la Corte Suprema del Perú

La figura dogmática del «autor detrás del autor» ha sido finalmente asumida por la Corte Suprema del Perú. Esta toma de postura ha tenido lugar en el marco de dos casos de importancia para la jurisprudencia nacional; en el primero, se juzgó al ex presidente de la república Alberto Fujimori Fujimori; en el segundo, al líder de la organización terrorista Sendero Luminoso.

A. Caso: «Fujimori y el falso fiscal»

En este caso se juzgó el comportamiento delictivo del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori quien había ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y de este modo allanar ilícitamente un domicilio. Al valorar el caso⁵⁵, la Corte Suprema discutió si correspondía calificar el comportamiento del ex presidente como autoría mediata por dominio de organización o como inducción. Para ello asumió y delineó los requisitos de concurrencia de la forma de autoría mediata por dominio de organización, estableciendo que eran requisitos de concurrencia «la efectividad de una “organización estructurada jerárquicamente” donde exista

53 BGHSt 39, 1, 31.; cfr. también BGHSt 39, 168.

54 Sobre la recepción de la teoría de Roxin en la Sentencia, cfr. RADTKE, GA 2006, pp. 350 y ss.; KRESS, 2006, p. 304 y ss.; FISCHER, 2008, § 25, N. 7.

55 Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007, Exp. N. 13-03.

un conjunto de piezas o instrumentos (intercambiables o fungibles), que cumplan una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas»⁵⁶. Sin embargo, pese a presentarse los presupuestos de esta forma de autoría, la Corte decide sancionar el comportamiento del ex presidente únicamente como inducción al delito de usurpación de funciones⁵⁷. Esta decisión es criticable, pues con un proceder de inconsecuencia dogmática con los presupuestos establecidos por la misma Corte —*venire contra factum proprium!*—, ha afirmado únicamente la concurrencia de un supuesto de instigación al delito de usurpación de funciones⁵⁸. Pese a ello, lo relevante de la sentencia de la Corte Suprema es que se asume como válida para la jurisprudencia peruana, la figura del autor detrás del autor en la modalidad de la autoría mediata por dominio de organización.

B. Caso: «Abimael Guzmán y Sendero Luminoso»

En una ejecutoria reciente⁵⁹, la Corte Suprema del Perú vuelve a asumir, desarrollar, fundamentar y aplicar por vez primera la doctrina del «autor detrás del autor». Esto lo hace de la mano de un caso de gran importancia para el Perú. Se trata del juzgamiento de las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada «Sendero Luminoso», Abimael Guzmán Reynoso. A este se le imputó, además de liderar y formar parte de una organización terrorista, el haber ordenado el asesinato de personas; el más conocido es el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y formaban parte de su brazo armado.

En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría del dominio del hecho y en su pronunciamiento señala que «la teoría del dominio del hecho permite, ente otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y solo colabora con un hecho ajeno. Consecuentemente, no compartimos la posición de que hay que abandonar toda la doctrina sobre la autoría y participación ni menos podemos certificar el ocaso o el deceso de la teoría del

56 Sentencia Exp. N. 13-03: 74 s.

57 La Fiscalía Suprema, por el contrario, sostuvo que el ex presidente era responsable como «autor» mediato del delito de usurpación de funciones. Cfr. Dictamen N. 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12 de noviembre de 2007. La decisión de la Corte Suprema, que confirma la sentencia, afirma igualmente la responsabilidad de Fujimori Fujimori como inductor, indicando que se trata de un «autor moral», cfr. Resolución 17-2008 de fecha 10 de abril de 2008, Exp. AV-13-03: 15.

58 Cfr. mi comentario crítico en JuS Jurisprudencia, 2/2008: 145 ss.

59 Resolución RN. N. 5385-2006 de fecha 14 de diciembre de 2007.

dominio del hecho»⁶⁰. Posteriormente, declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reynoso como autor mediato por dominio de organización, argumentando que él, como miembro del comité central, habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que «los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos»⁶¹. Con esta decisión se declara como válida y se aplica la estructura dogmática del autor detrás del autor. Más aún, se asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por Claus Roxin. Se indica: «tres son los requisitos para que se configure el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos»⁶².

VI. CONCLUSIONES

Las conclusiones obtenidas pueden ser resumidas así: primero, la estructura dogmática «autor detrás del autor» es compatible con nuestro ordenamiento jurídico; segundo, el dominio del hecho del hombre de atrás es el criterio de determinación de la autoría mediata; tercero, los criterios fundados en la calidades del hombre de adelante, aun cuando estos estén basados en criterios de su autonomía o responsabilidad, no son convincentes; cuarto, la figura del «autor detrás del autor» constituye doctrina dominante no solo en la ciencia, sino que ha sido asumida también por la jurisprudencia.

60 Resolución RN. N. 5385-2006: 34.

61 Resolución RN. N° 5385-2006: 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado Javier VILLA STEIN: 151 ss.

62 Resolución RN. N. 5385-2006: 36 s.