



Artículo de actualidad

Autoría mediata por aparatos organizados de poder

Indirect perpetration through an organized apparatus of power

Mba'evai apoukáhára pu'aka mbarete rupive

*Mirian Patricia Balbuena Ríos**

Postgrado en Ciencias Penales. Asunción, Paraguay

*Rocío Celeste Benítez Báez***

Poder Judicial. Asunción, Paraguay

*Liz Carla Francisca Escobar Franco****

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Mario Fleita*****

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Silvina Noemí Ovelar******

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Rubén Darío Riquelme******

Poder Judicial. Asunción Paraguay

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 04.06.17 – Aceptado: 16.08.17

* Miriam Balbuena. Abogada litigante, Asunción Paraguay. Email: mipatty.23@gmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

**Rocío Benítez. Asistente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Asunción, Paraguay. Email: celeben3@hotmail.com

*** Liz Carla Escobar. Asistente Fiscal, Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: carlaes89@hotmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción. Integrante del plantel de Investigadores del CEMP

**** Mario Fleitas. Asistente Fiscal, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: mariofelitas02@hotmail.com Abogado Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

***** Silvina Noemí Ovelar. Coordinadora en el Laboratorio Forense, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. - Email: ovesil@hotmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

***** Rubén Darío Riquelme. Juez penal de garantías y control 4to turno de la circunscripción de Capital. Asunción, Paraguay. Abogado Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.



Resumen

El presente artículo indaga la aplicabilidad de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el ordenamiento jurídico vigente, desarrollada por el jurista alemán Claus Roxin (1963). La figura surge como una nueva forma de participación criminal, con el objeto de llenar los vacíos legales a consecuencia del concepto restrictivo de autor que imperaba en ese entonces en Alemania. En ese sentido, el Código Penal paraguayo adopta la teoría del dominio del hecho en lo que respecta a la autoría, estableciendo una distinción en las formas del dominio del hecho para ser considerado autor –directa, mediata y coautoría– y acoge el concepto restrictivo de autor por medio a partir de la tripartición de la intervención delictiva. A este respecto, el Código Penal ubica al autor como la figura central en la realización del hecho y a los inductores y cómplices le otorga un papel secundario en la intervención del delito, ya que es lo que corresponde y satisface a la exigencia de un Estado de Derecho, limitándose estas últimas a una mera extensión de la punibilidad. La nueva forma de intervención criminal impulsada por Roxin implica un cambio de concepto en la estructura ontológica de la conducta delictual y por eso se torna necesario analizar con detenimiento sus postulados.

Abstract

The present paper explores the indirect perpetration through an organized apparatus of power's theory, in the current legal system, developed by the german jurist Claus Roxin (1963). The legal concept emerges as a new form of criminal participation, with the aim of filling up the legal vacuum, left by the restrictive concept of perpetrator, valid at that time in Germany. In that sense, the paraguayan Penal Code adopts the theory of control of events, regarding authorship -direct, indirect, and co-authorship- and takes the author's restrictive concept, splitting the criminal participation into three parts. In this respect, the Penal Code sets the author as central figure in the accomplishment of the criminal offense, since this fullfills the rule of law; and grants inductors and accomplices a second role, given the fact that these are punished merely by extension.



The new form of criminal participation proposed by Roxin, implies a change of concept in the criminal behavior's ontological structure, and that is why it turns necessary to analyse his assumptions more closely.

Ñembyapu'a

Ko tembiapo oikuaase ojejapópa hína umi kuaapytee pegua oñe'ëva mba'evai apoukáhára pu'aka mbarete rupive, oíva ko'água lei kuérape, oguerojera va'ekue jurista alemán Clauss Roxin (1963). Oñemohendáma mba'evai apoháramo koichagua tembiapopy, ha péicha oñemyenyhẽ kuri upe léipe ymave ndaipóri va'ekue, upérõguare Alemaniapere ojechecha michĩháicha gueteri mba'evai apoharépe. Upeicha rupi, pe código penal paraguái mba'éva, oñekarama pe kuaapytee he'íva tekotevẽha ojekuaa porã mba'evai apohare, tojekuaa porã mávaitépa ra'e mba'evai apoha ha mávapa omoirũ ra'e ichupe hembiapo vaípe, ha ohechakuaa pe mba'evai apoha apytépe ikatukuaaha oíke opaichagua tapicha hembiapo vaíva. Upévare, pe Código Penal ohechakuaa upe mba'evai apohaitépe, ha umi imoirũhára kuéra tembiapovaípe, ndo'apaitevéimai hi'ãri castigorã, kóicha iporã ojejapo ha kóva omyenyhẽte ojepótárõ hekoitépe Estado Derecho, ko'ã oporomoirũ va'ekue ohypýi'ivéma ichupe mba'e vai rehegua castigo. Ipyahu gueteri hína ko Roxin omongu'éva mba'evai apo rehegua jekuaarã, kóicha ojejapótárõ tekotevẽ oñemoambue tembikuaa ojeguerékóva mba'evai apohare rehe, ha upévare tekotevẽ oñehesa'yíjo oje'éva.

Palabras – clave: autoría, participación, autoría mediata, instrumento, fungibilidad.

Key words: authorship – participation – indirect perpetration – instrument - fungibility

Ñe'ẽ apytere: Mba'evaiapohare, tembiapo moirũha, tembiapoukapy. Pojuapy, ñemboguekuaáva.



Introducción

No se puede desconocer que el creciente aumento de la criminalidad organizada se presenta como una casi perfecta maquinaria ideada para la realización de hechos punibles, en donde existe toda una asociación de personas nucleadas, generalmente, en torno a otras u otras personas que tienen el poder de mando sobre quienes se encuentran subordinadas a aquellas y dispuestas a actuar al margen del derecho.

Esta realidad y otras que presentan las mismas notas esenciales, son las que han puesto nuevamente en boga la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, formulada ya por Claus Roxin en el año 1963 en busca de una respuesta a una problemática que se daba en cuanto al tipo o forma de intervención de la figura, de lo que él llamó “hombre de atrás”. Este es la persona que detenta un poder de mando sobre una organización, perfectamente jerarquizada y que se vale de la misma para la realización de un hecho punible puesto en marcha, a partir de una orden a uno de sus subordinados.

En ese sentido, al hacer un análisis exhaustivo de la realidad empírica esbozada en el párrafo precedente y al contrastarlo con nuestro ordenamiento jurídico penal, ley n.º 1160/97, se advierte un vacío en cuanto a la forma de intervención del denominado hombre de atrás, ya que, atendiendo a la sistemática de dicha normativa, que sigue la teoría del dominio del hecho y teniendo en cuenta que el hombre de atrás no ejecuta de propia mano el hecho, inmediatamente se suscita cómo y en qué carácter se va a juzgar al hombre de atrás dentro de nuestro Código Penal Paraguayo.

Por tanto, el planteamiento que se hace en el presente trabajo de investigación es si resultaría o no conveniente la inclusión del régimen de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, a fin de dar una respuesta, desde nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos que normalmente son cometidos por órganos jerarquizados de poder.



Formas de participación criminal en el ordenamiento jurídico paraguayo

Consideraciones generales

Mediante una descripción delimitada del objeto de estudio, resulta propio partir del concepto de la palabra autor. El diccionario de la Real Academia Española contiene varias acepciones de la palabra, desde el punto de vista del derecho penal el autor es “la persona que comete el delito o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera en la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado”. En el diccionario de ciencias jurídicas, se define al autor como “sujeto activo del delito”. En ese sentido, autor puede ser inmediato o mediato, según ejecute personalmente el acto delictivo o para su ejecución se valga de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o no es imputable (Ossorio, 2010, pág.109).

Como puede observarse, existe una distinción entre autor inmediato y autor mediato, vale decir, el que ejecuta por sí mismo una acción, en este caso delictiva, considerada doctrinariamente como autoría auténtica, del que ejecuta la acción valiéndose de otro a ese efecto, identificada como figura del instrumento.

Así también, la pluralidad de sujetos activos es un elemento esencial para configurar la hipótesis participativa. Ese concurso de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues muchas veces existen metas u objetivos que no puedan ser alcanzados individualmente y por ello se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo; mientras que otras veces la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental (Fierro, 1993, pág. 1).

Surgen, en tal sentido, diferencias entre autoría y participación, considerada dogmáticamente la participación como una figura accesoria a la autoría, independientemente a la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto, ya que la participación supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. La participación viene a ser un concepto de referencia, suponiendo la existencia de un hecho ajeno (autores o coautores), a cuya



realización el partícipe contribuye (como instigador o cómplice). Esta diferenciación entre autoría y participación supone el motivo por el cual sólo se hace referencia al autor en la descripción típica de la parte especial, incluyendo el marco penal previsto, la dependencia de la participación con respecto a un hecho punible realizado por un autor y la existencia de tres formas de autoría: la inmediata, la mediata y la coautoría, así como dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

Esta corriente es aceptada por el Código Penal paraguayo, teniendo presente lo que dispone el artículo 29. Autoría, donde se distinguen tres tipos de autorías:

Autoría directa o inmediata: “Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí...”. Cuando se realiza personalmente el hecho punible, de modo directo y es la que se encuentra referenciada en la parte especial al realizarse la descripción del tipo. Ejemplo: “... El que matara a otro...”.

Autoría mediata: “...o valiéndose para ello de otro...”. Es decir, sirviéndose de otro que actúa como instrumento (no imputable) en comisión del hecho punible, por medio del dominio de la voluntad que el sujeto de atrás ejercer sobre el instrumento.

Coautoría: Inc. 2º: “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

En cuanto a la coautoría, se contempla una realización conjunta de la acción dentro de ella:

La coautoría ejecutiva directa o total: en la que todos los coautores realizan la totalidad de los actos ejecutivos; y

La coautoría parcial: “...en la que se da un reparto de las tareas ejecutivas...” (Muñoz Conde & González Macchi, 2003. págs. 212-213).

Distinguida la participación de la autoría, es importante enmarcar las formas



de participación recogidas por el Código Penal en los artículos 30 y 31:

Instigación: “Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”. De acuerdo con la redacción el instigador hace surgir en el instigado o inducido la idea de cometer un hecho antijurídico doloso; sin embargo, quien decide, domina y se determina a realizarlo es el instigado. Desde esa perspectiva, la realización del hecho depende del autor principal, que sería el instigado, ya que, si éste no comienza la ejecución, sólo cabría la tentativa a la instigación dentro de los límites previstos en el artículo 34. Tentativa de instigar a un crimen.

Al equipararse la responsabilidad del instigador con la de autor, resulta oportuno delimitar los requisitos para la procedencia de la instigación. Debe existir una conexión causal, desde el punto de vista psíquico, con respecto a la voluntad del instigado y la relación entre uno y otro debe ser directa y personal, encaminada a cometer un hecho antijurídico doloso y no una mera recomendación o sugerencia. En cualquier caso y sin discriminar el medio empleado para instigar, siempre que sea eficaz, el instigador debe dejar en el autor directo o instigado, la decisión de ejecutar o no el hecho punible.

Complicidad: “Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a cometer un hecho punible antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67”. En este caso, lo que se castiga es la cooperación para realizar un hecho antijurídico, en ese contexto, la conducta del cómplice debe ser manifiestamente peligrosa de manera tal que represente un incremento relevante en el éxito del autor y con ello, la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos.

Esbozadas básicamente las particularidades que integran la participación en el ordenamiento jurídico nacional al remitirse al punto de análisis –autoría mediata por aparatos organizados de poder– se deduce que la misma forma parte de la subclasificación dentro de lo que doctrinariamente se conoce como autoría mediata, de acuerdo a la familia jurídico- penal a la cual pertenece, siendo este un tema



discutido considerado como una construcción dogmática iniciada e impulsada por el reconocido tratadista Claus Roxin.

Sin embargo, como pudo notarse precedentemente, la “autoría mediata” es una forma de autoría donde el agente domina el acontecimiento, sin tener que participar en la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata) (Roxin, 2014, pág. 75).

De esa forma, se puede realizar un tipo sirviéndose de otro “...alguien que actúa como medio en el hecho...” (Roxin, 2014, pág. 84) y empleando la persona de éste para fines propios, de modo que mediante su instrumentalización se domina mediatamente como sujeto de atrás del acontecer. Tal comisión del hecho a través de otro en los que se caracteriza por el dominio de la voluntad.

La autoría mediata y su clasificación doctrinaria

En los delitos de dominio, una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres prototípicos, de acuerdo con la consideración del profesor Roxin:

Dominio del hecho por coacción

Uno de los casos más sencillos de la autoría mediata se da en el dominio de la voluntad por medio de una intervención con fuerza, que es la coacción. Al respecto, el autor mediato se vale del instrumento para la ejecución de la acción mediante la amenaza –el autor detrás del autor– y de esa manera, el sujeto de atrás presupone en realidad el dominio de la acción por el ejecutor (Roxin, 2014).

Dominio del hecho por error

Cuando el sujeto de atrás dirige la realización del tipo mediante el engaño al ejecutor convirtiéndolo así en ejecutante del plan delictivo.

Partir de esta perspectiva, según Roxin (2014), un dominio de la voluntad en virtud del error, segunda forma de autoría mediata, es posible en cuatro supuestos a su vez:



a) Ejecutor que actúa sin dolo: Donde el sujeto de atrás pone al ejecutor en situación de error del tipo excluyéndole del dolo, de modo que este actúa en forma culposa pero inconsciente donde la conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de delante, que debe canalizar el dominio del primero. Esto suele presentarse, generalmente, en forma de provocación del error, pero también en forma de aprovechamiento del error o ignorancia existentes en el intermediario.

b) Ejecutor que obra por error de prohibición: La provocación de un error de prohibición invencible convierte en autor mediato al sujeto de atrás que posee una orientación o información jurídica correcta, en este caso, el ejecutor actúa sin tener la posibilidad de alcanzar un conocimiento o comprensión de la ilicitud o injusto, inhibidora de la comisión del hecho. En lo que respecta al ejecutor que actúa mediante error de prohibición vencible, existen posiciones, confrontadas las adheridas a la tesis de participación y otras, a la tesis de la autoría.

c) Ejecutor que yerra los requisitos del estado de necesidad disculpante: Cuando se somete al ejecutor a una situación que le hace parecer que está en un estado de necesidad disculpante, siendo absolutamente verosímil o próxima a la realidad la situación a la cual se le es sometida. El error en cuanto a la concurrencia de requisitos del estado de necesidad disculpante se presenta generalmente junto a un error de prohibición, ya que esa situación puede hacer que el sujeto se represente en la actuación a la que le compele la necesidad y considere que está permitida.

d) Ejecutor que obra de manera típica: El dominio del hecho concurre en el ejecutor, que ve o comprende la realización del tipo en todos sus aspectos jurídicos relevantes y resuelve la comisión del hecho bajo responsabilidad propia, dentro de la que se distinguen tres aspectos: engaño sobre la magnitud del injusto, sobre las circunstancias cualificantes y sobre la identidad de la víctima.



e) Dominio del hecho por aparatos organizados de poder: Considerado cuando el sujeto de atrás controla el acontecer de manera decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como una persona que da órdenes a través de aparatos organizados de poder, cuya ejecución está a cargo de sujetos intercambiables, donde el resultado no depende de la ejecución individual del actor sino de cualquiera de los miembros que reciba la orden. La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatal, sino también se entiende incluido en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc., que actúan al margen del ordenamiento jurídico.

En el campo de la autoría mediata, el más importante desarrollo de los últimos años consiste en que la jurisprudencia alemana, seguida de la jurisprudencia peruana, fundamente sus sentencias exclusivamente en la doctrina del dominio, para ello se ha aunado a la concepción de la literatura (discutida aun entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho defendida por Claus Roxin) que permite la autoría mediata del hombre de atrás o del autor cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en el caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado, pese a que, en estos casos, también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor. La jurisprudencia reconoce entonces en el caso del autor detrás del autor como el de una posible autoría mediata.

Antecedentes históricos

Después de la sentencia dictada por la Corte del Distrito de Jerusalén en el marco del caso Adolf Eichmann, en el año 1963, Claus Roxin agregó una novedosa hipótesis de la autoría mediata, explicando que el dominio del hecho por dominio de la voluntad no sólo puede configurarse por error o coacción de una persona que ejecuta la acción típica, puesto que, el sujeto que realiza la acción típica es perfectamente imputable y el instrumento del que se vale es el aparato organizado



de poder. El Tribunal Supremo Alemán utilizó esta misma teoría para fundamentar la autoría mediata de los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la ex República Democrática Alemana, en los delitos ejecutados por los tiradores del muro. El caso del presidente peruano Fujimori (ex presidente peruano), condenado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, el 07 de abril del año 2009, en carácter de autor mediato de crímenes contra la humanidad, por el asesinato y desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta) esta sentencia se basó en la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, para fundamentar el tipo de participación criminal, donde se expuso ampliamente la relación al tipo de autoría.

Justificación política de la autoría mediata por aparatos organizados de poder

Bien se podría dividir la jurisprudencia alemana en dos momentos históricos que acuñaban el problema de la superación del Estado de Derecho: en 1945, después de la derrota del Partido Nacionalsocialista y en 1989, tras el desmoronamiento de la República Democrática Alemana. En ambos casos se discutía la licitud, según el derecho positivo, del sistema jurídico desaparecido que tenía que seguir considerándose lícito para conculcar los principios fundamentales de justicia y del Estado de Derecho.

En Alemania, la autoría mediata por aparatos organizados de poder surge por la necesidad de llenar vacíos en el Derecho Penal alemán como consecuencia de una visión restrictiva de concepto de autor, razón por la cual la figura fue desarrollándose de manera paulatina, pues más allá de derroteros conceptuales y doctrinales, se evidenció como una construcción jurídicamente viable para determinar la responsabilidad penal de los mediadores del régimen nazi, a través de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Esta teoría, planteada en principio, por el jurista alemán Claus Roxin, nacido el 15 de mayo en Hamburgo - Alemania, se aplica como una necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos



mandos directivos de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de los crímenes.

Una cuestión particular que se podría analizar es el enjuiciamiento de Adolf Eichmann, realizado ante la Corte del Distrito de Jerusalén. Este juicio fue una de las bases para la formulación de la teoría de Roxin, ya que la cuestión más debatida fue la responsabilidad aplicada a Eichmann: autor, participe u otra figura de imputación más.

La Corte de Jerusalén no consideró suficiente para establecer la responsabilidad de Eichmann la mera pertenencia a organizaciones criminales, como lo habría declarado el Tribunal de Nuremberg, es decir, apuntó a una conducta más activa y próxima a la comisión de delitos.

Es importante recordar que Eichmann era el jefe de la sección IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich, una oficina que resultó de la fusión de los servicios de seguridad del partido nazi y de la policía de seguridad del Estado nazi (Gestapo). En ejercicio de esta función, organizó y coordinó la deportación de judíos a los campos de concentración.

Se puede afirmar incluso que el derecho israelí fue garantista en dicho juicio, porque en la mayoría de las democracias occidentales se tipifica la pertenencia a organizaciones criminales o terroristas que son fundamentos suficientes para condenar a una persona. Además, en Israel este tipo de delitos estaba tipificado, pero aun así la Corte de Israel no lo consideró como suficiente fundamento para la condena.

Una importante aclaración es la ambigüedad en la redacción de la mencionada sentencia, ya que la misma fue redactada en los idiomas hebreo e inglés, la primera muy poco traducida y la segunda, con complicaciones para la comprensión por la concepción misma del sistema de enjuiciamiento anglosajón.

La Corte de Jerusalén adopta para su sistema de enjuiciamiento el *Common*



Law, entiéndase este sistema como aquel en el cual los fallos jurisprudenciales son leyes positivas del ordenamiento jurídico y que no siempre cuentan con leyes codificadas.

En este sistema son los jueces quienes determinan el grado de participación criminal de acuerdo con la contribución causal en la realización material del hecho, es decir, se opta por la teoría unitaria de autor. En consecuencia, si la Corte de Jerusalén acoge el sistema inglés, no se necesita una diferenciación en la participación criminal por la extensión de la tipicidad al aporte causal.

Por tanto, el fundamento de la Corte Israelí es que aquel tipo de macrocrímenes deben ser tratados de acuerdo con su naturaleza específica.

Roxin plantea, a partir del juicio de Eichmman, que la forma correcta de la imputación de la responsabilidad criminal es relevante y con ese punto de partida, formula su teoría del dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder.

En este orden de ideas, se pueden afirmar que la Corte de Jerusalén no pudo hacer uso de la teoría desarrollada por Roxin, ya que el juicio de Eichmman fue realizado en el año 1960 y la obra de Roxin fue publicada en el año 1963.

De lo expuesto se puede inferir que uno de los primeros fundamentos políticos jurídicos de Roxin fue el caso Eitchmann, que, si bien la Corte de Jerusalén procuro un juicio justo, esto no corresponde a la expresión del Estado de Derecho y la no extensión de la tipicidad criminal, independientemente de que se hable de un Derecho Penal Internacional y la macrocriminalidad.

La teoría adoptada por la Corte fue la unitaria de autor y no la dualista, que dentro de un Estado de Derecho es la que mejor se adecua para un juicio justo, pero lo que cabe aclarar es que ninguna de las formas jurídicas previstas en la autoría y participación encajaba dentro de la participación criminal de Eichmann y esa fue la principal causa del desarrollo de la teoría proclamada por Roxin.



El segundo momento es a partir del desarrollo completo de la teoría formulada por Roxin a raíz de la muerte de los fugitivos de la frontera por los guardianes del muro de Berlín, en donde el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardianes del muro.

Dos años después, en 1994, se decidió que también los funcionarios superiores y demás alto rango de la República Democrática Alemana (R.D.A.), como, por ejemplo, el último Ministro de Defensa de la R. D. A., el general del Ejército Kebler, eran plenamente responsables de las muertes de la frontera.

“El Tribunal Supremo Federal los consideró culpables de homicidio de autoría mediata. De nuevo, dos años más tarde, en octubre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal declaró conforme a la Constitución esa sentencia” (Alexy, 2000, pág. 79).

Con respecto a la condena de los soldados del muro, la cuestión más discutida es si ellos actuaron o no dentro del marco de legalidad, la condición de guardián del muro hace referencia a que existe una ley que obliga a los sujetos a ejercer coacción en caso de incidentar los límites de protección. Se trae a colación el parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1 de la Ley de Fronteras: “El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga apariencias de delitos según las circunstancias”.

Según las regulaciones del Tratado sobre restablecimiento de la Unidad de Alemania, para ambos soldados resulta válido el principio general de que su acción solo puede ser sancionada si era punible según el derecho vigente en el lugar y en el momento de los hechos —principio de legalidad—.

Hasta aquí se podría afirmar que los soldados habrían obrado en virtud de una causa de justificación que les podría haber dejado sin responsabilidad criminal, pero el parágrafo 27, de la Ley de Fronteras, apartado 5, continúa expresando: “Al hacer uso de armas de fuego se protegerá, en lo posible, la vida de las personas”.



La justificación de las condenas a los soldados fronterizos se ha interpretado conforme al parágrafo 27 de la Ley de Frontera de la desaparecida R.D.A. –República Democrática Alemana– a la luz de los principios del Estado de Derecho, ya que los soldados tendrían que haberse orientado por la máxima de la proporcionalidad de los intereses en juego de los bienes jurídicos que estarían siendo afectados, lo que se puede afirmar que ningún bien jurídico reconocido por los ordenamientos jurídicos es superior a la vida, ya que la misma es inherente a la naturaleza humana y en consecuencia cualquier ley que disponga lo contrario atenta contra los principios del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, es oportuno traer a colación la fórmula planteada por Gustavo Radbruch “...la injusticia extrema no es derecho...”.

Lo que significa un derecho supralegal tiene la finalidad de invalidar al derecho vigente que es contrario al principio de justicia y más allá de que la defensa de los guardianes del muro pretendieron hacer valer el principio de irretroactividad de la ley, esta solo puede invocarse en la vigencia del Estado de Derecho y en ese entonces, la R.D.A no contaba con la división de poderes, ni democracia, así como reconocimiento de derechos humanos, por lo que no se puede hablar de la vigencia del Estado de Derecho.

Si bien esta formulación realizada por Radbruch se contrapone al positivismo extremo, a partir de la vinculación del derecho natural, ya que el positivismo normativiza lo que el derecho natural ya la habría reconocido con anterioridad.

Doctrinas que niegan la autoría mediata por aparatos de poder

Tesis sobre el cómplice necesario.

Hernández Plasencia desecha la tesis de Roxin debido a que el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de poder, mediante la organización, no condiciona, necesariamente, la autoría mediata de manera automática. Tener los aparatos de poder en las manos no es concluyente porque no consigue per se, la



instrumentalización del ejecutor, quien sin estar sometido a error o a coacción hace propia la influencia que recibe de los dirigentes. En este sentido, no hay validez para encontrar autoría mediata cuando el propio sujeto asume la decisión de cometer el hecho voluntariamente. No hay un tal dominio de decisión de los dirigentes, más bien lo que existe es un dominio en la organización; empero, tal dominio no existe sobre el que ejecuta materialmente la acción, debido a que de una valoración del caso concreto es posible desprender que el sujeto de adelante puede negarse a cometer el hecho, por este motivo, no existe un dominio sobre su decisión.

Sostiene que los dirigentes de los aparatos organizados de poder que operan con personas fungibles para cometer delitos, se pueden asimilar a la categoría de la cooperación necesaria, regulada por el art. 28, inc. b) del nuevo Código Penal español. Sustenta su opinión en que –sin olvidar que los ejecutores son responsables directos cuando aceptan y cumplen las órdenes ilegítimas de su superior– este aporta al hecho punible un conjunto de actividades donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc. que pueden calificarse de colaboración imprescindible (Plasencia, 1996, pág. 346).

La fungibilidad no es un componente suficiente para admitir el dominio del hecho sobre quien dirige, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Más bien, este es un elemento que se vuelve contra la estructura de la autoría mediata, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, por una mera resolución personal, entonces la influencia que recibe a través de esa orden es constitutiva de inducción.

Miguel Díaz y García Conlledo dice que a pesar de que la propuesta de la fungibilidad del ejecutor para la constitución de la autoría mediata suene muy sugerente, no la acepta decantándose por la tesis de la inducción. Contrapone los presupuestos de la autoría mediata e inducción, haciendo énfasis en la libertad



que caracteriza al ejecutor material. Los casos más normales de inducción, en que el inductor no puede contar con que el inducido cometerá el delito por el mero hecho de proponérselo, debe verse que la comisión del delito en los supuestos de aparatos organizados de poder pasa por la decisión de una persona libre, quien ve perfectamente la situación fáctica. Por lo que prefiere inclinarse por la tesis de inducción, como otro sector importante de la doctrina y no de autoría mediata.

Tampoco puede ser coautor porque no domina positivamente el hecho. Deja en manos de otro u otros, que actúan conscientes y libremente, la realización del hecho típico. Para este jurista, la cercanía que tenga el sujeto en el hecho determina la categorización que deba dársele; es claro que, para él, la necesidad de intervención en los actos de ejecución es imprescindible en la consideración de una coautoría; así, la descarta en virtud de que los actos desde el escritorio no tienen mayor incidencia en el hecho típico, de no ser por la mera organización del delito.

Tesis que apoyan la coautoría

Jescheck se inclina por la tesis de la coautoría, manifiesta que se admite con frecuencia un dominio del hecho basado en el aparato de poder de una organización, de modo que el sujeto que actúa tras una mesa de despacho, pero en cuyas manos está la organización, aparezca siempre como autor mediato. Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. No obstante, si el autor (ejecutor material) tiene la plena responsabilidad, el sujeto que permanece en la central es quien domina la organización y debe ser considerado coautor. Argumenta a favor de la necesidad de plan común, que el carácter común es la decisión criminal que tiene lugar gracias a la pertenencia de la organización.

Jakobs dice que la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, defendida por Roxin, surge como efecto de los crímenes nacionalsocialistas, y que: “...no cabe duda, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos... pero apreciar autoría



mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo...”. Y explica la nocividad en el caso concreto de los nazis, que encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, entiende que, en el exterminio organizado de judíos en el período nacionalsocialista, también son coautores los coordinadores que no ejecutaron los hechos por sí mismos, cuando los ejecutores directos no pueden ser instrumentos porque son plenamente responsables. Sigue diciendo “...sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta, se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas...”. Termina inclinándose Jakobs por la solución de la coautoría y la inducción en los casos especiales (Jakobs, 1997).

Posición de Zaffaroni

En su obra más reciente, Zaffaroni agrega que no se advierten los beneficios de la construcción de Roxin, porque es una cuestión fáctica establecer si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria, respectivamente.

Posición de Jubert

Upsala Joshi Jubert considera que no puede catalogarse a priori y con carácter general de autor o de partícipe al jefe de un aparato de poder organizado, pues ello dependerá de la clase de intervención, del delito que ordene ejecutar y de las características de cada maquinaria de poder. La circunstancia de que el jefe no ejecute actos estrictamente típicos no impedirá la calificación de autoría, ya que lo decisivo es que pueda entenderse que el autor realiza el hecho: en algunos casos será suficiente con la realización de la parte intelectual del delito, en otros se requerirá la ejecución de propia mano y puede suceder que se precise una combinación de ambas formas. La autora recurre a la figura del autor intelectual, que no es un simple inductor, sino una persona con responsabilidad independiente, no sometida al principio de accesoriedad limitada conducta.



Posición de Ambos.

Kai Ambos (1998) acoge la tesis roxiniana, empero, propone algunas variables. Piensa que es imprescindible la existencia de un dominio de la organización para fundamentar la autoría mediata. Este elemento resuelve los problemas de la falta de determinación del hombre de atrás, pues se complementa la lejanía con respecto del hecho, determinándolo desde un dominio de organización.

Rechaza la coautoría, aduciendo que hay un alejamiento del hecho del hombre de atrás que no puede resolverse desde la coautoría debido a que todos los intervinientes deben estar en igualdad de condiciones y con un acercamiento suficiente. Además, no hay reparto de tareas y falta de decisión común. Rechaza la propuesta de la inducción, por dejar en segundo plano la importante posición del hombre de atrás.

Su principal argumento se refiere a que en estos casos la posición del hombre de atrás es fundamental y en la inducción se pierde esta relevancia. Asimismo, en una instigación, el instigador carece de certeza sobre la realización del hecho, mientras tanto aquí el autor de escritorio sabrá con total certeza de que su orden se ejecutará de una manera incondicional, omnímodo facturus, por los ejecutores del hecho. Igualmente, descarta la posibilidad de la aplicación de la tesis de autoría mediata tradicional. Esto debido a que, tanto el instrumento como el hombre de atrás actúan con pleno sentido de culpabilidad. Considera acertada la posibilidad de introducir una forma de dominio mediante organización para lograr penar este tipo de casos.

Kai Ambos (1998) realiza una adecuación al principio de responsabilidad, con la finalidad de poder adaptar el injusto a los casos en donde se dan los elementos de los aparatos de poder. De tal forma, sobre las bases del injusto individual, idea la formación de un injusto colectivo.

Desde su oposición clara a la autoría mediata, por considerar que es imposible



que, tanto el hombre de atrás como el de adelante tengan plena responsabilidad; es decir, hay una contradicción con la autoría mediata, debido a que en aquellos casos el ejecutor actúa de modo responsable.

Así, llega a la conclusión de replantear el tema del injusto individual. Por tal razón, idea el concepto de injusto colectivo, un injusto que se presenta en los sistemas de macrocriminalidad, en donde existe poder y acción, por concurrir un dominio de organización que le da un sentido colectivo o global al delito, entonces, para Ambos, el principio estricto de responsabilidad fracasa en el injusto colectivo, puesto que no se puede aprehender el injusto del hombre de atrás por la autorresponsabilidad. El hombre de atrás domina de modo indirecto, sólo por medio de los aparatos logra entablar su dominio, por eso hay “una responsabilidad en virtud de competencia funcional”.

Esta responsabilidad se da por ser el emisor de órdenes, en todo sentido es el autor intelectual, quien planea los hechos y dirige mandatos que deben ser cumplidos y para ello, utiliza la estructura del aparato de poder u organización criminal. No obstante, este planificador sólo actúa detrás de su escritorio, así lo que realmente existe es un dominio de organización.

Teoría a tesis abstracta de Murmann

Para Murmann, se trata de un dominio del hecho por instrucción, descartando el dominio por organización, que le parece inadecuado debido a que parte de un dominio instrumental del suceso exterior. Asimismo, debe descartarse debido a que por más perfecta que sea la organización, el ejecutor siempre tiene plena libertad de actuar.

Realmente, el Estado como ente abstracto es incapaz de dañar por su propia cuenta a la víctima. Es el ejecutor inmediato quien, mediante el cumplimiento y la concreción de la instrucción lesiva y antijurídica del Estado, el qué de manera directa interviene en la libertad del ciudadano.



Planteamiento del Dr. Alberto Donna sobre la prohibición de regreso y la libertad de actuar

Para Alberto Donna (2002), el instrumento actúa libremente y tal hecho desvirtúa la autoría mediata del hombre de atrás. Expresa este jurista: “si el autor principal actúa libremente, entonces no hay nada más que decir sobre cuál sería la causa, ni posibilidad de recurrir a un autor detrás del autor”.

Existe una verdadera contradicción a la prohibición de regreso, cuando se considera un suceso físico como libre y al mismo tiempo como dependiente de otro suceso. En este sentido, debe tomarse una decisión si se acepta al sujeto de adelante como libre, debe necesariamente excluirse la posibilidad de que sea dependiente de otro sujeto, en estos casos no cabe la posibilidad de aceptar que un tercero haya cometido la acción. Es decir, el sujeto que está atrás del autor libre debe considerarse como un mero inductor, debido a que el sujeto de atrás no satisface el tipo penal de la misma manera; a contrario sensu, el autor domina el hecho de manera libre y voluntaria. Cita a Köhler, en el tanto, autor es quien comete el delito por sí mismo, poniendo el concreto proceso de la lesión del tipo. Se trata, en un principio, de un proceso de atribución a un sujeto libre sobre conductas objetivas.

El profesor Donna rechaza la tesis de Roxin, sin embargo, considera que debe aceptarse una excepción, en los casos en donde el principio de tipicidad esté debilitado, es decir, donde el Estado de Derecho no existe, así el estado nazi o el régimen de Stalin.

La autoría mediata en el Derecho Penal paraguayo

Regulación actual

Luego de las disquisiciones teóricas y doctrinarias acerca de la intervención delictual, apuntadas ya en la evolución conceptual de la autoría mediata en el presente apartado, se abordará la sistemática adoptada por el Código Penal paraguayo.



En ese sentido, se advierte que la estructura normativa del Código Penal responde a la concepción restrictiva de autoría, ya que claramente hace un tratamiento distintivo entre la autoría y su tipología (directa, mediata y coautoría); y la participación (inducción y complicidad). Dentro de dicha perspectiva, el referido cuerpo normativo se adscribe, nuevamente, a la corriente del pensamiento que hace a la teoría del “dominio del hecho” y ello resulta evidente tomando en consideración la construcción dogmática de los articulados que hacen a la autoría y participación del Código Penal, en donde claramente se pone de manifiesto, como punto de distinción entre los tipos de intervención, por un lado, los que tienen el señorío sobre el hecho, que hace a la autoría propiamente dicho y, por otro lado, los que mínimamente contribuyen al mismo, de manera accesoria, referido a la figura penal de la participación.

De ese modo y a fin de ilustrar lo indicado más arriba, se cita a continuación el artículo 29 del Código Penal:

1° Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro. 2° También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

Como puede observarse, no solo la construcción del artículo señalado, sino la sistemática misma seguida por nuestra ley penal de fondo adopta la teoría del dominio del hecho, restringiendo la amplitud conceptual de autoría a todos quienes detentan poder sobre el hecho. Una clara muestra de ello es la terminología legal utilizada al respecto que dice: “...el que realizara el hecho”, o en los casos de coautoría, “...comparta con el otro el dominio sobre su realización”. Con todo esto, queda más que evidenciado la postura teórica asumida por los redactores del Código Penal.

Haciendo una caracterización más genérica, es preciso mencionar que no se puede perder de vista el corte puramente finalista del referido cuerpo normativo,



ya que su constructo responde a un marco teórico determinado y se inserta a una sistemática en particular, no pudiéndose separar o variar una parte, sin alterar el orden del todo al que responde cada una de ellas.

Otro punto importante que permite sostener la adopción de la teoría del dominio del hecho se encuentra en la misma exposición de motivos del Código Penal, Ley n.º 1160/97, al respecto dice:

Para la autoría, adopta el criterio del “dominio del hecho”, reconocido por la jurisprudencia argentina y chilena. Este criterio permite el castigo como autor a personas que, al causar dolosamente el resultado, en vez de “ensuciar su propia mano”, dirigen –por ejemplo, mediante su jerarquía o su conocimiento mayor– los acontecimientos como autor mediato o los dirigen como coautores... Por eso y de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia en varios países, como son Argentina y Chile, el artículo 29 adopta el criterio objetivo del “dominio del hecho”. Como es obvio, hay dominio del hecho cuando una persona realiza el hecho obrando por sí solo (Art. 19, inc. 1, primera alternativa).

Por todo lo dicho hasta aquí, resulta más que claro la fundamentación doctrinaria que hace a la autoría y participación en el ordenamiento jurídico penal paraguayo, por lo que seguidamente se abordará el tratamiento legal de la autoría mediata dentro del mismo, recurriendo a su desarrollo teórico y su vinculación con situaciones o casos que sirvan como paradigma para graficar mejor las ideas expuestas con relación al abordaje de la autoría mediata.

El artículo 29, inciso 1º es el que regula la autoría, tanto inmediata como mediata.

Antes de proseguir y como ya se señaló al momento de exponerse el tópico que hace al Derecho Comparado, es pertinente volver a indicar que la denominación de autoría directa (inmediata), mediata y coautoría no deriva de la propia ley, sino



ello se deduce, desde la doctrina, a partir del constructo formal normativo que hace a la autoría. Es decir, cuando la norma penal preceptúa: "...Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro...", se subentiende que se refiere a la autoría directa y mediata respectivamente, sin que resulte necesario que el propio artículo lo establezca y ello debido a que en los preceptos normativos solo se consignan notas esenciales de conceptos.

No se debe perder de vista que, en la autoría mediata, el instrumento no obra con conocimiento y voluntad, dicho de otro modo, el medio se encuentra cegado por quien efectivamente tiene el poder de decisión sobre la situación o lo que es lo mismo, sobre el hecho. Ello es así porque el autor mediato es el único a quien le corresponde el hecho, él se encuentra inmiscuido, con absoluto señorío, desde el inicio mismo del desarrollo del acto criminoso, con conocimiento y voluntad en la realización del tipo penal en cuestión.

Se puede señalar que, en la autoría mediata, en el Código Penal paraguayo, el instrumento o el ejecutor del que se vale el autor mediato siempre actúa cegado, estando real y efectivamente el dominio de la acción en poder del autor mediato, quien es, en última instancia, quien ejecuta el hecho, por más que no haya realizado de propia mano, en él descansa la decisión final.

Sin embargo, ello no ocurre en la autoría mediata concebida por Roxín, en donde el instrumento si es consciente y tiene voluntad de realizar la acción del tipo punible, detentando ese poder el autor mediato, no por el dominio que tenga sobre el hecho, sino porque tiene el dominio sobre la voluntad.

Al respecto Welzel dice: "La autoría mediata, por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez el autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor" –esta es la teoría que sustenta todo el Código Penal paraguayo vigente–,



aquí se puede señalar ya el principal punto de inflexión entre la sistemática adoptada por el Código Penal paraguayo –finalismo– y el pensamiento sobre el cual Claus Roxin desarrolla sus teorías –funcionalismo–.

Método

A continuación se describe la metodología que se utilizó para el presente trabajo de investigación: el universo, población y muestra, el tipo de enfoque, la delimitación geográfica y la justificación de la delimitación, la técnica de recolección de datos.

El universo está conformado por leyes dictadas por el Congreso así como de los fallos dictados por el Tribunal de Jerusalén, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte de Perú. La muestra está conformada por la Sentencia Criminal n.º 40 del 11 de diciembre de 1961 el “Abogado General c/ Adolf Eichmann por Crímenes de Lesa Humanidad, deportación, exterminación, genocidio, persecución y otros”; la sentencia de fecha 07 de abril de 2009 “Alberto Fujimori s/ Delitos de Homicidio calificado, asesinato bajo circunstancia agravante, alevosía, y lesiones graves” y la sentencia de la Corte Suprema Federal (40) del 26 de julio de 1994- 5 StR 98/94 “Los Centinelas del Muro de Berlín”, así también la sentencia, están dados en base a criterios de interpretación, conforme a las normativas previstas en la legislación nacional e internacional. Dentro de este marco, han sido analizadas tres sentencias definitivas dictadas en Jerusalén, Alemania y Perú, que fueron seleccionadas con criterios, acordes con los hechos juzgados, que guardan relación con el objeto de la investigación.

El tipo de estudio utilizado es de carácter descriptivo con enfoque cualitativo. Es descriptivo porque se observarán tres sentencias emanadas por los operadores de justicia, además de contrastarlos con las posiciones doctrinarias y las posiciones asumidas por la ley de referencia, y es de enfoque cualitativo porque se lo utiliza primero para descubrir y refinar las preguntas de investigación, pero no



necesariamente implica la prueba de hipótesis (Hernández Sampieri et al, 2010).

Se ha escogido como delimitación geográfica el Tribunal de Jerusalén, Tribunal Constitucional de Alemania y Corte de Suprema de Justicia de Perú, por la que, en dichas jurisdicciones, en un primer término, se instaura una problemática por el concepto restrictivo de autor y que sirve para el desarrollo de la teoría de Roxin, y en las otras dos jurisdicciones se hace uso de la teoría desarrollada por Roxin.

La técnica que se utilizó en la recolección de la información es el análisis documental, con lo cual se obtuvieron previos al objeto de estudio. Análisis de contenido de los fallos: El instrumento utilizados para la recopilación de la información es el fichaje, que sirve para registrar, ordenar y almacenar la información obtenida. El instrumento de recolección ha sido una matriz de análisis de contenido que contempla el análisis de las variables e indicadores planteados.

Conclusión

La teoría de la autoría mediata por aparato organizado de poder es un tema bastante discutido en lo que respecta al alcance de su aplicación basado en los precedentes con que se cuenta en ese contexto. Sin embargo, tomado como punto de referencia las diferencias doctrinarias existentes al respecto -teorías que niegan-, la legislación comparada, la justificación política, todos como factores determinantes al momento de visualizar, desde una óptica futurista, la posibilidad o no de incorporar al ordenamiento jurídico positivo paraguayo la teoría estudiada.

En tal sentido, tras el exhaustivo análisis se considera –actualmente la sistemática del C.P. no lo permite–, teniendo en cuenta la posibilidad de la regulación de la autoría mediata desde lo que se conoce como: “Autoría mediata por aparato organizado de poder”, de esa forma, conforme a la sistemática de la norma reguladora en ese campo, el Código Penal utiliza como base a la teoría del dominio



del hecho, desarrollada para demarcar la autoría de la participación y considerando razonablemente la forma en que impactaría su introducción al sistema normativo vigente, por ser incompatible para la realidad jurídica actual, por la dogmática penal actual y sus cimientos garantistas constitucionales.

No obstante, el Derecho Penal paraguayo no puede encontrarse ajeno a estos cambios conceptuales en la dogmática penal, empero, la autoría mediata por aparato organizado de poder se encuentra vigente a partir de la Ley n.º 1663/98 y en la cual se hace referencia a los crímenes previstos en el Estatuto de Roma.

Otro punto importante de destacar es la concepción como forma de juzgamiento de casos, atribuyéndole la calidad de instigador al autor mediato, siendo que existe una diferenciación clave en este punto debido a que no existe una relación cercana con el instigado, un poder de mando, tampoco la jerarquización de la organización, este último cuenta con el dominio de acción en la realización del hecho, no así el ejecutor, que pudiendo inclusive no realizar el hecho o desistir, es totalmente sustituible para concretar el objetivo definido por el autor mediato.

Roxin desarrolla su teoría de autoría mediata de aparato organizado de poder no solo haciendo alusión a los Estados totalitarios, sino más bien esta teoría puede ser aplicada dentro de un Estado de Derecho en donde exista una división de poderes o en organizaciones criminales fuera del Estado.

El desarrollo de la teoría Roxiniana en los casos de organizaciones criminales fuera del Estado debe aplicarse de manera restrictiva y en respeto al principio de legalidad se debería prever para ello, una lege ferenda, es decir proponer una posible modificación y en casos especialmente específicos de la parte especial; sobre todo dentro de un concepto de macrocriminalidad, como es el caso de la trata de personas, el narcotráfico, el contrabando, entre otros, para así también salvaguardar



el concepto restrictivo de autor con relación a los demás tipos penales para la no extensión de la tipicidad.

En ningún caso se podría optar como una solución *lege lata* a manos de los jueces, porque esto si rompe con el principio de la reserva de la ley y el sistema de enjuiciamiento, es decir, el legislador tendría que prever las dos aristas bien claras, por un lado, no lanzar mensajes de impunidad de quien en realidad es responsable de crímenes graves y por el otro, salvaguardar los derechos individuales reconocidos constitucionalmente.

La reformulación de nuevas corrientes doctrinarias es consecuencia de cambios sociales. La sociedad evoluciona y con la misma debe evolucionar el derecho, siempre y cuando la norma no sea materialmente injusta.

Ahora bien, se sugiere de esta forma la modificación del Art. 29 Autoría del Código Penal paraguayo, con base en la teoría propugnada por Claus Roxin, que determina que mediante el dominio de la voluntad del autor mediato se configuran hechos delictuales que le son imputables, igual que al ejecutor, llamando a esta concepción como el autor detrás del autor. Por más de que el ejecutor no ejecute o desista de la realización del tipo, el mismo puede ser sustituido por otro para concluir con el objetivo definido por el autor mediato, creándose una garantía y seguridad del cumplimiento del orden impartido. Por ello se deduce que uno de los postulados fundamentales de la mencionada teoría es la fungibilidad del ejecutor.

Se propone de este modo y en el catálogo de la autoría, un tercer inciso que tendrá en consideración lo siguiente:

“Se considerará también autor a aquel que pertenezca a una organización criminal con dominio de voluntad sobre sus miembros y que deberá ser contemplado



en ciertos tipos penales especiales”.

A este respecto, como ya se ha aclarado atendiendo a la macrocriminalidad emergente por determinadas organizaciones criminales, inclusive trascienden fronteras, es decir, por su globalización en las operaciones criminales que atentan contra derechos fundamentales atribuidos a la humanidad. Se delimita que esta teoría no puede ser aplicada a cuestiones económicas ni a hechos delictivos que no cuentan con mayor trascendencia y no incluye a todos los hechos delictivos que pueden darse dentro de una organización, sobre todo debe ser limitada de manera exclusiva a ciertos tipos penales especiales.

Referencias

- Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Anuario de la Facultad de Derito*.
- Casañas, L. J. (2006). *Manual de Derecho Penal*. Asunción: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Corcino Barrueta, F. (2013). Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder: Una Revisión Normativa de sus Postulados. *Derecho Penal y Procesal Penal Hoy* , 221-289.
- Díaz, & Conlledo, G. (2008). Autoría y participación. *Revistas de Estudios de la Justicia* .
- Donna, E. A. (2002). *La autoría y participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Fierro, G. J. (1993). *Teoría de Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. Madrid: J.C. González.



Jeschck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Granada: COMARES.

Muñoz Conde, F., & González Macchi, J. I. (2003). *Introducción a la Teoría General del Hecho Punible*. Asunción.

Plasencia, H. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: P.P.U.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Aranzadi, SA.

Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.