

**Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006
(Expediente acumulado 560-03)**

LA AUTORÍA MEDIATA DE ABIMAE GUZMÁN POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

IVÁN MEINI

1. Introducción

La sentencia de la Sala Penal Nacional (SPN) del 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado 560-03)¹ plantea una serie de temas jurídico-penales, procesales y políticos de importancia. Aquí interesa que en dicha sentencia se plantea y acepta, por primera vez en nuestra jurisprudencia, la, así denominada, teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización (*organisationsherrschaft*). Conforme a dicha tesis, se imputa responsabilidad penal a Abimael Guzmán Reynoso por el delito de terrorismo a título de autor (mediato) por dominar la organización desde la cual se cometieron una serie de actos de terrorismo (Sendero Luminoso), sin que ello impida que los ejecutores materiales de los actos respondan también como autores (directos), y sin que entre ellos exista un régimen de coautoría. A los ejecutores se les imputa el delito como autores directos por tener el dominio del riesgo prohibido, es decir, el dominio del curso de riesgo en los actos terroristas. Al *organizador* (Guzmán Reynoso) se le imputa el delito por tener dominio sobre la organización. La particularidad de este planteamiento radica en que, a diferencia de los tradicionales casos de autoría mediata, el ejecutor no puede ni debe ser calificado de instrumento, pues se trata de un sujeto que no actúa bajo ninguna causa que atenúe o exima su responsabilidad. Y ello no impide que el hombre de detrás (organizador) sea también penalmente responsable por el mismo delito.

En el presente ensayo se analiza la forma cómo en la SSPN se atribuye a Guzmán Reynoso el dominio de la organización criminal, y si ello es factible a partir de los cargos que se le imputan. Para ello se parte de los hechos declarados como probados en la misma SSPN, se estudia el sustento dogmático de la autoría mediata por dominio de la organización y se confronta si sus requisitos son, realmente, necesarios. Esto se justifica desde que la tesis que suscribe la SPN sobre la autoría mediata por dominio de la organización no es la tesis original que en 1963 propuso Roxin,² sino que se aparta en ciertos momentos de su argumentación y se orienta a fundar el dominio del hombre de detrás en la predisposición del ejecutor a realizar ordenes ilícitas; y, por último, se estudia si, como se sostiene en la SSPN, esta tesis puede ser aplicada incluso a delitos perpetrados antes de la entrada en vigencia del Código Penal (CP) actual, ya que el CP 24 no preveía expresamente a la autoría mediata.

2. De los hechos que se imputan

Los hechos que configuran la imputación contra Guzmán, según la SSPN, consisten en

¹ En adelante SSPN. Las frases consignadas entre comillas se corresponden literalmente con extractos de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de la SSPN.

² ROXIN. «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate». GA, 1963, p. 193 ss.

que, desde su posición como máximo dirigente de Sendero Luminoso, presidente del Comité Central, del Comité Permanente y del Buró Político (organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización) lideró la denominada lucha armada desde sus inicios, provocando, a través de actos terroristas cometidos por la organización criminal, alarma, temor, zozobra en la población, graves daños materiales y pérdida de vidas humanas. «Asimismo, en su condición de máximo jefe de la organización se le imputa el hecho de haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños».

En la SSPN se declara como hecho probado que Guzmán Reynoso «[...] no sólo es en términos orgánicos el líder máximo y principal» de Sendero Luminoso, «[...] sino el artífice del llamado Pensamiento Gonzalo, del que se deriva la línea política general, a cuyo centro se encuentra la línea militar, conforme a la cual su organización decidió militarizarse y realizar acciones armadas en nuestro país». Así, Guzmán Reynoso «[...] no sólo aprobaba los planes militares u ordenaba la ejecución de concretos atentados, sino que también planificaba dónde, cómo, a quién y de qué manera se podían realizar determinados atentados».

Guzmán Reynoso dominaba desde la cúspide del aparato toda la organización terrorista; emitía las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités. «No sólo ejercía ampliamente su capacidad de definición y decisión de las actividades ilícitas, en términos de dar órdenes directas o a través del desarrollo y aplicación del programa criminal, sino también se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización. [...] El dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas».

Por último, en la SSPN se consigna que «[...] en el caso de la masacre a los pobladores de Lucanamarca y lugares aledaños fue la Dirección Central con [...] Guzmán Reynoso a la cabeza, quienes decidieron darle un golpe contundente [a los pobladores], a los que calificaba de mesnadas, por estar en contra de su organización. Se trató de una acción en represalia porque los miembros de la citada comunidad campesina dieron muerte a un líder local de Sendero Luminoso».

3. Planteamiento teórico de la autoría mediata por dominio de la organización

3.1. Preámbulo

La primera idea que conviene destacar es que la responsabilidad penal se *imputa*, y no siempre y no solo a quien materialmente comete el delito, a quien *causa* el delito. Esto es bastante claro en los casos de comportamientos omisivos³ y en los casos usualmente aceptados de autoría mediata en los que el instrumento actúa por error o coacción.⁴ Si se

³ MEINI. «La comisión por omisión. A la vez, una interpretación alternativa del art. 13 del Código Penal». *Anuario de Derecho Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

⁴ STRATENWERHT. *Strafrecht, Allgemeiner parte I*. 4.^a ed. Die Straftat, Berlín, 2000, 12/30 ss.

pretende imputar el delito al hombre de detrás por detentar el dominio de la organización, habrá entonces que determinar si tal criterio de imputación de autoría mediata (el dominio de la organización) es compatible con los postulados del derecho penal de hecho y suficiente para atribuir a título de autor, y no de cómplice o instigador, un injusto. Y ello no puede hacerse sin perder de vista el escenario natural en que se dan los casos que se pretenden solventar con arreglo a la autoría mediata por dominio de la organización: un aparato de poder.

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

A partir de este dato la SPN asume con acierto que la tesis del dominio de la organización responde al hecho de que las demás categorías penales de autoría y participación no resultan del todo satisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención delictiva de quienes dirigen y controlan una organización criminal.⁵ Ello, sin embargo, no significa que todos los casos de imputación de responsabilidad penal al superior jerárquico deban solventarse de conformidad con el dominio de la organización; simplemente que, de verificarse sus presupuestos, ella pueda ser tomada en cuenta. En otras palabras, el organizador puede responder como cooperador (cómplice o instigador) o como coautor, pero también como autor mediato, dependiendo de las concretas particularidades en que se ha cometido el delito.

Es pues menester, y así se procede en la SSPN, valorar cada uno de los requisitos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización (a saber, *a*) que el aparato de poder opera al margen del Ordenamiento Jurídico, *b*) que los ejecutores sean fungibles y *c*) que exista una rígida jerarquía). Y esta valoración se realiza aceptando que «debido en parte a la crítica a la que ha sido sometida, ha alcanzado un mayor grado de desarrollo en comparación con las demás» formas de imputación.

3.2. Sobre el concepto «ajenidad al Ordenamiento Jurídico»

⁵ En detalle, con múltiples referencias, AMBOS. *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Traducción de Cancio Meliá. RDPC 3, 1999, p. 137 ss.

La defensa de Guzmán Reynoso sostuvo que la teoría del dominio de la organización no podía ser aplicada al caso porque, en primer lugar, el grupo era uno paraestatal, y dicha teoría «[...] no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay el deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior». Llama la atención la paupérrima preparación académica de la defensa pues, aun sin ser partidario de la tesis del dominio de la organización, la revisión de cualquier escrito sobre la materia le hubiera aclarado que la autoría mediata por dominio de la organización no ha sido descartado, ni descarta, su aplicación a organizaciones no estatales. Lo que sí es cierto, es que, al menos en la versión de Roxin, esta teoría adquiere su verdadero valor en aquellos aparatos de poder que operan desligados del Ordenamiento Jurídico, a partir de lo cual algunos autores,⁶ descartan que sea utilizada en las organizaciones empresariales. La razón es que en una organización que opere dentro del Ordenamiento Jurídico, la fuerza normativa de las leyes tiene más fuerza que las órdenes ilícitas que se den al interior del grupo; mientras que en una organización desligada del Ordenamiento Jurídico tal fuerza normativa de las leyes no opera. Así, salvo que se quiera hacer creer que Sendero Luminoso es una empresa, está claro que todo grupo terrorista opera al margen del Ordenamiento Jurídico.

Pero es que incluso el concepto mismo de ajenidad al Ordenamiento Jurídico pierde sentido como elemento fundante del dominio de la organización. Si por Ordenamiento Jurídico se entiende el conjunto de leyes y normas jurídicas, se caería en el sinsentido de que, por ejemplo, los gobiernos de facto tienden a cubrirse con un manto de leyes dadas, precisamente, para darle visos de legalidad a sus acciones. Si se entiende que el Ordenamiento Jurídico es el conjunto de valores y principios que rigen la vida en democracia y que, como tales, operan para toda sociedad con independencia de que estén formalmente reconocidos o no, también perdería capacidad como elemento fundante del dominio. Pues no solo los delitos cometidos desde aparatos de poder confrontarían con tal Ordenamiento Jurídico, sino que lo haría cualquier delito y hasta las infracciones administrativas. Si la razón por la cual Roxin sostuvo que el aparato de poder ha de operar al margen del Ordenamiento Jurídico es porque las leyes tienen una mayor fuerza vinculante para el ejecutor que las órdenes que reciba de sus superiores, en realidad se pretende llamar la atención sobre que una ley tiene que primar sobre cualquier orden (ilícita) que se emita en cualquier organización, incluso en una paraestatal o criminal.⁷ Las leyes priman sobre cualquier orden que se emita en cualquier aparato de poder, opere dentro o fuera de los límites del derecho. Una orden ilícita nunca puede vincular normativamente a su destinatario. Para decirlo con otras palabras, si, efectivamente, en un aparato de poder que opera al margen del Ordenamiento Jurídico las leyes no priman sobre las órdenes ilícitas, simplemente no se podría juzgar ni condenar a quienes las cumplen.

⁶ ROXIN. «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft». En Boetticher, Huff, Landau y Widmaier (eds.). *Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18 Oktober 2002*. Fráncfort del Meno, 2002, p. 52, p. 56. BOTTKE. «Täterschaft und Teilnahme in deutschen Wirtschaftskriminalrecht —de lege lata und de lege ferenda». *JuS*, 2002, p. 322 s.

⁷ ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de Coello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. 7.^a ed. Madrid, 2000, pp. 276 y 277. También en «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität». En Samson, Dencker, Frisch, Frister y Reiß (eds.). *Festschrift für Gerald Grünwald*. Baden-Baden, 1999, p. 556.

3.3. Sobre la pretendida posibilidad de sustituir al ejecutor

La defensa de terrorista Guzmán Reynoso sostuvo con ocasión del juicio que «[...] la fungibilidad del ejecutor no está adecuadamente fundamentada. Los cuadros del Partido Comunista del Perú no son intercambiables». Con ello pretendía desvirtuar la tesis de la autoría por dominio de la organización pues, se sabe —tal como su creador, Roxin, sostiene— que la fungibilidad del ejecutor (en realidad, posibilidad de sustituirle) es un elemento fundante del dominio, significando la fungibilidad que si el ejecutor destinatario de la orden se desiste de cumplirla —y ello por las razones que fueran— la organicidad del aparato del poder le garantiza al superior que automáticamente otro le suplirá y ejecutará la orden. De ahí que si se acepta, como pretende la defensa, que los cuadros del grupo terrorista Sendero Luminoso no son intercambiables ni sustituibles porque sus miembros requieren cierta especialización criminal (algo que es verdad), parecería que la posibilidad de invocar la autoría mediata por dominio de la organización quedaría vedada. Sin embargo, el argumento de que al no ser intercambiables los cuadros de Sendero Luminoso luego no se pueda imputar responsabilidad penal a Guzmán Reynoso como autor mediano, pasa por alto que la posibilidad de sustituir a los ejecutores no es, en realidad, un elemento del dominio sobre la organización.

Hace ya varios años que la doctrina especializada viene criticando que la mal llamada fungibilidad otorgue al superior algún tipo de dominio.⁸ Concede, a lo sumo, mayores posibilidades de que la orden sea cumplida. Esto se demuestra si se analiza con detenimiento la propia razón sobre la cual se erige la posibilidad de sustituir al ejecutor: cuando el ejecutor destinatario de la orden desiste de cumplirla otro le suplirá, pero no se responde a la pregunta, porque simplemente no se puede, de qué pasa si la razón que llevó al destinatario original a no obedecer la orden es compartida por el resto de los ejecutores del aparato de poder. Pero es que aun cuando la orden sea ejecutada por el destinatario original, la posibilidad de sustituirle no es sino una expectativa o pronóstico de comportamiento criminal que se atribuye al resto de miembros del aparato de poder.⁹ Y puede que, en efecto, el resto de posibles ejecutores estén dispuestos, de negarse el destinatario original, a ejecutar la orden, pero ello simplemente no se da. De hecho, estos no cometen delito alguno, salvo, en su caso, el de organización para delinquir.¹⁰ El argumento de la fungibilidad pretende así establecer que el dominio del autor mediano sobre el ejecutor se da con arreglo a un posible (pero no seguro) comportamiento de un tercero, pero no sobre la base de algo que concurra en el ejecutor.¹¹

Visto así, cuantos más posibles ejecutores tenga a su disposición el superior, mayores y mejores probabilidades de que su orden sea ejecutada. La posibilidad de reemplazar a los ejecutores no es sino un dato fáctico. Así lo entiende la SPN, cuando cita: «El dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del

⁸ Con referencias, MEINI. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal». *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 14, 2004, p. 261 ss.

⁹ MURMANN. «Tatherrschaft durch Weisungsmacht». *GA*, 1996, p. 274 y OTTO. «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates». *Jura*, 2001, p. 755 s.

¹⁰ Art. 317 CP.

¹¹ MEINI. «Responsabilidad penal del superior jerárquico». En *Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs*, Lima: Ara, 2005, p. 470 ss.

ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, están dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno».

Se llega así a desvirtuar el argumento de defensa de Guzmán Reynoso, consistente en que los ejecutores de los actos terroristas eran difícilmente sustituibles y que por ello no se puede aplicar la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización. En algo, sin embargo, sí tiene razón, los terroristas no eran fácilmente reemplazables (no muchos estaban dispuestos a vivir al margen de la legalidad, cometer las atrocidades que cometieron, requerían cierta especialización, etcétera), pero ello no es elemento alguno que hable a favor o en contra del dominio de la organización.

3.4. Sobre la rígida jerarquía que ha de existir en el aparato de poder

El dominio sobre la organización requiere la existencia de una férrea jerarquía. Esta jerarquía se advierte y capta en su verdadera dimensión si se analiza sin perder de vista el contexto en el cual se da: el aparato de poder. En el marco de un aparato organizado de poder y desde la perspectiva del hombre de detrás, la organización en cuanto mecanismo de poder que funciona automáticamente es ya un instrumento o herramienta de la cual se vale el autor mediato. Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva del hombre de detrás, los ejecutores pueden ser considerados también como una herramienta o instrumento, tan semejantes a los recursos financieros o materiales, pues todos por igual se utilizan para la consecución del plan. La relación entre quien domina la organización y el ejecutor, es que el primero domina y aprovecha el funcionamiento de la organización en la cual el segundo actúa. Si los ejecutores son los encargados de llevar a cabo las órdenes que se den, parece lógico que ellos sean una parte de la maquinaria que, desde el punto de vista de su funcionalidad, es importante que estén predispuestos a cumplir con su rol dentro de la organización. Esto implica que los ejecutores son parte de la organización a la cual voluntariamente *prestan sus servicios*, que el hombre de detrás (el autor mediato), se *aprovecha* de la funcionalidad de la organización que presupone la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto.

Para decirlo en otras palabras, el elemento «jerarquía» grafica que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que este tiene sobre la organización. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo —y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina—; sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato.¹² En la SSPN se sigue este criterio y se sostiene que «[...] el hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo

¹² MEINI. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal», p. 286.

directo, sino sólo de un modo indirecto, a través del aparato, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato».

Incluso la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, se encuentran dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. Si se comparte este razonamiento, se advierte que la razón de por qué el ejecutor realiza la orden y, por lo mismo, la razón de por qué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido.¹³ Y esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo, de donde se sigue que es un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás.

Una de las consecuencias naturales de admitir la autoría medita en virtud del dominio de la organización es que dicho dominio lo pueden tener únicamente aquellas personas cuya posición al interior de la organización les permita aprovecharse del funcionamiento del aparato y, con ello, aprovecharse también de los cursos causales que se dan al interior de la organización, dentro de los cuales hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Esta posibilidad se apreciará con nitidez en los altos mandos, pues ellos tienen información, poder de mando, conocimientos sobre el funcionamiento de la organización y capacidad de dirección administrativa. Sin embargo, como bien se señala en la SSPN, nada impide que «[...] la calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización recaiga sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el cual pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante es que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito».

Si a lo dicho anteriormente¹⁴ se añade ahora otros datos comprobados en el juicio seguido contra la cúpula de Sendero Luminoso («[...] la Dirección Central ejercía el poder real de dominio de toda la organización, pues se encargaba de presidir las reuniones con los organismos intermedios y de controlar la marcha permanente de todo el colectivo», «los actos terroristas se llevaban a cabo sobre la base de órdenes que se derivaban de decisiones de la Dirección Central y de los acuerdos del Comité Central, las que se traducían en directivas o consignas, las mismas que eran retransmitidas por los propios dirigentes a sus aparatos o transmitidas a través de enlaces a los diversos comités, para que éstos, dependiendo si era una orden para una concreta acción decidida o también planificada por la dirección o se trataba del desarrollo de una campaña,

¹³ Por todos, SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168 ss., Ib. «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis». JR, 1995, p. 179. En doctrina nacional, MEINI. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal», p. 288 ss.; Ib. «Responsabilidad penal del superior jerárquico», p. 482.

¹⁴ Supra 2. De los hechos que se imputan.

procedieran a reunir a los comités de acciones o a elaborar los planes operativos tácticos, reunir a los destacamentos o pelotones que ejecutarían las acciones, dependiendo si era en la ciudad o en el campo respectivamente, así como los “medios” (armas) y otros para la realización del ilícito [...]», «[...] la cúpula controlaba el accionar de los ejecutores, adoptando medidas correctivas cuando no se había cumplido con lo planificado [...] », «[...] el poder de decisión de la Dirección era tal, que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que sólo los miembros de la organización y particularmente sus dirigentes manejaban [...]», «[...] la Dirección Central reconoció que se reservaba disponer determinadas acciones, que tuvo que hacer planes concretos para Ayacucho, Cangallo, cómo golpear, qué día golpear, dónde golpear, con qué fuerzas y qué golpear primero, qué golpear después [...]»), queda bastante claro que desde la posición que ocupó en el grupo terrorista, Abimael Guzmán Reynoso detentaba el dominio sobre la organización (Sendero Luminoso).

4. ¿Aplicación retroactiva de la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización?

La defensa de Guzmán Reynoso pretendió también hacer creer que la aplicación de la teoría de autoría mediata para juzgar hechos cometidos antes de la entrada en vigencia del CP 91 (en el cual, a diferencia del CP 24, se prevé expresamente la autoría mediata) sería una aplicación retroactiva en contra del reo: «La autoría mediata recién se halla contemplada en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, por lo tanto no es aplicable retroactivamente para hechos producidos bajo la vigencia del Código Penal derogado».

Esta afirmación es contundentemente contestada en la SSPN, señalándose «[...] que no hay un concepto ontológico de autor, sino un concepto doctrinal únicamente. Mucho menos el artículo 100 del Código Penal de 1924 contenía una definición de autor, de modo tal que correspondía a la doctrina y a los jueces establecer los alcances del concepto de autoría o de los tipos o formas de autoría», y que «[...] no todas las normas de la parte general del Derecho penal están positivadas en los Códigos Penales. Incluso muchos conceptos que encontraron asiento legal en el proceso codificador como las reglas de error, del dolo, etcétera, no se agotan en las palabras de la ley. La obligada generalidad y, por tanto, relativa indeterminación de las normas de la parte general ha exigido al práctico y al teórico el desarrollo de reglas y criterios allende lo positivado, que permitan la adecuada aplicación de las normas de la parte especial». Para concluir que «[...] los jueces interpretan las normas en el momento en que las van aplicar, por ende siempre es posible una interpretación evolutiva, no siendo pertinente sostener que estamos frente a un supuesto de retroactividad de la jurisprudencia». Cabría añadir simplemente que aun cuando el CP 24 o el CP 91 no contuvieran precepto alguno referido a la autoría —y por ende, a la autoría mediata— ello no sería obstáculo para aplicar cualquier teoría sobre la materia, pues los tipos de la parte especial son tipos que recogen comportamientos de autoría. El art. 23 CP 91, así como el art. 100 CP 24 cumplen una función declarativa, y no constitutiva. De ahí que la forma como se encuentre redactado el precepto legal que prevé la autoría sea algo secundario.