

Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada

Iván Meini*

RESUMEN

Cada vez adquieren mayor relevancia para fundamentar la imputación de responsabilidad penal de los altos mandos, las tesis que sostienen que quienes emiten órdenes desencadenantes de la comisión de un delito, responden como autores mediatos sin perjuicio de que los ejecutores respondan como autores directos. Lo anterior cobra especial importancia en el ámbito de la llamada criminalidad de Estado. A partir de la tesis primigenia del “dominio de la organización”, formulada por Roxin, han tenido lugar diversos desarrollos en torno a estos supuestos de autoría mediata. En este trabajo, el autor esgrime la tesis según la cual el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para ejecutar las órdenes emitidas por instancias superiores, fundamenta el dominio sobre la organización y, por ende, la autoría mediata del hombre de detrás en los aparatos de poder. Para arribar a esa conclusión, critica algunas soluciones planteadas por la doctrina frente a estos supuestos, y rechaza como presupuesto del dominio de la organización los conceptos de “posibilidad de sustituir al ejecutor” y “marginalidad del Derecho del acto ejecutado”.

Profesor de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Este trabajo se ha realizado en el marco de una beca de investigación concedida por el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.*

Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; art.: Artículo; AT: Allgemeiner Teil (parte general); FS: Festschrift (libro homenaje); GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ:

PALABRAS CLAVE

Autoría; participación; criminalidad estatal; autoría mediata; dominio sobre la organización; hombre de detrás; aparatos de poder; principio de responsabilidad.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO; II LA COAUTORÍA COMO SOLUCIÓN. CRÍTICA; III. LA INSTIGACIÓN COMO SOLUCIÓN CRÍTICA; IV. LA POSIBILIDAD DE SUSTITUIR AL EJECUTOR (“FUNGIBILIDAD”) COMO PRESUPUESTO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN. CRÍTICAS; V. LA MARGINALIDAD DEL DERECHO DEL ACTO EJECUTADO. CRÍTICA; VI. LA INNECESARIEDAD DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD; VII. EL DOMINIO SOBRE LA ORGANIZACIÓN. PROPUESTA.

I. Planteamiento

La cuestión relativa a cómo han de responder las personas que sin intervenir en la ejecución del delito deciden su ejecución cobra especial importancia en el ámbito de la llamada criminalidad de Estado, pues el aparato estatal puede ser utilizado como una perfecta maquinaria criminal al encontrarse estructurado funcionalmente para responder a las instrucciones de determinados funcionarios públicos. Para solventar la imputación de responsabilidad penal a los altos mandos (funcionarios o servidores públicos, cargos políticos, mandos militares, etc.) viene cobrando cada vez más importancia aquella tesis en virtud de la cual los que emiten las órdenes que desencadenan la comisión del delito responden como autores mediatos, sin perjuicio de la responsabilidad penal a título de autores directos que le incumbe a los ejecutores del delito. Y ello,

Juristenzeitung; LK: Leipziger Kommentar; MschrKrim: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; n.m.: número marginal; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; NFP: Nuevo Foro Penal; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; PG: Parte General; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RP: Revista Penal; SH: Sonderheft; SK: Systematischer Kommentar; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

lógicamente, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivarse por el delito de asociación o concierto para delinquir.

La formulación primigenia de esta modalidad de “autor detrás del autor” la formuló ROXIN en 1963¹. A partir de las críticas y comentarios recibidos a lo largo de los años, Roxin se ha preocupado por contestar a sus detractores y por exponer los beneficios de su teoría en el ámbito de la criminalidad estatal. Así, *grosso modo*, el estado actual del “dominio de la organización” (*Organisationsherrschaft*) consiste en que el funcionamiento de una organización criminal no depende en absoluto de los individuales ejecutores, pues ellos son sólo piezas intercambiables en el engranaje de la maquinaria y como tales no pueden impedir que las órdenes dadas por el hombre de detrás lleguen a cumplirse². Así, por ejemplo, cuando el ejecutor se niega a cumplir la orden de matar, ello, a diferencia de los supuestos de instigación, no representa el fracaso del delito. En este caso entrará en escena otro sujeto a quien el hombre de detrás tampoco conoce, y ejecutará el hecho sin que éste se entere de los pormenores³. “El hombre de detrás domina pues los medios del aparato sin consideración de la persona que en mayor o menor medida entra en escena como órgano ejecutor de manera ocasional ... El tiene en el sentido literal de la palabra el “dominio” y es por eso autor mediato”⁴. El dominio sobre la organización en la versión de ROXIN requiere pues que los ejecutores sean intercambiables⁵. Pero requiere, además, que el concreto acto antijurídico que se realiza se encuentre desligado del ordenamiento jurídico, sin importar que la “actividad criminal”

¹ ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA, 1963, pp. 193 ss.

² ROXIN, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», Festschrift für Gerald Grünwald, SAMSON/DENCKER/FRISCH/FRISTER/REISS (Hrsg.), Baden-Baden, 1999, p. 550.

³ ROXIN, FS-Grünwald, p. 550; *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München, 2003, § 25 n.m. 106 s.

⁴ ROXIN, FS-Grünwald, p. 550.

⁵ ROXIN, *Strafrecht, AT*, II, § 25 n.m. 107.; *el mismo*, «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», en BOETTICHER/HUFF/LANDAU/WIDMAIER (Hrsg.), *Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002*, Frankfurt a.M., 2002, p. 52.

del aparato de poder se refiera siempre al mismo tipo penal o que esté limitada a una misma forma de ejecución⁶. Así, la responsabilidad penal del ejecutor a título de autor directo no tiene por qué entorpecer la del hombre de detrás como autor mediato, puesto que ambas se fundamentan en consideraciones distintas: la del hombre de detrás en el dominio sobre la organización y la del ejecutor en su dominio directo sobre el hecho⁷. De esto se sigue que autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede ser no sólo el jefe superior de la organización criminal, sino también cualquiera que en el marco de la estructura jerárquica transmita las órdenes con capacidad de mando, pudiendo verificarse en consecuencia una cadena de autores mediatos. A contrario, es sólo partícipe quien en la transmisión de la orden se limita a cumplir un rol de obrero o peón⁸. Para ejemplificar su teoría, ROXIN se valió de los crímenes cometidos por Eichmann durante el nacionalsocialismo alemán⁹.

Un amplio sector de la doctrina se decanta por este modelo de autoría mediata tal cual lo esboza ROXIN¹⁰. Asimismo, el Tribunal Federal Alemán (BGH) lo ha adoptado en una serie de casos, entendiendo que el hombre de detrás responde como autor mediato cuando “se aprovecha de determinadas condiciones marco al interior de estructuras organizadas, produciendo su contribución procesos reglados”¹¹. Alejándose ya de la opinión de ROXIN, el mismo BGH ha entendido que este dominio de la organización se produce cuando el hombre de detrás se aprovecha de la total predisposición de los actores inmediatos para realizar el hecho típico¹². También en la jurisprudencia argentina se ha analizado esta teoría

⁶ ROXIN, FS-Grünwald, p. 556.

⁷ ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 107.

⁸ ROXIN, FS-Grünwald, p. 556.

⁹ ROXIN, GA, 1963, pp. 193 ss., en especial pp. 201 ss.

¹⁰ Cfr. sólo las referencias bibliográficas del propio ROXIN en SH-Schäfer, p. 52, nota n. 2 y en *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 108, nota n. 134.

¹¹ BGH, NJW, 1994, p. 2706 (se trata del llamado caso de los “disparos en el Muro”)

¹² BGH, NJW, 1994, p. 2706.

con motivo del juicio que se siguió a los miembros de la Junta Militar, aunque en definitiva no se llegó a adoptar¹³. Y es precisamente en delitos cometidos por medios de la organización estatal en donde la autoría mediata en virtud del dominio de la organización cobra especial relevancia. Piénsese sólo en personajes como Fujimori, Montesinos y toda una serie de funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas, que delinquieron aprovechando el control del aparato estatal peruano que tuvieron a su cargo durante la década pasada.

II. La coautoría como solución. Críticas

Según un sector doctrinal los casos de autoría mediata en virtud del dominio de la organización serían en realidad supuestos de coautoría¹⁴. Los argumentos que se esbozan en este sentido implican cuestionar que el instrumento ejecutor sea un sujeto responsable y simultáneamente también lo sea el autor mediato (principio de responsabilidad), así como el hecho

¹³ Cfr. las valoraciones al respecto de LASCANO, «Teoría de los aparatos de poder y delitos empresariales», pp. 349 ss., GARCÍA VITOR, «La tesis del "Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder"», p. 327 ss., DONNA, «El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin», p. 295 ss. y BRUERA «Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder», p. 259 ss., publicadas en Lascano (ed.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2001. Para la aplicación de esta teoría al caso concreto, véase AMBOS/GRAMMER, "Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en <http://www.iuscrim.mpg.de/info/aktuell/docs/Kaesem060303.pdf>

¹⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München, 1996, § 62 II 8; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, Ap. 21, n.m. 103; EL MISMO, «Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats», *NStZ*, 1995, p. 26; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Bielefeld, 1995, § n.m. 147; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 21 n.m. 92; EL MISMO, «Täterschaft, Mitttäterschaft, mittelbare Täterschaft», *Jura*, 1987, p. 255; EL MISMO, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», *Jura*, 2001, p. 758 ss.; SCHÜNEMANN, «Unternehmenskriminalität», en ROXIN/WIDMAIER (Hrsg.) *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, München, 2000, pp. 628 ss., en especial pp. 631 y 632.

de que habría un acuerdo entre los intervinientes en el hecho que los convertiría en coautores.

En contra de la coautoría hay que replicar, en primer lugar, que la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización es sólo una modalidad más de la llamada autoría mediata del "autor detrás del autor"; pues junto a ella es posible reconocer otros supuestos de autoría mediata en los que el ejecutor actúa «sin defecto» y, en consecuencia, tanto él como el hombre de detrás (autor mediato) responden penalmente: cuando se actúa en error de prohibición vencible¹⁵ y cuando a pesar de actuar en estado de error el dolo queda intacto (por ejemplo, en *error in persona*)¹⁶. Esta idea tiene que vincularse con el hecho de que cuando la ley define la coautoría no exige que el instrumento sea un sujeto que padezca algún defecto que impida su punición. Sólo se limita a señalar que el autor mediato utiliza a otro para la comisión del delito. En tal sentido, es válido desde todo punto de vista entender que a ojos del autor mediato el sujeto ejecutor tiene que ser un instrumento, en el sentido de que aquél se vale de su intervención para cometer el delito, pero no que el ejecutor es en sí mismo y para efectos de la determinación de su responsabilidad penal un sujeto al que no se le puede imputar responsabilidad penal¹⁷. Esto, por lo demás,

¹⁵ Cfr. LK-ROXIN, § 25 n.m. 80 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/HEINE, *StGB Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, § 25 n.m. 23; KÜHL, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München, 2002, § 20 n.m. 77 ss.

¹⁶ STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat, 4. Aufl., Berlin, 2000, § 12 n.m. 36; KÜHL, *Strafrecht AT*, § 20 n.m. 74 ss.

¹⁷ Esta interpretación es incluso defendible en el Derecho penal colombiano. Cuando el art. 29 del CP de Colombia define al autor mediato como aquel que realiza "la conducta punible (...) utilizando a otro como instrumento", lo que hace es dejar en claro que el ejecutor es instrumento desde el punto de vista del autor mediato y, como tal, a través de él es que realiza la conducta punible. Pero en ningún momento se dice algo con respecto a la responsabilidad o irresponsabilidad del instrumento. Interpretar que el ejecutor ha de ser siempre un sujeto que no responda penalmente sobre la base de que el art. 29 CP lo califica de "instrumento" es en realidad dotar de contenido dogmático al mencionado artículo optando por una determinada teoría (en este caso, por el principio de responsabilidad); pero ello no es obligatorio desde el punto de vista de la literalidad del precepto. Así, se puede dotar de contenido al art. 29 CP con arreglo a la idea ya mencionada, en mérito de la cual el autor mediato

es compatible con aquella idea ya mencionada de que en las hipótesis que aquí se analizan la responsabilidad del hombre de detrás se basa en su dominio sobre la organización, mientras que la del ejecutor en su dominio directo sobre el hecho.

En segundo lugar, habla también en contra de la coautoría el que no exista una resolución conjunta para realizar el hecho, que como se sabe es presupuesto de la coautoría¹⁸. No obstante, se ha dicho que en los casos de organizaciones criminales la resolución conjunta para realizar el hecho se establece con la conciencia del superior y del ejecutor de que el hecho, o varios hechos del mismo género, serán llevados a cabo siguiendo las instrucciones de la dirección¹⁹. Pero una cosa es acordar formar parte de una organización y otra totalmente distinta acordar la perpetración de un determinado delito que dé lugar a la coautoría. En otras palabras, el acuerdo que permite la atribución recíproca de los actos de unos coautores a los otros no puede estar constituido por la mera alianza de pertenecer a una organización y realizar en el futuro ciertos delitos²⁰. Si así fuera, no sería factible afirmar que en el caso concreto el hombre de detrás tuviera el dominio del hecho de la acción realizada, ya que no conocería el cómo ni el cuándo, ni los actos que son necesarios para realizar exactamente el delito, ni a las víctimas del mismo. Se limitaría a dar una orden y dejar a los ejecutores la decisión de los prolegómenos de la realización. Por eso, un acuerdo que se erija como presupuesto de la coautoría habrá de ser un convenio concreto y específico de cara a la conducta delictiva que se acuerda realizar y que implique, como mínimo, un reparto de papeles.

es responsable en virtud de su dominio sobre la organización y el ejecutor (instrumento desde el punto de vista del autor mediato) responde por tener el dominio directo del hecho. En Colombia acepta la autoría mediata en virtud del dominio de la organización POSADA ECHAVARRÍA, «Una visión del "dominio de voluntad por organización" y su aproximación al derecho penal colombiano», en *NFP* 62, 1999, pp. 25 ss., en especial p. 34 ss. Opta por la coautoría para solventar estos casos VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, 3 ed., Bogotá, 1997, p. 618; el mismo, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, 2002, pp. 446 ss.

¹⁸ ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 121; EL MISMO, SH-Schäfer, p. 55.

¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch AT*, § 62 II 8.

²⁰ Ésto puede dar lugar, en todo caso, al delito de concierto o asociación para delinquir.

En tercer lugar, para poder afirmar coautoría falta también la ejecución conjunta del hecho²¹, pues el hombre de detrás se limita a dar la orden, contribución que a todas luces ocurre en estadios previos al de inicio de ejecución. Si se quiere responsabilizar al mando superior por la emisión de una orden, habrá que ubicar en aquella contribución los elementos que permitan hacerlo responsable. En lo que aquí interesa, aquella intervención, junto con la ejecución del delito por parte de los «instrumentos», representa la exteriorización del dominio que tiene sobre la maquinaria y, por ende, también sobre sus miembros. Obviamente que ésto no sería predicable si es que se considera que el coautor no ha de intervenir necesariamente en la etapa de ejecución del delito, sino que basta que su aportación sea esencial, aun cuando se haya verificado en la etapa de preparación²². Este planteamiento, empero, no se condice con el hecho de que dominio es dominio de la realización del hecho típico, es decir, de la ejecución o realización de los elementos del tipo, pues de otra forma se llegaría a la conclusión de que el coautor que participa sólo en los actos preparatorios domina algo (los actos preparatorios) que por sí son irrelevantes penalmente. Y, además, si se adopta tal idea, la línea que separa la autoría de la cooperación necesaria se diluiría²³. En efecto, si cooperador necesario es aquel que sin ser autor (sin tener el dominio) participa con una aportación sin la cual el delito no se hubiera podido realizar, y si autor es aquel que tiene el dominio -lo cual puede ser expresado también como

²¹ ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 122.

²² Así, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. Aufl., Heidelberg, 2002, n.m. 529; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 24. Aufl., München, 2001, § 25 n.m. 11; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/HEINE, § 25 n.m. 66; STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, § 12 n.m. 94; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, ap. 21 n.m. 52; KÜHL, *Strafrecht, AT*, § 20 n.m. 111; MUÑOZ CONDE, «Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate in Rahmen "nichtrechtsgelöster" Organisationen?» en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Roxin*, München, 2001, pp. 609 ss.; en especial pp. 620 ss.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 501 ss; OTTO, *Grundkurs AT*, § 21 n.m. 61; EL MISMO, *Jura*, 2001, p. 759. Crítico, BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», en *GA*, 1996, pp. 432 a 437 y 442.

²³ Así también, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 328; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin, 2001, § 10 n.m. 85a.

que su intervención es vital para la realización del delito-, parece ser que la única manera de diferenciar al autor del cooperador necesario es entender que el primero interviene en la ejecución del hecho y el segundo en la preparación. Si alguien participa en la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera podido realizar, ello significa que tiene el dominio del hecho, y por lo mismo, que es autor y no cooperador. Esto no quiere decir que un autor no pueda intervenir en la fase de actos preparatorios, ni que tenga que estar presente en la ejecución del delito. Significa simplemente que el autor tiene que actualizar su dominio en la ejecución del delito²⁴.

En cuarto lugar, si se llegara a catalogar estos hechos como supuestos de coautoría se obviaría una diferencia estructural en el ámbito de la participación criminal, conforme a la cual la autoría mediata se configura verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba hacia abajo, del que ordena hacia el ejecutor), y la coautoría lo hace horizontalmente²⁵. Esta circunstancia obliga a rechazar la calificación de coautor del mando superior del aparato de poder. Y el que la relación entre el mando superior y el ejecutor en los aparatos organizados de poder sea vertical y no horizontal, y que con ello se descarte la coautoría, no tiene por qué ser contradictorio con el hecho de que el receptor de la orden no se encuentre, desde el punto de vista de la realización del delito, subordinado al superior, sino que sea un sujeto responsable²⁶. Una cosa es que el ejecutor sea independiente en términos jurídico penales frente al hombre de detrás y otra totalmente

distinta que la propia estructura de los aparatos organizados de poder -al igual que en cualquier otra organización que conjugue el principio de jerarquía con el reparto de trabajo- condicione que la relación entre los mandos superiores y los ejecutores sea vertical. Y es así porque el hombre de detrás -como se verá en detalle más adelante- no controla la voluntad del ejecutor, sino que tan sólo se aprovecha de su disposición para realizar la orden. Ello conlleva pues que el ejecutor sea penalmente responsable, no obstante el dominio que ostenta el hombre de detrás sobre la organización. Esto sirve para llamar la atención de que desde el punto de vista aquí defendido estos casos de autoría mediata no pueden sindicarse como supuestos de «dominio de la voluntad», sino «en virtud del dominio de la organización».

Una propuesta cercana a la coautoría es aquella que entiende que estos casos podrían ser considerados como supuestos de autoría accesoria, pues tanto el ejecutor como el sujeto de detrás son independientes entre sí en el intento o en la consecución del objetivo²⁷. No obstante, parece claro que el propio funcionamiento de una organización de las características de un aparato de poder excluye la posibilidad de que las aportaciones del hombre de detrás y del ejecutor discurren de manera simultánea y sin conexión entre ellas²⁸.

III. La instigación como solución. Críticas

El hombre de detrás, a decir de algún sector doctrinal, ha de responder como instigador. Los argumentos que se barajan son que cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo, se trata de una fuerte forma de instigación²⁹. O que si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y

²⁴ Otra cosa es que esta actualización se lleve a cabo por los ejecutores del delito en la etapa de ejecución. Esto podría suceder cuando el hombre de detrás organiza y configura el marco en que tendrá lugar la ejecución del delito sin intervenir directamente en su ejecución (ejemplo, el jefe de la banda). Aquí podría pensarse que el dominio del jefe de la banda se "actualiza" por los ejecutores cuando éstos cometen el delito, puesto que se limitan a actuar dentro del marco configurado por el hombre de detrás.

²⁵ BLOY, en GA, 1996, p. 440. En el mismo sentido ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 123; EL MISMO, *SH-Schäfer*, p. 55; AMBOS, «Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», trad. Cancio Meliá, en *RDPC* 3, 1999, p. 137; AMBOS/GRAMMER, *Dominio del hecho por organización*, p. 3.

²⁶ Como pretenden JAKOBS, *NStZ*, 1995, p. 27; GROPP, «Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter dem Tätern“?», *JuS*, 1996, p. 17 y OTTO, *Jura*, 2001, p. 759.

²⁷ BÖCKELMANN/VOLK, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München, 1987, § 24. Ya antes, SPENDEL, «Der „Täter hinter dem Täter“ – eine notwendige Rechtsfigur?», en WARD/WAIDER/VON HIPPEL/MEURER (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, p. 168.

²⁸ ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 124.

²⁹ Con diferentes matices, HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en Amelung (Hrsg.) *Individuelle Verantwortung und*

ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción³⁰. Los partidarios de calificar al hombre de detrás como instigador admiten incluso que éste detenta un dominio, pero sostienen que es insuficiente para hablar de autoría mediata. Así, sería posible que exista autoría mediata cuando el control o dominio que se tiene sobre la organización conlleva el dominio de la voluntad de quien ejecuta la acción, aunque en estos casos el único que responderá será el autor mediato. Pero si la presión ejercida por el hombre de detrás es insuficiente para la exculpación del ejecutante, habrá que afirmar inducción³¹. Se argumenta también que cuando entre la orden y el resultado delictivo existe la intervención responsable y dolosa de un tercero, ello indica que se trata de instigación y no de autoría mediata³².

La doctrina que participa de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, sostiene que no puede haber instigación ahí donde el ejecutor se encuentra ya resuelto a cometer el

Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, 2000, pp. 48 ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, pp. 509 y 510; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 189 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, pp. 87 ss.; MURMANN, «Tatherrschaft durch Weisungsmacht», GA, 1996, p. 279; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, 2, 7ª ed., trad. Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, § 48 II E 88; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 276; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, pp. 404 y 405; Díez RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», en RDPC 1, 1998, p. 50.

³⁰ HERZBERG, en Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, pp. 51 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 275.

³¹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal*, PG, 2, § 48 II E 88; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pág. 276; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, pp. 404 y 405. Próximo, Díez RIPOLLÉS, en RDPC 1, 1998, p. 50.

³² RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 89 ss.; KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 510; ROTSCH, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», NStZ, 1998, p. 49 y OTTO, *Jura*, 2001, p. 758; HERZBERG, en Amelung (Hrsg.), *Verantwortung*, pp. 51 ss.

hecho, pues el instigador debe buscarse un autor, debe tomar contacto con él, convencerlo de su plan, vencer su resistencia. El autor mediato, por el contrario, sólo necesita dar una orden³³. En la inducción se produce un encuentro de la voluntad del inductor con las contra-fuerzas psíquicas fieles a Derecho del inducido, de donde se deriva la inseguridad en cuanto al éxito de la acción inducida³⁴. Entiendo, no obstante, que este argumento debe matizarse.

Si bien en los aparatos de poder el hombre de detrás, con su control sobre la organización, ofrece el marco y las garantías para la consecución del delito³⁵, no es menos cierto que la decisión última de la comisión del concreto hecho punible depende de la voluntad del agente. En otras palabras, el ejecutor puede decidir si ejecuta la orden que recibe, o si por el contrario se aparta de ella. Esta posibilidad es incluso la base que permite hablar de autoría mediata en los aparatos de poder, pues es lo que se desprende de la llamada fungibilidad del instrumento: si el sujeto llamado a cumplir la orden se niega, otro lo reemplazará y el plan se ejecutará. Así las cosas, si el ejecutor puede negarse a realizar la orden, es porque no se encuentra siempre y en todos los casos resuelto a favor de la comisión del delito. Este es otro argumento que obliga a rechazar que estos casos de autoría mediata puedan ser catalogados como dominio de la voluntad³⁶. De ahí que cuando se dice que el aparato funciona automáticamente, en el sentido de que las órdenes de los superiores son ejecutadas con seguridad, ello no

³³ Cfr. sólo ROXIN, *SH-Schäfer*, p. 55; El MISMO, «Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg», en Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, p. 55; el mismo, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 127.

³⁴ SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, p. 150 ss. y 196; El MISMO, «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis», JR, 1995, p. 178; AMBOS, en RDPC 3, 1999, p. 145.

³⁵ Así también OTTO, *Jura*, 2001, p. 758. Próximo, STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, § 12, n.m. 65.

³⁶ De otra opinión, SK-HOYER, § 25 n.m. 91 s., para quien se trata de una tercera forma del dominio de la voluntad, ya que la construcción de la voluntad del hombre de delante es influida por la situación, el hecho, que el autor de atrás controla, que tiene en su mano, y sobre la cual la voluntad del ejecutor es controlada.

significa que siempre y en todos los casos, sino sólo normalmente, deba de ser así. Esto, empero, no se puede decir con respecto a la instigación³⁷.

En mi concepto, sólo desde la óptica de un injusto de organización puede aprehenderse cabalmente la diferencia entre instigación y autoría mediata en los aparatos de poder. Sin perjuicio de volver sobre ello más adelante, una cosa es que el hombre de detrás sea considerado instigador de un concreto potencial ejecutor y otra distinta que sea considerado autor mediato de un colectivo de ejecutores reales o del ejecutor real. Esto quiere decir que si el llamado a ejecutar la orden se niega y otro lo reemplaza, el hombre de detrás podrá ser considerado instigador del sujeto que decide no acatar la orden, pero sólo por haber intentado instigar. Y la tentativa de instigación, al menos que la ley indique otra cosa, es impune. Aquí se valora una relación directa entre el hombre de detrás y el potencial ejecutor, pero por lo mismo se deja de lado la propia naturaleza de los aparatos organizados de poder. Pero si lo que se valora es el injusto de organización, habrá que afirmar autoría mediata del hombre de detrás, pues él domina la organización. Su orden será cumplida, con independencia de la identidad del sujeto, por algún miembro del colectivo de potenciales ejecutores.

Por otro lado, el menor grado de desvaloración jurídico-social que implica la instigación como forma de participación frente a la autoría, habla también en contra de la conveniencia de calificar de instigador al hombre de detrás. Tal calificación no refleja la importancia de su intervención en la comisión del delito³⁸. Esto es admitido incluso por un sector de la doctrina partidaria de considerar al hombre de detrás como partícipe, pues se tiene en cuenta el escaso reproche penal que la calificación de instigador lleva aparejada para estos casos³⁹.

³⁷ ROXIN, *SH-Schäfer*, p. 53

³⁸ AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002, p. 593; EL MISMO, en *RDPC* 3, 1999, p. 145; RO GALL, "Bewältigung von Systemkriminalität", en ROXIN/WIDMAIER (Hrg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, München, 2000, p. 47; ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 128; EL MISMO, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 56.

³⁹ Así, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, p. 187 y HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 276.

Por último, -y esta es una razón de índole técnica- en los casos en los que el subordinado que ejecuta el hecho no ostenta las condiciones subjetivas y/u objetivas de autoría que exige el tipo de autoría (piénsese, por ejemplo, en los delitos especiales), no podría sancionarse al superior jerárquico si se le atribuyera a éste la condición de partícipe, al impedirlo el principio de accesoriedad, pues faltaría, por atipicidad, el hecho principal en el cual participar.

IV. La posibilidad de sustituir al ejecutor ("fungibilidad") como presupuesto del dominio de la organización. Críticas

Según la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, el que los ejecutores sean fungibles significa que los mandos superiores tienen la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor del hecho ante una negativa de éste para cumplir la orden recibida y garantizar así la consecución del resultado. Por esta razón, precisamente, habría que prescindir del vocablo «fungibilidad» al no existir una correspondencia semántica entre él y lo que se quiere significar cuando se le invoca. «Fungible» significa "que se consume con el uso"⁴⁰, y tal cualidad no sólo es incompatible con la condición de persona sino que nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir a los ejecutores del hecho antijurídico en el seno de un aparato organizado de poder. Por eso resulta preferible emplear el término «intercambiable» o «sustituible»⁴¹.

Un considerable sector de la doctrina considera que la sustituibilidad de los ejecutores no existe⁴². Personalmente considero que, efectivamente, al menos en determinados modelos de aparatos organizados de poder, es así. Si se reconoce que aparato de poder puede ser no sólo una estructura de poder estatal sino también un movimiento clandestino, una organización

⁴⁰ Voz «fungible», *Diccionario de la lengua española*, I, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, pág. 1005.

⁴¹ El término fungible es, no obstante, la traducción literal del término alemán *Fungibilität* al que el mismo Roxin recurre.

⁴² SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168; el mismo, *JR*, 1995, p. 179; KORN, «Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen»,

secreta, una banda criminal, etc.⁴³, hay que reconocer también que en éstas últimas la relación personal entre sus miembros es mucho más estrecha que la que concurre entre los miembros de los aparatos de poder estatales. En la criminalidad organizada las decisiones son adoptadas por unos pocos, pero son también unos pocos los que pueden llevarlas a cabo, pues el propio funcionamiento de un aparato cuya actividad discurre en la ilegalidad (formas de vida marginales en auténticos «ghettos», viviendas compartidas, etc.⁴⁴) requiere una cierta familiarización y un elevado grado de confianza entre sus miembros⁴⁵. Los ejecutores (reemplazables) tendrían que estar muchas veces dispuestos de *motu proprio* a vivir permanentemente en la ilegalidad. Si a esto se le suma el grado de especialización que en muchos casos se demanda para llevar a cabo la actividad delictiva⁴⁶, se puede entender que la capacidad de sustituir a los ejecutores es –al menos en estos tipos de aparatos de poder– bastante reducida.

Pero es que esta posibilidad de sustituir a los ejecutores, además, no se puede probar. Ella, tal como es definida por quienes la exigen, es

NJW, 1965, p. 1208 y 1209; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, ap. 21, n.m. 103; el mismo, *NStZ*, 1995, p. 27; MURMANN, *GA*, 1996, p. 271; GROPP, *JuS*, 1996, p. 16; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 274 ss.; MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 155 y FERRÉ OLIVÉ, «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 95. Recientemente, en relación del llamado caso de los disparos en el muro, HERZBERG, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, pp. 37 y 38.

⁴³ STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, § 12, n.m. 65 y MUÑOZ CONDE, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”?», en *RP* 6, 2000, p. 110.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 155.

⁴⁵ AMBOS, en *RDP* 3, 1999, p. 159; MUÑOZ CONDE, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 155; FERRÉ OLIVÉ, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 95; y NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000, pp. 183 y 184.

⁴⁶ SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 168 ss.; HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften Unternehmen für ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Br., 2000, pp. 109, 114 y 115.

la posibilidad de sustituir al concreto ejecutor en caso de que haya una deserción. Pero nada se dice –simplemente porque no se puede– sobre si en el momento de la ejecución de la orden los ejecutores son efectivamente sustituibles. Ejemplo, si el encargado de asesinar a la víctima desiste en el momento en que debe actuar es difícil afirmar que el resultado (la muerte de la víctima) se producirá de todas maneras, porque tendrá que organizarse otra vez el operativo para rastrear al objetivo y puede ser que éste preste más atención. La posibilidad de reemplazar, de cambiar a los ejecutores en el caso concreto, no es pues segura⁴⁷, y en todo caso, se trata de una expectativa de comportamiento criminal⁴⁸. Vista así, la posibilidad de sustituir a los ejecutores no puede fundamentar dominio⁴⁹. Ésta indica, a lo sumo, que existen suficientes medios, cuantitativa y cualitativamente considerados, a disposición de la organización y de sus directivos para realizar el delito, o lo que es lo mismo, que la maquinaria cuenta con un *stock* de personas que permite confiar que la orden será puesta en práctica⁵⁰. El número de personas que conforman el colectivo de ejecutores, no obstante, no tiene por qué condicionar la posibilidad de sustitución. Eso depende de que siendo la cantidad que sea, se trate de una cantidad idónea que asegure el éxito del plan delictivo y, fundamentalmente, que la mayoría, por las razones que sean, estén predispuestos a ejecutar la orden que reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores es, en puridad, un dato fáctico⁵¹ cuya ausencia no tiene por qué distorsionar el dominio que puede ostentar el hombre de detrás sobre los subordinados ejecutores, ni cuya presencia tiene por qué condicionar la existencia de tal dominio. Este dominio podrá cimentarse sobre la relación de jerarquía, el mayor

⁴⁷ HERZBERG, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, pp. 37 ss.; ROTSCHE, «Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?», *ZStW*, 2000, p. 528.

⁴⁸ MURMANN, en *GA*, 1996, p. 274; OTTO, *Jura*, 2001, pp. 755 y 756.

⁴⁹ En el mismo sentido SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168; el mismo, *JR*, 1995, p. 178; OTTO, *Jura*, 2001, p. 754; HERZBERG, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, pp. 37 y 38. De otra opinión, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, 10/95; EL MISMO, *Einführung in das Strafrecht*, 2. Aufl., 1984, p. 238.

⁵⁰ Próximo, OTTO, *Jura*, 2001, p. 757

⁵¹ Así, JAKOBS, *NStZ*, 1995, p. 27.

conocimiento e información que tiene el órgano directivo en comparación con su subordinado⁵² pero, fundamentalmente, sobre la disponibilidad del ejecutor para realizar el hecho ilícito⁵³. Este dominio, así configurado, puede proyectarse indistintamente sobre un solo subordinado o sobre un colectivo de ellos que sean intercambiables. La misma disponibilidad, obediencia, sumisión y capacidad para realizar el hecho antijurídico muestran quién es no reemplazable y aquél otro que sí lo es.

A raíz de esto se ha pronunciado recientemente AMBOS, afirmando que ello significa sólo que una descripción puramente naturalística-descriptiva de la autoría no puede aportar soluciones convincentes⁵⁴. Este autor sostiene que, ciertamente, en el caso concreto puede no darse la sustituibilidad, pero que ello no empece al dominio de la organización, pues lo importante es que el sujeto sea reemplazable *en abstracto*⁵⁵. Él entiende que la cúspide de la organización ha de estar segura de que el aparato, de la manera que sea, seguirá trabajando, y que la próxima orden o mandato será ejecutada a través de un sujeto reemplazable. Una tal sustituibilidad no es normalmente simultánea al hecho, sino que sólo es posible con posterioridad a él⁵⁶. Ahora bien, el diferenciar entre la sustituibilidad de los ejecutores en el caso concreto por un lado, y en abstracto y *a posteriori* por otro lado, sirve para dar a entender que el sujeto de detrás puede contar con que en el futuro sus órdenes serán obedecidas. Pero hasta donde alcanzo a observar, ello no impide apreciar que en el caso que se enjuicia, y por el cual se pretende responsabilizar al mando superior como autor mediato, ello no es así, pues no se ha verificado una sustituibilidad de los ejecutores. Una cosa es responsabilizar a alguien teniendo en cuenta cómo ha intervenido en la

⁵² Por todos, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 102 ss.

⁵³ SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 166 a 169; el mismo, *JR*, 1995, pp. 178 ss.

⁵⁴ AMBOS, *AT; Völkerstrafrechts*, p. 597. También en AMBOS/GRAMMER, *Dominio del hecho por organización*, p. 6.

⁵⁵ AMBOS, *AT; Völkerstrafrechts*, p. 597.

⁵⁶ HERZBERG, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 38; AMBOS, *AT; Völkerstrafrechts*, p. 598.

realización del delito, y otra cosa por cómo puede intervenir en el futuro (lo cual atentaría contra el principio de responsabilidad por el propio hecho). De ello se sigue que si se considera que el sujeto de detrás tiene el dominio de la organización, habrá que probar que en el caso concreto se dan todos los requisitos de tal dominio. Así, o bien se descarta que la posibilidad de reemplazar al ejecutor sea un elemento del dominio de la organización, o bien se acepta que éste concurre en el caso concreto; pero ya se ha visto que esto último no es posible.

Un modo de limitar la capacidad de sustituir a los ejecutores es entender, como hace HOYER⁵⁷, que para imputar el resultado al hombre de adelante (es decir, al ejecutor) éste debe haber aumentado el riesgo con su intervención. De acuerdo con este autor, si se asume el criterio de la "sustituibilidad" en los términos en que la doctrina mayoritaria lo considera (cuando el llamado a realizar la orden se niega otro le reemplaza y el resultado se consigue igualmente) se tiene que el ejecutor concreto no aumenta el riesgo y no podría imputársele el resultado.

V. La marginalidad del Derecho del acto ejecutado como presupuesto del dominio de la organización. Críticas

El sentido que se le otorga en la actualidad al requisito de la marginalidad del derecho (*Rechtsgelöstheit*) no es que la actividad del aparato ha de discurrir al margen del Derecho⁵⁸, pues ella no se requiere para comprender a todas las posibles actividades del aparato, sino sólo para la de la conducta realizada en autoría mediata. Se puede leer en ROXIN que "...en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás"⁵⁹. Una instrucción antijurídica (p.ej., cuando en un Estado de derecho una

⁵⁷ SK-HOYER, § 25 n.m. 90.

⁵⁸ ROXIN, *Schäfer*, pp. 52 s.; EL MISMO, *FS Grünwald*, p. 556.

⁵⁹ También en *FS Grünwald*, p. 556.

autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos) no puede poner en movimiento la organización. Si la orden es obedecida se trataría de una iniciativa particular y no de una acción de la estructura de poder, puesto que es llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. En tales casos, "no se actúa con el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización"⁶⁰.

Conforme se desprende de estas ideas, el concepto «marginalidad del Derecho» sobre el cual se edifica el dominio de la organización hace referencia no a un Derecho positivo, sino a un *supra* conjunto de valores, propios de las sociedades civilizadas y del Estado de Derecho. Sólo así se puede entender que en los casos en los que el aparato de poder es el propio estado, y éste se ha procurado una cobertura legal que ampara su actividad, sus actos sigan siendo «crímenes»⁶¹. Pero, por lo mismo, tal concepto de marginalidad del Derecho pierde su valor para distinguir cuándo y dónde puede existir dominio de la organización y, con ello, pierde sentido como elemento del dominio de la organización. La razón es que no sólo la actividad de un aparato organizado de poder discurre en esta marginalidad del Derecho, sino que todos los delitos que se cometen en el mundo «civilizado», desde un genocidio hasta una falta contra el patrimonio, e incluso una infracción administrativa, se oponen a tal *supra* conjunto de valores. De ahí se deriva que todos los comportamientos penalmente trascendentes, con independencia de que transgredan o no la legislación vigente en el país en que actúe el aparato de poder, y con independencia de que tengan lugar en el seno de un aparato organizado de poder, constituyen actuaciones que quedan siempre excluidas de tal Derecho *supra* nacional⁶².

⁶⁰ ROXIN, *Strafrecht AT*, § 25 n.m. 130.

⁶¹ Claramente БОТКЕ, «Estructura de la autoría», pp. 318 ss.

⁶² Admiten también que es factible construir la autoría mediata en los aparatos de poder organizado cuya actividad se desarrolla dentro de la legalidad AMBOS, en *RDPC* 3, 1999, pp. 156 ss.; el mismo, *AT*, *Völkerstrafrechts*, pp. 606 ss. También, MUÑOZ CONDE, *FS-Roxin*, pp. 616 ss.; el mismo, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), en *Delincuencia organizada*, pp. 7 ss.; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 337 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, pp. 182 a 186; ROTSCHE, *ZStW*, 2000, pp. 535 y 536.

No obstante, el mismo ROXIN, en respuesta a las críticas formuladas en torno a la pretendida *Rechtsgelöstheit* de la organización⁶³, ha sostenido que este elemento no versa sobre una "abstracta" o "concreta" ajenidad del ordenamiento jurídico, en el sentido de un derecho positivo o general⁶⁴. Sino que apunta a si un comportamiento que se ejecuta en cumplimiento de una orden es penalmente injusto o no⁶⁵. Empero, la única forma de afirmar que un comportamiento es injusto, es confrontándolo con un sistema de valores, positivizado o no. En otras palabras, si se habla de ajenidad del derecho, habrá que conceptuar el término derecho, y entender que éste es, o bien el derecho positivo (en cuyo caso los estados que sean aparatos de poder no cumplirían este requisito) o bien un sistema de valores *supra* nacionales que inspira a las sociedades civilizadas y democráticas.

Si se lleva hasta al extremo el argumento en virtud del cual la maquinaria ha de actuar desligada de la legalidad (cuando en una organización que se ajusta al marco de la legalidad –por ejemplo en la administración estatal o en una empresa privada– el jefe encarga a su subordinado una conducta punible, el Derecho espera que éste se niegue⁶⁶), tendría que admitirse, a contrario, que en los aparatos organizados de poder que efectivamente operan a espaldas de la legalidad las expectativas del Derecho de que el subordinado se niegue a cumplir la orden ilícita son nulas o muy reducidas. Y, si así fuera, se tendría que reconocer a renglón seguido que los subordinados-ejecutores habrían actuado en un estado en el cual la norma penal no podía motivarlos o éstos no podrían comportarse conforme a tal motivación. En otras palabras, habrían actuado en un estado en el cual no sería posible hacerlos responsables por el hecho antijurídico (habrían actuado como «instrumentos» en el sentido tradicional del término), a pesar

⁶³ Cfr. AMBOS, en *RDPC* 3, 1999, pp. 160 ss; HERZBERG, en AMELUNG (Hrsg.), *Verantwortung*, p. 36.

⁶⁴ ROXIN, *FS Grünwald*, p. 558.

⁶⁵ ROXIN, *FS Grünwald*, p. 558. Cfr. el diálogo científico sobre este punto entre ROXIN (*FS Grünwald*, pp. 549 ss., en especial, pp. 556 a 559 y en *Strafrecht AT*, II, § 25 n.m. 130 ss) y AMBOS (*RDPC* 3, 1999 y en *AT*, *Völkerstrafrechts*, pp. 606 ss.)

⁶⁶ *LK-Roxin*, § 25 n.m. 130; el mismo, *SH-Schäfer* p. 55; el mismo, «Anmerkung», *JZ*, 1995, p. 51.

de lo cual, sin embargo, se les castigaría como autores directos. Ciertamente que estos pueden ser casos de autoría mediata, pero en virtud de error y no en virtud del dominio de la organización.

Además, si el Ordenamiento jurídico o Derecho a cuyas espaldas tendría que operar la organización no es sino un derecho ideal, virtual, abstracto y hasta utópico, un modelo normativo que no tiene vigencia en el contexto en el que actúa el aparato de poder, en definitiva, un conjunto de valores y principios no positivizados y por lo mismo no siempre evidentes, tal Ordenamiento jurídico o Derecho, debido a sus propias características intrínsecas, no tendría suficiente capacidad para motivar comportamientos y no podría ser visto como un obstáculo para la ejecución de la orden. Esto es más claro cuando el Estado se convierte en aparato de poder y crea su propia normativa (contraria a este orden *supra* nacional). Aquí el dominio es más intenso que en otros casos, pues la relación vertical entre superior y subordinado no se ve perturbada por dudas jurídicas⁶⁷, lo que permite apreciar con mayor nitidez el dominio de los hombres de atrás. Si la organización se encuentra desvinculada del ordenamiento jurídico, el ejecutor subordinado tiene al menos la posibilidad de orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho), mientras que cuando el aparato de poder concentra Derecho e injusto, tal sujeto no tiene posibilidad de orientación⁶⁸. Ahonda en esta idea el hecho de que en situaciones en las que hay especiales condiciones de presión (como la guerra) que son utilizadas para configurar un estado-aparato de poder, las normas de convivencia de los pueblos civilizados pueden perder vigencia, o incluso circular en sentido contrario⁶⁹. En estas situaciones el inferior «confiará» más o simplemente «se dejará llevar» con más facilidad hacia el cumplimiento de la orden antijurídica de lo que lo haría en situaciones normales.

En suma, cuando el aparato de poder sea el propio Estado, su actividad estará desligada de un Derecho abstracto e inmaterial conformado por los

⁶⁷ Así, AMBOS, en *RDPC* 3, 1999, p. 164.

⁶⁸ En este sentido, AMBOS, en *RDPC* 3, 1999, pp. 163 y 164.

⁶⁹ JÄGER, «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», *MschKrim*, 1962, p. 82.

principios y valores que permiten la convivencia democrática, aunque desde un punto de vista formal opere dentro de los márgenes del Derecho vigente. Si se trata de un aparato de poder organizado no estatal (por ejemplo bandas criminales), su actividad estará excluida del Derecho vigente y también del *supra* ordenamiento jurídico. Y también cuando en una empresa o en la administración pública el superior ordena al subordinado ejecutar un mandato ilícito y éste lo hace, tal acto será contrario al Derecho vigente y al *supra* Ordenamiento jurídico. Las expectativas de un comportamiento ajustado a un *supra* Derecho son menores en el primer caso, y con ello mayores las posibilidades de dominio y de autoría mediata. Pero la razón de ello nada tiene que ver con que el aparato actúe al margen del derecho, pues en los otros dos supuestos también se verifica esta marginalidad del ordenamiento jurídico.

VI. La innecesidad del principio de responsabilidad

La principal crítica que se formula contra la autoría mediata del «autor detrás del autor», es de orden sistemático. Se cuestiona cómo es posible que el ejecutor sea autor responsable y al mismo tiempo instrumento del hombre de detrás, quien además responde también como autor responsable por el mismo hecho⁷⁰. Hay, empero, un dato metodológico que puede condicionar la respuesta que a este planteamiento se dé. Si se empieza estableciendo la responsabilidad penal de las personas que tienen un contacto directo con el hecho, es decir, con los ejecutores del hecho, y si se establece que éstos son autores, lo más probable es que se condicione el pensamiento a que los demás intervinientes en el hecho tengan que ser coautores o partícipes.

⁷⁰ La rechazan por el principio de responsabilidad, entre otros, BOKELMANN/VOLK, *Strafrecht AT*, p. 182; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, § 29 n.m. 146 y 147; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch AT*, § 62 I 2 y 8; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 274 ss.; KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 510; FERRÉ OLIVÉ, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (edits.), *Delincuencia organizada*, p. 95; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Artículo 31», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, III, Edersa, Madrid, 2000, p. 138; HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», trad. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *RDPC* 5, 2000, pp. 214 y 215; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, p. 405 y BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 350 y 351.

Hasta donde alcanzo a observar, no se trata de que estos casos constituyan una excepción al principio de responsabilidad⁷¹, pues el principio de responsabilidad podrá tener vigencia en algunos supuestos de injustos personales⁷², mas no cuando se trata de un injusto de organización⁷³. En aquellos puede verse la utilidad del principio de responsabilidad, pues sirve, por ejemplo, para descartar la responsabilidad del instrumento cuando el dominio que fundamenta la autoría mediata lo es en virtud de coacción o error. Pero en puridad de términos no se trata de un principio, sino de un derivado histórico de la concepción que entiende que el dominio del hecho que ha de tener el autor mediato sobre el instrumento es un dominio fáctico⁷⁴, algo que, ciertamente, no es admisible en los aparatos organizados de poder.

Personalmente entiendo que si se aprecia detenidamente el funcionamiento de los aparatos organizados de poder, se puede advertir que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que éste 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. Así, el dominio indirecto sobre los ejecutores no sólo podrá apreciarse en aquellos sujetos que poseen un dominio sobre todo el aparato, sino también en quienes tengan el dominio de aquella parte del aparato que les permita la ejecución del delito sin tener que dejar a criterio de otros su realización.

Se trata pues, como se viene diciendo, de una responsabilidad con arreglo a un injusto por organización, y no por un injusto individual; de ahí que el principio de responsabilidad no tenga cabida⁷⁵. En otras

⁷¹ Como proceden WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, n.m. 541; KÜHL, *Strafrecht AT*, § 20 n.m. 72 y HAUF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch*, 2. Aufl., 2001, p. 86.

⁷² Cfr. LK-ROXIN, § 25 n.m. 72 ss. y 128 ss.

⁷³ LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», *ZStW*, 1994, pp. 683 ss.

⁷⁴ Véase BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 155 a 158, en especial, p. 157.

palabras, se trata de que el hombre de detrás será juzgado en mérito al dominio que tiene sobre la organización. En estos casos, no es dable valorar independientemente y por separado cada una de las conductas individuales que se suscitan en la maquinaria y cuya sumatoria forma la actividad de ésta, sino de advertir que se trata ya de una actividad de un colectivo⁷⁶. Si no se tuviera en cuenta este aspecto se pasarían por alto datos como la predisposición de los ejecutores para llevar a cabo las órdenes que reciban, así como que el aparato es un sistema autopoyético. Esto último ha de ser entendido en el sentido de que, independientemente de la identidad de sus miembros, debido a su propia estructura, organización y la forma como funciona, el aparato mantiene y desarrolla sus propios procesos reglados.

La autoría mediata del hombre de detrás y la autoría del ejecutor se fundamentan en diferentes presupuestos⁷⁷. El ejecutor no ha de ser considerado un instrumento en sí mismo, sino que se le atribuye tal nomen sólo desde la perspectiva del autor mediato para fundamentar su responsabilidad. Pero para argumentar la propia responsabilidad penal del ejecutor, éste habrá de ser considerado como autor. Es pues un concepto normativo, que nada tiene que ver con el dominio de la voluntad, ni con un dominio fáctico, sino, únicamente, con la posibilidad de valerse de la actividad de una organización, en la cual destaca un colectivo de ejecutores predispuestos a llevar a cabo los mandatos que reciban. Como han señalado recientemente AMBOS/GRAMMER⁷⁸, en el caso del autor directo su responsabilidad se funda en su cercanía al hecho, mientras que la

⁷⁵ En esta línea, AMBOS, *AT, Völkerstrafrechts*, p. 594 ss.; EL MISMO, en *RDPC* 3, 1999, p. 147; AMBOS/GRAMMER, *Dominio del hecho por organización*, pp. 8 ss.; VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, pp. 236 ss. Antes, JÄGER, *MschKrim*, 1962; el mismo, «Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrecht. Kriminalpolitisch-Kriminologische Aspekte», HANKEL/STUBY (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg, 1995, en especial, pp. 329 ss. También LAMPE, *ZStW*, 1994, pp. 683 ss. y BLOY, *GA*, 1996, pp. 441 y 442.

⁷⁶ JÄGER, *MschKrim*, 1962, p. 75. También BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 158; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, p. 178.

⁷⁷ ROXIN, *SH-Schäfer*, p. 52.

⁷⁸ AMBOS/GRAMMER, *Dominio del hecho por organización*, p. 6.

responsabilidad del hombre de detrás que ordena resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor.

En esta línea de pensamiento, se ha señalado recientemente que según el criterio del dominio de la organización, la distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención: dirección o mando (*Führung*), organización (*Organisation*) y ejecución (*Ausführung*)⁷⁹. Los autores por mando serían los que pertenecen al reducido círculo de organización, los autores por organización serían aquellos que controlan sólo una parcela de la maquinaria, mientras que los autores ejecutivos serían aquellos que ejecutan el hecho. Los dos primeros serían considerados autores mediatos en virtud del dominio de la organización, mientras que el tercero autor directo.

VII. El dominio sobre la organización. Propuesta

El concepto de responsabilidad a través de la organización –y con ello el propio concepto de dominio sobre la organización, independientemente de cuál sea la orientación que se le dé– todavía se encuentra falto de concreción por la doctrina, pero ello no empece a que el concepto formal que se tiene en la actualidad no sea manipulable y a que con él se pueda trabajar⁸⁰. Las hipótesis de los aparatos de poder han de ser analizadas teniendo en cuenta que tales sistemas son más que la sumatoria de sus componentes⁸¹. En estos casos, la identidad entre el autor y el hecho es opaca, la posición de la autoría adquiere sentido en la red que conforman las relaciones funcionariales del aparato, en las que cada cual y su particular contribución al hecho se entremezclan entre sí llegando a desaparecer⁸². Si bien la maquinaria no va a funcionar a no ser que los hombres con su actividad la hagan operativa⁸³, es verdad también que es la propia

⁷⁹ VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, pp. 239 ss.

⁸⁰ BLOY, GA, 1996, p. 442

⁸¹ LAMPE, ZStW, 1994, p. 693.

⁸² JÄGER, *MschKrim*, 1962, p. 78.

⁸³ JÄGER, *MschKrim*, 1962, p. 78; EL MISMO, EN HANKEL/STUBY (Hrsg.), *Menschheitsverbrechen*, p. 329

organización la que gracias a la jerarquía y a la comunicación e interacción entre sus miembros que en su interior se produce⁸⁴, genera que su actividad no se encuentre condicionada a la concreta voluntad de cada uno de sus miembros y que, por el contrario, sea la propia maquinaria la que busque su propio mantenimiento y funcionamiento automático⁸⁵. La concreción del concepto «dominio sobre la organización» que sobre una organización de tales características se puede tener, no puede olvidar pues estos datos. En otras palabras, no me parece que se tenga que indagar si el hombre de detrás controla *de facto* todos y cada uno de los subsistemas de la organización, y con ello el resultado lesivo que se imputa, pues la concreta operatividad y el concreto funcionamiento del aparato puede muchas veces no depender de su voluntad y por lo tanto escapar a su control. Según lo veo, el dominio de la organización debe ser interpretado en armonía con la característica anteriormente resaltada de estos sistemas, pudiendo ser esbozado como el aprovechamiento de la funcionalidad de la organización.

Pero este aprovechamiento de la funcionalidad de la organización tiene que ser relacionado con el hecho antijurídico que se quiere imputar y con la persona que lo lleva a cabo, pues de otra forma no se podría fundamentar autoría mediata alguna. Así, si el colectivo de ejecutores, según el organigrama del aparato de poder, es el encargado 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. Y aquí resulta irrelevante la causa de su disposición para realizar la orden, a no ser que se trate de un supuesto de error o de coacción que pueda fundamentar la autoría mediata en virtud del error o de la coacción, respectivamente. No obstante, si se quiere argumentar la responsabilidad penal del hombre de detrás por los hechos que realizan los subordinados ejecutores, y que de una u otra manera pueden ser vistos como «actos de la organización» y no como actos independientes a ella, habrá que tener en cuenta, por un lado, que los ejecutores son parte de una organización

⁸⁴ Así, LAMPE, ZStW, 1994, p. 694.

⁸⁵ Así, JÄGER, EN HANKEL/STUBY (Hrsg.), *Menschheitsverbrechen*, p. 329. También HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München, 1977, p. 42.

a la cual voluntariamente «prestán 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 delito⁸⁶. Y este aprovechamiento no tiene por qué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto⁸⁷.

De hecho, 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 herramienta⁸⁸. Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva del hombre de detrás, los ejecutores pueden ser considerados también como una «herramienta» o «instrumento», tan igual que los recursos financieros o materiales, pues todos por igual se utilizan para la consecución del plan. Obviamente que aquí no interesa el dominio que el hombre de detrás pueda tener sobre la maquinaria o sobre los recursos materiales con que cuenta la organización y que también, como a los ejecutores, utiliza. Aquí interesa únicamente la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor, y para comprender dicha relación hay que aceptar que el primero domina (aprovecha el funcionamiento) de la organización en la cual el segundo actúa. Desde el punto de vista del ejecutor se produce una relación de reciprocidad entre él y la organización, pues por un lado él actúa en y para la organización y por otro lado, al no dominar la organización, es el funcionamiento de ésta lo que condiciona el marco situacional en que tiene lugar su actuación.

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. En efecto, si cuando el encargado de llevar a cabo la orden 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. Y la razón del por qué estas personas están dispuestas a cumplir las órdenes puede fluctuar desde que actúan en error o bajo coacción hasta

⁸⁶ Así, SCHRÖEDER, JR, 1995, p. 179. En detalle, EL MISMO, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168 ss.

⁸⁷ Así BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 372 y 394.

que siendo plenamente conscientes de sus actos y de lo que significan, quieren realizarlos. Dentro de toda esta gama de posibilidades la que aquí interesa es aquella que consiste en que el ejecutor es consciente de lo que hace (de ahí que responda penalmente como autor), pero su individual conducta es, desde la perspectiva del aparato y del hombre de detrás, sólo un eslabón en la cadena que representa la actividad de la maquinaria. 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. 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. Con todo, la disposición de los ejecutores a realizar la orden no es una disposición incondicional⁸⁹, pues en tal caso no sería lógico afirmar que pudieran presentarse desertiones.

La definición del dominio sobre la organización como aprovechamiento por parte del hombre de detrás de la predisposición de los ejecutores para realizar el hecho, ha sido criticada en la doctrina. Si se estima que el dominio del hombre de detrás es sobre la organización y que de ahí se deriva el dominio sobre los agentes que ejecutan el hecho⁹⁰, tal concepto de dominio, por un lado, sería aplicable sólo a los organizadores que controlan la maquinaria⁹¹ y, por otro, de ahí a afirmar que el organizador domina a las personas que trabajan o que realizan sus actividades en el aparato hay un paso que depende de que éstos no tengan la posibilidad o la libertad de tomar decisiones por las cuales puedan responder por ellos mismos⁹². Personalmente entiendo que sí; que el dominio sobre la organización lo pueden ostentar únicamente aquellas personas cuya posición al interior de la maquinaria (gracias a la información, poder de mando, conocimientos sobre el funcionamiento de la organización, capacidad de dirección administrativa,

⁸⁸ Así también, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 42.

⁸⁹ Próximo a este concepto, SCHRÖEDER, JR, 1995, p. 179.

⁹⁰ Así, SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168. También, BLOY, GA, 1996, p. 441 y Bolea Bardón, *Autoría mediata*, p. 367, nota n. 93.

⁹¹ OTTO, *Jura*, 2001, p. 757.

⁹² OTTO, *Jura*, 2001, p. 757.

distancia de los ejecutores y del hecho, etc.⁹³) les permita aprovecharse del funcionamiento del aparato y, con ello y para ello, aprovechar también los cursos causales que se dan al interior de la organización, dentro de los cuáles hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Asimismo, el condicionar que el hombre de detrás sólo va a tener el dominio sobre los ejecutores cuando estos no puedan tomar libremente la decisión de actuar y con ello responder libremente, es propio del principio de responsabilidad válido para determinados casos de injustos individuales. Pero aquí nos encontramos, según lo dicho, frente a un injusto de organización.

Contra el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la disposición del ejecutor para realizar el hecho, se esgrime también que con tal definición se diluiría la distinción entre participación y autoría mediata en el ámbito de los aparatos de poder organizados. Pues cuando hay una disposición para realizar el hecho (incondicional o no) se trata de un supuesto de instigación⁹⁴. No obstante, esta crítica encuentra su razón de ser en que el StGB regula en su § 30 II los casos de tentativa de participación⁹⁵; en concreto el llamado supuesto de ofrecimiento (*Annahme des Erbietens*) que se considera como un caso de tentativa intentada⁹⁶. De manera que para el Derecho alemán tendría sentido hacer tal distinción. Pero en un plano estrictamente teórico, aplicable a aquellos sistemas cuyos códigos penales no contienen una cláusula similar (como el colombiano,

⁹³ BLOY, GA, 1996, pp. 441 y 442. Así también AMBOS, en RDPC 3, 1999, p. 152, aunque este autor exige también como presupuesto del dominio que los ejecutores sean sustituibles.

⁹⁴ ROXIN, SH-Schäfer, p. 57; EL MISMO, JZ 1, 1995, p. 51. Así también AMBOS, en RDPC 3, 1999, p. 140 y ROTSCHE, ZStW, 2000, p. 525.

⁹⁵ § 30 StGB "Tentativa de participación: (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito o inducir a su comisión, será penado conforme a las disposiciones sobre tentativa de delito grave. No obstante, la pena se atenuará de conformidad con lo dispuesto en el § 49, párrafo 1. Se aplicará en lo que corresponda el § 23, párrafo 3. (2) del mismo modo será penado, quien se declare dispuesto a cometer un delito grave o inducir a su comisión, quien acepte el ofrecimiento de otro para cometer un delito grave o inducir a su comisión o quien con otro concierte para cometer un delito grave o instigar a su comisión"

⁹⁶ LK-ROXIN, § 30 n.m. 93; EL MISMO, SH-Schäfer, p. 57; EL MISMO, FS-Grunwald, p. 551.

el peruano o el español), tal crítica pierde su valor esencial. Incluso, hasta donde alcanzo a ver, una disposición como el § 30 II StGB no tiene por qué ser incompatible con el dominio de la organización entendido como aprovechamiento de la disposición del ejecutor, pues una cosa es manifestar estar dispuesto a cometer un delito o aceptar el ofrecimiento de otro para cometerlo o concertarse con otro para cometerlo, y otra cosa distinta es efectivamente cometerlo. Es decir, una cosa es *intentar participar en un delito*, y otra *cometerlo*. Aquí se aprecia la diferenciación entre actos preparatorios (algunos de los cuales son punibles en algunos sistemas jurídicos—como el alemán o el español—) y delito consumado. Considero que bien podría darse un concurso aparente, pues si en el marco de la actividad de un aparato de poder se comete un delito, hasta el momento en que la actividad no deja de ser una simple tentativa de participación -en principio impune por ausencia de accesoriadad- puede aplicarse una norma como la que regula el § 30 II StGB y con ella afirmar, recién, que el hecho es punible⁹⁷. Pero cuando la actividad se corresponde al inicio de ejecución, una norma como el § 30 II StGB no tendría aplicación porque estaríamos ya frente a un acto *per se* punible que no necesita más que los preceptos que regulan la autoría (mediata) y participación para ser reprimido. Se trataría pues de dos momentos distintos en el *iter criminis*: el primero (tentativa de participación) anterior al segundo (autoría mediata) y subsumible en él. Sólo cuando el hecho quede en fase de tentativa de participación podrá pensarse en la aplicabilidad de un precepto como el § 30 II StGB, pues aquí el tipo de lo injusto de la tentativa ni siquiera se ha realizado⁹⁸. Sólo en este caso, en consecuencia, cabe descartar el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar el delito. Esto, no obstante, hasta donde alcanzo a entender, no perturba el que el dominio sobre la organización se siga entendiendo como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor, pues tal criterio es uno que permite afirmar la autoría (mediata) que, por definición, es dominio sobre la realización de los elementos del tipo y no sobre actos (de preparación) previos a él. Esta interpretación se ve favorecida por el hecho

⁹⁷ GROPP, *Strafrecht AT*, § 9 n.m. 101, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht AT*, § 30 n.m. 13.

⁹⁸ SCHMIDHÄUSER, *Einführung*, § 10 n.m. 121.

de que para reprimir actos de preparación se recurre al § 30 II StGB, pues cualquier concepto de dominio sobre el que se pretenda fundar la autoría no resulta aplicable a estos casos.

Con todo, es pensable que el dominio sobre la organización entendido como aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar el hecho pueda dificultar diferenciar entre esta forma de autoría mediata y el simple aprovechamiento de las conductas de terceros, que en principio no tienen por qué ser punibles. Es decir, si alguien se da cuenta de que otro va a delinquir y se abstiene de hacer algo, no es responsable, a no ser que se tenga un deber especial de intentar impedir o de denunciar el hecho. Estos serían casos que deben ser analizados desde la perspectiva de la comisión por omisión o de la omisión de denunciar la comisión de delito. Pero los casos de autoría mediata con arreglo al dominio de la organización difícilmente serán casos de responsabilidad por omitir, porque, en éstos, el dominio (independientemente de cómo se defina) significa, como mínimo, que se ha hecho algo para acceder al control de la maquinaria. No es posible acceder al dominio sobre la organización mediante comportamientos omisivos. En esta línea, resulta irrelevante que el autor mediato no sea quien ha organizado originalmente el aparato de poder; importa sólo que haya accedido a su dominio.

VIII. Conclusión

Con base en todo lo dicho se concluye que el dominio sobre la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de detrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. 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. La ajenidad al Derecho del aparato pierde sentido como elemento del dominio sobre la organización, pues el concepto de Ordenamiento jurídico al cual se opone el funcionamiento del aparato (principios de los estados democráticos) no tiene un valor especial como modelo normativo orientador de conductas en los aparatos de poder.

La delincuencia en la empresa: Problemas de autoría y participación en delitos comunes*

Maximiliano Alberto Aramburo Calle**

RESUMEN

La doctrina penal ha debatido en los últimos años sobre la responsabilidad penal del directivo de una empresa, por los hechos ordenados por él y ejecutados por sus subordinados. Las soluciones propuestas por la doctrina penal a partir de la tesis inicial de Roxin, que recorren todas las formas posibles de imputación de responsabilidad penal, no siempre son dogmáticamente satisfactorias para un ordenamiento jurídico determinado. En este escrito se analizan todas ellas: autoría mediata, coautoría, inducción y autoría accesoria y su posible aplicación en el derecho penal colombiano.

PALABRAS CLAVE

Aparatos organizados de poder; autoría y participación en delitos comunes; responsabilidad penal de directivos.

* El presente artículo corresponde a una reelaboración del escrito con el cual se finalizó un compromiso con Colciencias y la Universidad EAFIT, dentro del proyecto "Corrupción y criminalidad económica. Problemas de autoría y participación", del Grupo de Estudios Penales, en el cual participé con el auspicio de ambas entidades [convocatoria para Jóvenes Investigadores e Innovadores de septiembre de 2004].

** Profesor y miembro del Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT.