

PROF. GONZALO D. FERNÁNDEZ. ¿AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN
CON INSTRUMENTO DOLOSO? 271-306. REVISTA CENIPEC. 31. 2012. ENERO-DICIEMBRE.
ISSN: 0798-9202

PROF. GONZALO D. FERNÁNDEZ
gondfer@adinet.com.uy

**¿AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN
CON INSTRUMENTO DOLOSO?**

Recepción: 31/10/2011.

Aceptación: 16/03/2012.

Introducción*

Dentro de los límites que impone la teoría del dominio del hecho al instituto de la autoría mediata –de por sí, un tema complejo e intrincado–, pretendemos concentrarnos aquí en el análisis dogmático de una de las varias modalidades de dominio del hecho; a saber: el llamado *dominio por organización* (*Organisationsherrschaft*).¹ A su vez, dentro de la constelación de casos posibles de imaginar, nos interesa abordar específicamente la compatibilidad de la autoría mediata con el supuesto de un instrumento que obra libre y dolosamente, como integrante de la organización o, si se prefiere, del *aparato organizado de poder*, conforme a la terminología empleada por Roxin.²

Se trata de examinar, entonces, la incidencia que posee la teoría del dominio del hecho y, en particular, si puede sostenerse que media dominio de la voluntad por organización en aquellos casos donde el autor inmediato –quien, supuestamente, obra “*instrumentalizado*”- actúa también libre y dolosamente, dentro de un aparato organizado de poder. Por consiguiente, dejando de lado las restantes hipótesis de instrumentalización del ejecutor directo del delito (v.gr.: los casos de coacción, error o inimputabilidad de éste),³ nuestro enfoque apunta a determinar si es o no admisible atribuirle autoría mediata por dominio de organización al dirigente de la estructura de poder, cuando el autor directo obra en forma libre y con dolo, más allá de que éste último pertenezca o integre también el aparato organizado de poder.

Desde luego, no está en tela de juicio la calificación penal ni el título de imputación del ejecutor, quien habrá de responder como autor directo doloso, en tanto ha realizado el tipo de propia mano. En cambio, la duda surge a propósito del “*hombre de atrás*” y pone en cuestión si éste puede mantener su simultánea condición de autor mediato, adjudicándole capacidad de dominar –por organización- la voluntad de un autor inmediato que ejecuta dolosamente el hecho punible.

* Catedrático de Derecho Penal – Universidad de la República (Montevideo – Uruguay).

¹ Roxin, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 1994, p. 244.

² Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1963, ps. 193-207; ROXIN, *Bemerkungen zum “Täter hinter dem Täter”*, Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin-New York, 1976, ps. 173-195.

³ Una panorámica de las diversas hipótesis en Bacigalupo, E. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edic., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 507-510; Castillo, F. *La autoría mediata*, Facultad de Derecho-Universidad de Costa Rica, San José, 1987, ps. 56 y ss.; Donna, E. *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 1998, ps. 27 y ss.

En definitiva, la pregunta central nos plantea si esta categoría peculiar de autoría mediata y de dominio del hecho (ejercida a través del dominio de la voluntad por organización), puede coexistir y ser compatible con un autor inmediato que realiza dolosamente el delito, dentro del aparato organizado de poder.

He ahí la interrogante. Quien está en la cúspide de la organización como dirigente –o bien en un nivel intermedio, pero de suficiente jerarquía dentro de ella- ¿puede mantener su condición de autor mediato cuando el ilícito se realiza por un autor inmediato que actúa libremente y con dolo? O en caso contrario, ¿la autoría dolosa del ejecutor directo hace mutar el encuadramiento jurídico-penal del dirigente de la organización, desde la autoría mediata hacia otra categoría de participación diferente?

En el fondo –y para enunciarlo del modo más sintético posible-, se trata de establecer si el autor directo doloso es un sujeto *instrumentalizable* por un autor mediato. Vale decir, lo que corresponde despejar es si desde el punto de vista dogmático el “*autor detrás del autor*”, el llamado “*autor de escritorio*” (*Schreibtschtäter*)⁴ tiene o no dominio de la voluntad por organización, sobre un ejecutor que asume dolosamente la realización del tipo. La respuesta exige indagar qué efectos irradia el dolo del autor directo sobre la posibilidad de dominio de su voluntad. Ella permitirá categorizar, por ende, el rol penal que cumple el dirigente de la organización y en qué calidad –o título de imputación- puede atribuírse al mismo el delito cometido por el “*hombre de adelante*”.

1.- El derecho uruguayo

La cuestión expuesta ha suscitado controversias y opiniones contradictorias en el seno de la dogmática penal, si bien constituye un dilema francamente implanteable dentro del derecho penal uruguayo. En efecto, el art. 60 num. 2º del Código Penal uruguayo –única disposición que consagra la modalidad de autoría mediata- reconoce una sola hipótesis admisible: tan luego, la de quien “*determina a personas no imputables o no punibles a cometer el delito*”.

Así, la fórmula uruguaya hace un distinguo según la condición o calidad del receptor de la instigación, al cual se determina a delinquir. Esa especificación, por el contrario, no aparece en el tipo de la instigación consagrado por el art. 45 del

⁴ Stratenwerth, G. *Derecho Penal. Parte General I*, trad. de la 4ª edic. alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 330.

Código Penal argentino, cuya oración final alude, simplemente, a “*los que hubiesen determinado directamente a otro*” a cometer el ilícito, sin reparar en la condición del instigado. Y tampoco surge diferenciación alguna a propósito del instrumento determinado por el “*hombre de atrás*” en el art. 28 del Código Penal español de 1995, que introdujo la figura de la autoría mediata en ese país.⁵

Bien por el contrario, la disposición del código uruguayo excluye todo margen para categorizar como autor mediato a un determinador que obra sobre un autor inmediato imputable y punible, el cual realiza el tipo dolosamente. El mismísimo codificador esclarece en forma contundente el punto, al afirmar que “*autor es el que ejecuta el acto consumativo, y el que determina a un sujeto no imputable, un loco o un niño, a cometerlo, porque en punidad el ejecutor en ese caso obra como instrumento y no se diferencia, jurídicamente, del palo o del revólver que sirve para la ejecución*”.⁶

En cuanto concierne al *instrumento*, por tanto, puede éste tratarse de un instrumento coacto (por violencia moral), o de quien obra en error, según el Código uruguayo de 1934. En ambas hipótesis, la atribución de responsabilidad exclusivamente al instigador, que tuvo éxito en determinar al inimputable o al no punible a cometer materialmente el delito, plasma un *concepto extensivo de autoría*.⁷ Pero además, por si fuera poco, la instigación determinante –o sea, el dominio de la voluntad- de sujetos inimputables y punibles, como lo es el caso de un instrumento que delinque libre y dolosamente, está prevista como una hipótesis de *co-autoría* en el art. 61 num. 1º del Código Penal uruguayo, que califica como co-autores a quienes “*fuera del caso comprendido en el inc. 2º del artículo anterior*” (es decir, los inimputables y los no punibles contemplados para construir la relación de autoría mediata en el art. 60 inc. 2º) “*determinan a otros a cometer el delito*”. A esta hipótesis de co-autoría la fundamenta el codificador, argumentando que aquí la intervención del instigador “*es causa moral del delito*”,⁸ pues él genera en el sujeto instigado la resolución de realizar el tipo penal.

⁵ Cerezo, J. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 935; Mir, S. *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edic., Reppertor S.L., Barcelona, 2001, p. 374.

⁶ Irureta, J. *Notas Explicativas del autor del proyecto, en Código Penal anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi*, 8a. edic. actualizada por Cecilia Salom, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 257.

⁷ Díaz y García Conlledo, M. *La autoría en derecho penal*, P.P.U., Barcelona, 1991, ps. 253 y ss.

⁸ Irureta, *Notas Explicativas, en Código Penal cit.*, p. 257.

A su vez, en relación a los aparatos organizados de poder *de carácter estatal*, tampoco puede soslayarse otro supuesto legal de co-autoría eventualmente aplicable, consagrado por el art. 61 num. 2º del Código Penal uruguayo, que categoriza como tales a “*los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo*”.

Esta modalidad especial de coautoría puede tener cabida frente a un aparato organizado de poder de carácter estatal, donde el instigador reviste la condición de funcionario público y, por razón de jerarquía, se encuentra en posición de garante –“*in genere*”-, a la cual traiciona, empleando la promesa de encubrimiento (en lugar de impedir el hecho) como un mecanismo eficaz y exitoso del dominio de la voluntad, que hace nacer la resolución del ejecutor inmediato. En consecuencia, para el derecho penal uruguayo sólo es autor mediato aquel instigador que tiene dominio de la voluntad sobre un sujeto inimputable o no punible que realiza el hecho típico por sí mismo, obrando como autor directo o ejecutor inmediato, malgrado su inimputabilidad o su no punibilidad. En cambio, cuando la misma instigación o inducción se verifica sobre un sujeto imputable y punible, la distinta calificación jurídica que amerita este autor directo –quien será responsabilizado como tal, a título doloso-, reconvierte al instigador en un co-autor.

En punto a la respuesta punitiva, el art. 88 del Código Penal uruguayo equipara la responsabilidad de los co-autores a la de los autores y, en las Notas Explicativas, Irureta sostiene que “*la clasificación de autores y co-autores es en puridad académica, y el Proyecto nada hubiera perdido con su eliminación*”.⁹ De esta manera, al referir que la diferenciación entre autores y co-autores resulta artificial, el planteo de Irureta hace recordar el antiguo *concepto unitario de autor*, que los viejos dogmáticos causalistas como Stübel o von Buri acogieron, respaldándose en la teoría de la equivalencia de las condiciones.¹⁰

La teoría unitaria es, en la actualidad una posición en franca minoría¹¹. Aún la patrocina Kienapfel, que apoyado en el texto del párrafo 12 del Código Penal

⁹ Irureta, *Notas Explicativas, en Código Penal cit.*, p.267.

¹⁰ Vid. Roxin, *Täterschaft*, ps. 4-7; Peñaranda, E. *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 92.

¹¹ Roeder, H. *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, ZStW, 69, 1957, p. 238; Schwalm, G. *Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen*, Festschrift für Karl Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1969, p. 552.

austríaco sostiene, en suma, que debe tratarse como autor a todo partícipe interviniente en el hecho que haya aportado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender al significado atribuible a su colaboración en el marco del suceso global y más allá de poder diferenciarse la medición de la pena por consideraciones puramente político-criminales, según la culpabilidad individual de cada partícipe concurrente.¹²

Desde luego, siguiendo ese planteo, si todo queda reducido al arbitrio del legislador y –en definitiva- la diferenciación entre autor y partícipe no pasa de ser un distingo artificial e inoperante, queda hecha trizas la propuesta de Welzel acerca de las “*diferencias ontológicas*” de las categorías respectivas, así como su afirmación de que la diversidad estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de derecho positivo, sino en las manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social.¹³

En conclusión: para el derecho penal uruguayo la utilización de un instrumento doloso desvirtúa la calificación de autoría mediata, pues en tal caso el instigador queda convertido en co-autor, por expreso mandato legal. En relación a las estructuras organizadas de poder se ha pronunciado explícitamente Langón, advirtiendo que “*el que da la orden (y supuestamente es el beneficiario del crimen) nunca podrá ser autor, ni siquiera mediato, en las hipótesis en que el instrumento no sea tal, por resultar imputable y punible, resultando que el subordinado responderá como autor y el mandante como co-autor*”.¹⁴

Ahora bien, sin perjuicio de la solución legislativa específica adoptada por el derecho uruguayo –que dirime la discusión-, ello no obsta a considerar la cuestión mencionada en el puro terreno dogmático, desde la perspectiva de la teoría general del delito.

2.- Concepto restrictivo y extensivo de autor

Para encarar el dominio del hecho bajo la modalidad de dominio por organización, es menester formular una previa y acotada referencia al desarrollo de la dogmática de la participación.

¹² Kienapfel, D. *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1971, p. 11.

¹³ Welzel, H. *Estudios de derecho penal*, trad. por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 83.

¹⁴ Langón, M. *Manual de derecho penal uruguayo*, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2006, p. 414.

La doctrina dominante defendió en su tiempo un *concepto restrictivo* de autoría, en base a la *teoría formal –objetiva* : ella reputaba autor, sin consideración alguna a la importancia de la contribución dentro del suceso global, a quien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo penal.¹⁵ Como es fácil suponerlo, este enfoque no pudo lograr un concepto estricto de autoría, pues prescindía en forma absoluta de la trascendencia de la contribución al hecho en el contexto de todo el suceso típico y se adscribía, visiblemente, al criterio causal predominante en su época (teoría de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las condiciones). En su virtud, la *teoría objetivo-material* pretendió complementar a la anterior, invocando la mayor peligrosidad que debería distinguir la aportación del autor al hecho, en comparación con la aportación del cómplice. Como lo sostuvo Frank, autoría es la colocación de una “*causa*”, mientras que participación es, en cambio, el aporte de una “*condición*”.¹⁶

De todas maneras, ninguna de ambas versiones alcanzó un resultado dogmáticamente satisfactorio. La teoría objetiva, por lo pronto, amén de desentenderse de la relevancia del aporte causal de cada uno de los intervinientes, fracasaba también ante aquellos tipos penales de resultado puro, que carecen de una descripción del comportamiento punible. Y en cuanto a nuestro tema se refiere, ella sólo era útil para explicar los supuestos de *delitos de propia mano*, pero permanecía impotente para subsumir dentro del tipo al “*hombre de atrás*”, en torno al cual gira –precisamente- la figura de la autoría mediata.¹⁷

En las antípodas de este pensamiento se encuentra el llamado *concepto extensivo de autor* que, apoyado por el contrario en una *teoría subjetiva*, parte de reconocer la posibilidad de distinguir en el puro plano objetivo los diferentes roles de autores y partícipes, a consecuencia de la igualdad causal –otra vez la aplicación de la *conditio*- de todos los aportes de quienes intervienen en el hecho.

¹⁵ Entre otros, von Beling, E. *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 67; Ernst Mayer, M. *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Sergio Politoff Lifschitz, Editorial BdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2007, p. 481; Mezger, E. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*, trad. de la 6ª. edic. alemana por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, ps. 498-499.

¹⁶ Frank, R. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 14.Auflage, J.C.B., Mohr, Tübingen, 1914, p. 81.

¹⁷ Ver, por todos, Jescheck-Thomas Weigend, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 5ª. edic. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 698.

En su virtud, los partidarios de la teoría subjetiva apelan al *animus auctoris* como criterio diferencial. Es autor –se dice– quien “*quiere el hecho como propio*”, mientras que el cómplice actuaría solo *animus socii*, pues él “*quiere al hecho como ajeno*”.¹⁸ Sin embargo, aún cuando apela a otro criterio de valoración, la teoría subjetiva tampoco logra imponer una delimitación clara entre autoría y participación. En rigor de verdad, ella debilita la garantía de la legalidad penal, pues vincula las categorías de autor y de partícipe no al tipo de acción desplegada por el interviniente, sino al valor que le atribuye el propio autor a sus actos.¹⁹

En esa situación de estancamiento, por decirlo de algún modo, surge como propuesta objetivo-material la *teoría del dominio del hecho* que marca, hasta hoy, la postura ampliamente dominante.

3.- El dominio del hecho

Aunque la expresión “*dominio del hecho*” fue inicialmente empleada por Hegler²⁰ y más tarde por Goldschmidt²¹, ellos no la vincularon a las estructuras de la participación, sino que la utilizaron sólo a propósito de la culpabilidad. Por consiguiente, fue probablemente Bruns el primero en sostener –en el año 1932– que la autoría, tanto en el hecho doloso como en el imprudente, presupone la posibilidad de dominio del hecho.²² De inmediato, Weber acude al concepto del dominio del hecho para fundamentar su teoría subjetiva de la autoría, argumentando que “*autor es quien ejecuta el hecho con voluntad de dominio propio del hecho*”.²³ No obstante, Roxin rescata como pionero a Lobe, quien en la 5ª. edic. del *Leipziger Kommentar*, de 1933, cuestionó la jurisprudencia del Tribunal del Reich, exigiendo –en lugar del *animus auctoris*

¹⁸ De esta opinión, Jürgen Baumann-Ulrich Weber-Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10. Auflage, Gieseking, Bielefeld, 1995, p. 604; Bockelmann, P. *Strafrechtliche Untersuchungen*, Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1957, p. 75; Bockelmann, *Relaciones entre autoría y participación*, trad. por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 34.

¹⁹ Jescheck-Weigend, ob.cit., ps. 700-701; Maurach-Heinz Gossel-Zipf, H. *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 7a. edic. alemana por Jorge Boffill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, vol. 2, ps. 305-306.

²⁰ Hegler, A. *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW, vol. 36, 1915, ps. 184-223.

²¹ Goldschmidt, J. *Normativer Schuldbegriff*, Festgabe für Reinhard von Frank, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, Neudruck: Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1969, vol. I, ps. 429 y 431.

²² Bruns, H. *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, citado por Roxin, *Täterschaft*, p. 61.

²³ von Weber, H. *Lineamientos de derecho penal alemán*, trad. de la 2da. edic. alemana por Leonardo G. Brond, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 205.

preconizado por la teoría subjetiva tradicional-, la concurrencia en el autor de un *animus domini*.²⁴ Con todo, la instalación definitiva de ese concepto de dominio del hecho en materia de autoría se debe a los *Studien* de Welzel, aparecidos en 1939, donde él afirma que la autoría final es la forma más amplia del dominio del hecho final.²⁵ A partir de allí –admite Roxin- el dominio del hecho “*se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal*”.²⁶

La idea central, por ende, sostiene que autor o señor del hecho es quien tiene dominio final del mismo, quien –conciente del fin- lo configura. Inductores y cómplices, por el contrario, tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo.²⁷ Por su lado, la co-autoría consiste en la ejecución, distribuída entre varias personas, de actos parciales pero interrelacionados finalmente, que se apoyan en una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. En ese caso, el dominio del hecho corresponde a todos en conjunto. El principio de división del trabajo determina que, conforme a la distribución de las aportaciones de los intervinientes, el hecho globalmente apreciado es el hecho de todos juntos.²⁸

4.- Autoría mediata e instrumento doloso

Al amparo de la teoría del dominio del hecho Welzel construye la figura de la autoría mediata, explicando que –a través de ella- el autor se sirve de otra persona, pero retiene el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. El instrumento, en los supuestos que examina Welzel, actúa sin dolo y sin libertad.²⁹ En cambio, cuando el instrumento obra dolosamente, Welzel rechaza en forma categórica la posibilidad de construir un *autor detrás del autor*; vale decir, la configuración de la autoría mediata. En efecto, la autoría mediata –dice- “*por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor*”.³⁰

²⁴ Roxin, *Täterschaft*, p. 63. Idem: Rusconi, M. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edic., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 638.

²⁵ Welzel, *Estudios*, p. 88. Idem: Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edic. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 145.

²⁶ Roxin, *Täterschaft*, p. 64.

²⁷ Welzel, *Estudios*, p. 83; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 143.

²⁸ Welzel, *Estudios*, p. 96; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 154.

²⁹ Welzel, *Estudios*, p. 89; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 147.

³⁰ Welzel, *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, SJZ, 1947, p. 650. Idem: Welzel, *Estudios*, p. 89; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 147.

Del mismo criterio participa Gallas, descartando la figura de la autoría mediata cuando el ejecutor obra dolosamente y es punible como autor: “*el dominio del hecho por medio de la utilización de otro como instrumento debería hallar su límite allí donde el derecho considera el hacer del que actúa directamente como libre y, por tanto, fundamentador de la responsabilidad personal, puesto que ... un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominado por otro, es decir, como no libre*”.³¹ También Weber niega la autoría mediata en la comisión del hecho de propia mano, libre y dolosa, pues –de acuerdo a su concepción subjetiva de la autoría-, la figura de la autoría mediata sólo se verifica cuando alguien, para ejecutar el hecho, recurre a auxiliares que actúan *sin voluntad de autor*.³²

Maurach, en cambio, discrepa y admite la autoría mediata con instrumento doloso. Aceptando que el dominio del hecho significa el “*mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico*”, se aparta sin embargo del planteo de Welzel, reconociendo que también hay dominio del hecho y autoría mediata en el hombre de atrás, aún cuando el ejecutor obre dolosamente.³³ Lange, a su turno, adhiere a la solución de Maurach, advirtiendo que “*es causante el que actúa en asunto propio y aquellos de los que se sirve son sus instrumentos, tanto si por su parte son responsables a título de autores como si no*”.³⁴ Así, reconoce la figura del *instrumento-partícipe doloso* y, en relación al famoso y multicitado “*caso de la bañera*”, le atribuye calidad de autora directa a la hermana que ahogó al recién nacido de propia mano, considerando a su vez a la madre de ambos –que indujo o determinó el hecho- como autora mediata.

Hasta aquí, por tanto, pueden observarse las acusadas fluctuaciones doctrinales en el caso del instrumento doloso.

Desde el punto de vista objetivo, para quienes admiten la autoría mediata pese a la actuación de un instrumento plenamente doloso y atendiendo a las relaciones de poder fácticas, no existe sin embargo una explicación clara de cómo y por qué el hombre de atrás “*tiene en sus manos*” –al mismo tiempo que el ejecutor

³¹ Wilhem Gallas, *Täterschaft und Teilnahme*, A.A.V.V., *Materialien zur Strafrechtsreform. Gutachten der Strafrechtslehrer*, vol. I, Bonn, 1954, p. 54.

³² Weber, *Lineamientos*, p. 69.

³³ Maurach-Gössel- Zipf, *Derecho Penal*, vol. 2, p. 354.

³⁴ Kohlrausch-Richard Lange, E. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen*, de Gruyter & Co., 43.Auflage, Berlin, 1961, p. 161.

doloso inmediato- el dominio y el curso del hecho. A su vez, desde el punto de vista subjetivo tampoco queda en claro si la autoría mediata se configura por la determinación previa del dirigente sobre el ejecutor directo, que luego no se ve enervada ni anulada por la formación del dolo subsecuente de éste último.

Asimismo, es dable apreciar en quienes ponen el acento en el subjetivismo, que resulta imprecisa la idea de obrar “*con voluntad de autor*” y el recurso a “*la autopercepción como sujeto del delito*”, que –en el fondo- no es más que una representación mental del supuesto autor mediato, un “*especial elemento del sentimiento*”, al cual acudieron en su momento Nowakowski³⁵ y Engisch³⁶, pero que no guarda relación con un dominio objetivo del hecho.

A este respecto, parece razonable la crítica de Mezger cuando sostiene que no es la percepción del ejecutor la que decide sobre la voluntad de autor, sino que debe atenderse al sentido objetivo de lo que éste comete voluntariamente, pues lo determinante “*no es saber cómo considera el autor su acción, sino qué es su acción*”.³⁷

5.- El dominio por organización

A) El concepto categorial

No obstante, este panorama de incertidumbre dogmática tiende a resolverse con el planteo (no exento de críticas) formulado por Roxin en su monografía de 1963, acerca de los aparatos organizados de poder, que diera lugar a su afamada lección inaugural en la Universidad de Hamburgo.³⁸ Inspirado en el *caso Eichmann*, que suscita una profunda reflexión jurídica y filosófica³⁹, Roxin amplifica la constelación de casos pasibles de subsumirse bajo el concepto de

³³ Maurach-Gössel- Zipf, *Derecho Penal*, vol. 2, p. 354.

³⁴ Kohlrausch-Richard Lange, E. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen*, de Gruyter & Co., 43.Auflage, Berlin, 1961, p. 161.

³⁵ Nowakowski, F. *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, Springer, Wien-New York, 1981, p. 187.

³⁶ Engisch, K. *Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?*, ZStW, vol. 66, 1954, p. 385.

³⁷ Mezger, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 307. En sentido similar, Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 2ª edic. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, 3ª edic., Madrid, 1957, tomo II, p. 296.

³⁸ Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, ps. 193-207.

³⁹ Sobre la perspectiva ética y filosófica, en especial, Arendt, H. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. de Carlos Ribalta, Lumen, Barcelona, 1967.

dominio del hecho y, en el mismo año, publica su tesis, que ya computa a la fecha múltiples ediciones.⁴⁰ Esquemáticamente presentado, el planteo de Roxin diversifica la teoría del dominio del hecho del siguiente modo:

- a) Una primera forma básica del dominio del hecho se da con el llamado *dominio del hecho por acción*, que significa el dominio de la propia acción, aplicable a los casos de *autoría única inmediata*, que subsume la realización del tipo de propia mano, dolosa y libre.
- b) La segunda categoría viene establecida por el *dominio funcional*, que responde a los supuestos de *co-autoría* e importa, básicamente, la cooperación en la fase ejecutiva del delito.
- c) En tercer lugar, Roxin enuncia al *dominio de la voluntad*, que atrapa a la figura de la *autoría mediata*, donde se incluyen los casos de dominio de la voluntad del ejecutor no libre (por coacción), dominio de la voluntad del ejecutor que obra en virtud de error y dominio de la voluntad de los inimputables y menores de edad.

Pero a los tres supuestos tradicionales de dominio de la voluntad (v.gr.: coacción, error, inimputables), Roxin adiciona un cuarto subtipo, consistente en el *dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder*, también denominada *dominio por organización* (*Organisationsherrschaft*).

B) Los aparatos organizados de poder

El *dominio de organización*, entonces, es un nuevo criterio dogmático que permite fundamentar la autoría mediata del “*hombre de atrás*” y se aplica para aquellos supuestos que trascienden la dimensión individual de un hecho, donde existe toda una organización o estructura, con múltiples miembros, así como uno o más dirigentes en la cúpula. La imagen inspiradora fue la existencia de las SS nazis, cuyos dirigentes o jefes no tenían contacto siquiera –más allá de que sabían cuanto ocurría en el plan de exterminio generalizado- con los ejecutores inmediatos de los homicidios, perpetrados contra prisioneros en los campos de concentración.

⁴⁰ La 6ª edic. alemana ha sido traducida al castellano por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, bajo el título Roxin, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, que se citará en adelante.

Según Roxin, el dominio de organización se configura cuando el hombre de atrás, el dirigente, utiliza un “aparato”, conformado por una pluralidad de sujetos, casi siempre organizado estatalmente, a través del cual se comete el delito sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.⁴¹ El autor mediato es tal y puede dominar la voluntad de los ejecutores directos por organización, porque ésta última funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor, que es un supuesto fungible, dato que conoce el hombre de atrás.

En origen, la teoría de los aparatos organizados de poder⁴² pone el acento en la *fungibilidad* de los autores inmediatos, de la cual deriva ese *funcionamiento automático*, así como en la *desvinculación del Derecho* como nota caracterizante de aquellos. Roxin asevera que el dirigente “*sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global*”.⁴³ Por consiguiente, la *fungibilidad* o *intercambiabilidad* de los autores directos (ejecutores inmediatos) aparece como el factor decisivo que permite fundamentar el dominio de la voluntad de éstos últimos y, llega a tal grado, que el hombre de atrás no necesita siquiera conocerlos personalmente ya que, debido a la existencia de la organización, puede confiar en que se cumplirán sus órdenes, incluso sin conocimiento ni relación personal de clase alguna.

El dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas sería una manifestación del dominio del hecho aplicable a *delitos de Estado* y de *organizaciones*, los cuales –por su propia naturaleza– “*no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual*”.⁴⁴

Según Roxin, las figuras jurídicas de la autoría, la inducción y la complicidad, “*que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como*

⁴¹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 268.

⁴² En realidad, aunque esa denominación se ha impuesto en la literatura penal, media en ella un error de traducción, pues Roxin alude a aparatos *organizadores (organisatorische)* y no a aparatos *organizados (organisierte)* de poder.

⁴³ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 270.

⁴⁴ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 268.

fenómeno global. Pero ello no exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos, también desde la perspectiva dogmática del delito individual".⁴⁵

En la caracterización del aparato de poder, el planteo roxiniano se encarga de aclarar que de nada sirve aquí el viejo *animus auctoris* de la teoría subjetivista, como elemento de delimitación y fundamentación, porque tanto quien domina el aparato de poder, como cualquier inductor en un delito individual, ambos tienen interés relevante en el éxito del delito. A su vez, el solo *animus auctoris* –como se ha visto– no es compatible con el instituto de la autoría mediata por dominio del hecho.⁴⁶ Al mismo tiempo, dentro de la organización, el hombre de atrás no se subordina internamente al ejecutor, ni necesita “*dejar a criterio de éste*” el hecho, pero ello no obedece a ningún ánimo especial (*animus auctoris*) del dirigente que imparte las órdenes, sino que responde al propio mecanismo de funcionamiento del aparato organizado de poder. Por lo tanto, el dirigente domina la realización del resultado de manera distinta a la figura del inductor común y ocupa una posición clave en el hecho global, que no la tiene un mero instigador en los casos de delincuencia común.

En suma: el elemento decisivo para delimitar esta subcategoría de autoría mediata (por dominio de organización) se basa en el funcionamiento peculiar del aparato que está a disposición del dirigente, pues “*una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor*”.⁴⁷

De tal modo, merced a ese sistema de funcionamiento, el dirigente o jerarca al mando de la estructura organizativa, cuando da la orden, puede confiar en que ella se va a cumplir sin que tenga que conocer siquiera al ejecutor, pues si alguno elude hacerlo, inmediatamente otro miembro del aparato va a suplirle; de suerte que no resulta afectada la ejecución del plan global. De ahí que el elemento clave lo aporta la *fungibilidad* del ejecutor. El carácter intercambiable de éste permite atribuir autoría mediata al dirigente, porque

⁴⁵ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 268. Idem: Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, vol. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003, ps. 51-52.

⁴⁶ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 269.

⁴⁷ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 270; Roxin, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006, p. 17.

posibilita guiar un suceso llevado a cabo por otro, sin intervenir directamente. Porque, en puridad, “*es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo*”⁴⁸, el factor que convierte al hombre de atrás en autor mediato.

Por consiguiente, Roxin establece lo que podríamos llamar una *regla de graduación invertida*, pues la medida de la responsabilidad –paradójicamente– aumenta cuanto más alejado se esté del ejecutor y más cerca se esté del puesto superior de la cadena de mando: “*mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato*”.⁴⁹

En definitiva, los elementos estructurales de esta modalidad de autoría mediata (por dominio de organización) son la precitada *fungibilidad del ejecutor inmediato* y el *apartamiento o desvinculación del derecho*, que caracteriza al aparato de poder.

Esa desvinculación al derecho Roxin la fundamenta en el argumento de que las formas de dominio organizativo, prácticamente, no pueden aparecer en el marco de un Estado de Derecho reglado, que tenga un desarrollo estable.⁵⁰ Ello es casi una conclusión forzada, si recordamos que, en origen, Roxin formula esta nueva estructura de imputación para aplicarla a los *delitos de Estado* del régimen nazi.

C) Autoría mediata pese a instrumento doloso

Por cierto, esta categoría de autoría mediata por dominio de organización no le resulta incompatible a Roxin con la ejecución dolosa, a cargo del autor inmediato. En su mérito, por el delito responderían –simultáneamente– el dirigente del aparato de poder, a título de autor mediato doloso, al igual que el autor directo, también a

⁴⁸ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 271; Roxin, *Strafrecht*, vol. II, p. 47.

⁴⁹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 272.

⁵⁰ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 275; Roxin, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, p. 16.

título de autor inmediato doloso. Ergo, el obrar libre y doloso de este último no desplaza –en la tesis de Roxin- la figura de la autoría inmediata, no menos dolosa, del dirigente o jerarca del aparato de poder.

Según Roxin, *“no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”*.⁵¹

En definitiva, la fungibilidad de los ejecutores directos no es sólo un elemento estructural del aparato de poder, sino que –al mismo tiempo- el conocimiento acerca de ella por parte del dirigente sirve para fundamentar el dominio del hecho del autor detrás del autor. Su autopercepción de la fungibilidad y del funcionamiento automático de la organización que él dirige –cuyos miembros son, en la terminología roxiniana *“ruedecillas del engranaje”*- conducen a ratificar no solamente el dolo del dirigente, sino también su emplazamiento dogmático como autor mediato, junto con la figura concurrente de un autor inmediato, que se aplica a quien comete de mano propia el hecho punible.

No cabe duda, por ende, que Roxin responde afirmativamente a la pregunta que nos hemos planteado, sosteniendo que un autor directo doloso es también un sujeto instrumentalizable (igual que aquel que obra bajo coacción o en error, pero sin dolo) y que la autoría mediata funciona sin tropiezos en aquellos casos donde se emplea un instrumento doloso.

6.- Posturas críticas

A partir de su formulación –en 1963- la opinión de Roxin ha despertado, como era de preverlo, adherentes y contradictores. Por lo pronto, el dominio de organización se ha extendido –incluso contra su propia opinión- a la materia penal económica, a partir de su frecuente recepción por parte del Supremo

⁵¹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 271; Rroxin, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, p. 15.

Tribunal Federal alemán, así como por la acogida doctrinaria de esa figura en materia de criminalidad de empresa.⁵² Y el dominio de organización también ha ganado terreno en el Derecho penal internacional, aplicado a casos resonantes de violaciones masivas de derechos humanos, como el juicio seguido contra las Juntas Militares argentinas⁵³ o el caso *Fujimori* en el Perú.⁵⁴

Así y todo, este instituto no cesa de discutirse en el seno de la dogmática penal. Dentro de las posturas críticas cabría diferenciar, de un lado, a quienes abogan por otorgarle otro fundamento a los aparatos de poder, distinto y en reemplazo de la fungibilidad. Y, por otra parte, están quienes niegan que la presencia de un instrumento doloso pueda mantener la atribución de una autoría mediata, optando –en vez- por calificar al hombre de atrás bajo el cuadro de la inducción o instigación, o bien dentro de la figura de la co-autoría, sin perjuicio de alguna otra solución minoritaria.

A) Las críticas a la fungibilidad

Ya en 1965, en su tesis doctoral, Schroeder no considera a la fungibilidad, sino a la “*resolución condicional del hecho*”, como el verdadero fundamento del dominio por organización. Schroeder admite la secuencia regular y automática en el funcionamiento del aparato de poder, pero señala que el elemento constitutivo de esa regularidad funcional no es la fungibilidad del agente directo invocada por Roxin, sino su determinación al hecho, que ya está presente en el autor inmediato, independientemente de la influencia del hombre de atrás. Para Schroeder es decisiva la falta de fuerzas de cohibición en el ejecutor, al momento de la realización del hecho.⁵⁵

En contra de Roxin, afirma que el verdadero criterio definitorio del aparato de poder sería la utilización de esa resolución del agente directo de cometer el

⁵² A vía de ejemplo, Schünemann, B. *Unternehmenskriminalität*, 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Beck, München, 2000, vol. IV, ps. 621-646; Muñoz Conde, F. *Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen “nichtrechtsgelöster” Organisation*, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, ps. 609-624.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, sentencia de 9 de diciembre de 1985.

⁵⁴ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú, sentencia de 7 de abril de 2009.

⁵⁵ Schroeder, F. *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, p. 150.

hecho, o sea, la utilización de la *disposición al hecho* que tiene el autor inmediato. Para él, un aprovechamiento de la decisión ya firme de otro, de seguir o cumplir la orden sea cual sea, es el elemento que hace decaer para el hombre de atrás la inseguridad del resultado.⁵⁶

De esa forma, Schroeder reemplaza a la fungibilidad, sustituyéndola por la *disposición al hecho* del autor inmediato, como elemento estructural central del aparato de poder.

Al margen de reivindicar como concepto prevalente la *disposición al hecho*, Schroeder cuestiona también a la fungibilidad, afirmando que no puede tenérsela por elemento fundamentador, dada la frecuente imposibilidad de reemplazar a los ejecutores directos, que no son tan fácilmente intercambiables como lo propone Roxin, pues en este tipo de aparatos organizados de poder los integrantes tienen un lento acomodo a ellos, que les requieren un arduo esfuerzo de iniciación, al igual que un proceso de indispensable especialización.⁵⁷

El cuestionamiento de la fungibilidad hecho por Schroeder logra adhesiones doctrinales. Tanto Schmidhäuser⁵⁸ como Baumann⁵⁹ rechazan esa evidente normativización de la fungibilidad y priorizan, por el contrario, la utilización de la disposición al hecho del autor directo. También Rotsch cuestiona a la fungibilidad como elemento estructural caracterizante del aparato de poder, por cuanto ella importa apreciar “*in abstracto*” el suceso y alejarse por completo del hecho concreto: “*el defecto fundamental de la construcción*” –expone Rotsch– “*radica en que Roxin determina el dominio del hecho independientemente del hecho concreto*”.⁶⁰ Inclusive Heinrich, un discípulo del propio Roxin, adhiere asimismo a la tesis de Schroeder, advirtiendo que “*lo decisivo es la inclinación al hecho para la tipología de la organización*”.⁶¹

La crítica termina por hacer efecto en el propio Roxin, el cual procura –tan luego en el libro-homenaje a Schroeder publicado en el año 2006– una solución ecléctica: acopla entonces “*la predisposición al hecho específica en la*

⁵⁶ Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168.

⁵⁷ Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, ps. 123 y ss. y 131 y ss.

⁵⁸ Schmidhäuser, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1984, p. 304.

⁵⁹ Baumann-Weber-Mitsch, *Strafrecht*, p. 632.

⁶⁰ Rotsch, T. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW, vol. 112, 2000, p. 518.

⁶¹ Heinrich, M. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, Beck, München, 2002, p. 274.

organización” con la “*considerablemente elevada disponibilidad al hecho por parte del ejecutor*”.⁶²

Por lo tanto, así reformulada, la propuesta teórica indicaría que quien en un aparato organizado de poder, apartado o desvinculado del derecho, ejecuta el último acto que realiza el tipo penal (el autor inmediato), estaría sometido –a diferencia del autor individual, que depende sólo de sí mismo- a un sinnúmero de influencias específicas de la organización que, si bien no eliminan de ningún modo su responsabilidad, lo hacen sin embargo más predispuesto para el hecho, que otros potenciales delincuentes. Y por lo tanto, gracias a estas influencias, la probabilidad de éxito de una orden aumenta y colabora en la atribución de la autoría mediata al hombre de atrás.

Vale la pena añadir que Schroeder aplaude el reconocimiento que hace Roxin a su tesis, al invocar la “*considerablemente elevada disposición al hecho por parte del ejecutor*” como el elemento configurador del dominio por organización, lo cual –a su juicio- restringe fuertemente la autoría mediata.⁶³

B) Las críticas a la probabilidad del resultado

Siempre ligado a la fungibilidad como elemento categorial principal, Roxin hizo derivar originariamente de ella la alta probabilidad de realización del resultado, que existiría no sólo como una probabilidad objetiva, sino igualmente como una expectativa fundada del dirigente, malgrado de que, ocasionalmente, pudiere fracasar. Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en tales organizaciones –argumenta Roxin- sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente: “*si uno fracasa, otro le va a suplir y precisamente esa circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás*”.⁶⁴

Ello también fue objeto de reparos. Renzinowski, en su monografía sobre el concepto restrictivo de autor y la participación imprudente, replicó que la sustituibilidad hipotética no importa y que la alta probabilidad del resultado, garantizada por el

⁶² Roxin, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, ps. 387 y 397.

⁶³ Schroeder, *Disposición al hecho versus fungibilidad*, en Kai Ambos-Ivan Meini (Eds.), *La autoría mediata*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 122.

⁶⁴ Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 273.

aparato –en el sentido de que el hombre de atrás pueda imponer sus órdenes-, tampoco es suficiente para la fundamentación de la autoría.⁶⁵

Conforme puede apreciárselo, por ende, lejos de quedar laudada la disputa acerca de los aparatos organizados de poder, la exégesis dogmática del instituto entremezcla la sustituibilidad del ejecutor (es decir, su carácter intercambiable derivado de la fungibilidad) con la alta probabilidad de realización del resultado (la cual también proviene del carácter fungible del ejecutor), pero sin reparar en que ambos extremos son hipotéticos. Con ello se confunden dos elementos diferentes, debiéndose puntualizar –por lo demás- que esa alta probabilidad de que el delito se cometa no es un aspecto peculiar o exclusivo de los casos de dominio de organización, pues ella puede existir con las mismas dimensiones en los casos corrientes de inducción o instigación, en el delito individual.

Desde otro punto de vista, Roxin ha respondido que la no realización del resultado por parte del ejecutor no hace prueba en contrario y sólo demuestra, a lo sumo, que también la autoría mediata puede fracasar, al igual de cuanto ocurre con el empleo de un instrumento inimputable o que actúa en error.⁶⁶ Sin embargo, Murmann ha planteado –con acierto- que la sola expectativa fundada del hombre de atrás de que la organización funcione, no es suficiente para fundamentar su dominio del hecho. En simultáneo, cuestiona también a la fungibilidad, pues a su criterio nunca se podría hablar de un número ilimitado de sujetos dispuestos a llevar a cabo el hecho punible como autores directos.⁶⁷

Una solución intermedia la proporciona Langneff en su tesis doctoral del año 2000, afirmando que la fungibilidad no debe comprobarse en el momento de la ejecución del hecho (cuando, efectivamente, la sustituibilidad ilimitada del ejecutor no es verificable), sino *antes*, en el momento en que el autor mediato da la orden, pues ése es el momento relevante, cuando deben existir suficientes sujetos dispuestos a cumplirla, con independencia de que al final sea sólo uno, o unos pocos, los que la ejecuten.⁶⁸

⁶⁵ Renzinowski, J. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, ps. 87 y ss.

⁶⁶ Roxin, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, p. 19.

⁶⁷ Murmann, U. *Tatherrschaft durch Weisungsmacht?*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1996, ps. 269 y ss. De opinión similar, Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 2da. edic. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 784; Köhler, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1997, ps. 510-511.

⁶⁸ Langneff, K. *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, Shaker*, Aachen, 2000, p. 87.

C) Las críticas al apartamiento del derecho

El apartamiento o desvinculación del derecho, señalado por Roxin como característica estructural del aparato organizado de poder, ha sido igualmente blanco de la crítica.

Probablemente sea Herzberg el que ha cuestionado de modo más intenso a la fungibilidad y a la desvinculación a derecho, pues estima que son meras metáforas.⁶⁹ Más aún, Herzberg ataca directamente a la ambigüedad del propio concepto de aparato organizado de poder, señalando que no es posible determinar cuando el poder del superior para dar órdenes a otras personas logra ya el potencial específico de un aparato de esas características; vale decir, que no se logra clarificar los límites entre el “*aún no*” y el “*ahora sí*”.⁷⁰

La crítica de Herzberg pone de manifiesto, a propósito de la fungibilidad, que no es cierto que la totalidad del aparato de poder, después del recambio del instrumento –como una “*ruedecilla defectuosa*” en el engranaje, según Roxin complete regularmente el hecho ordenado por el dirigente, con una insignificante desviación del curso causal. En el mismo orden de ideas, niega que la autoría mediata pueda fundamentarse en la seguridad del resultado (la alternativa planteada por Roxin) o en la *caída de la inseguridad del resultado* (según la variante de Schroeder), argumentando que tales aseveraciones no son más que un recurso para compensar la falta de cercanía fáctica del dirigente con el resultado, mediante una noción de cercanía normativa, que predica la seguridad de la realización del resultado sólo en virtud del automatismo del aparato de poder.⁷¹

Pero además de impugnar al elemento fungibilidad, Herzberg controvierte también la desvinculación a derecho, como criterio definitorio del aparato de poder. Con ese criterio, replica, la emisión de una primera y única orden ya estaría configurando al aparato, cuando en verdad y muy por el contrario, el apartamiento o desvinculación del derecho debería ser afirmado siempre que alguien comete un delito cumpliendo órdenes, con lo cual esa característica

⁶⁹ Herzberg, R. *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en Knut AMmelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate Verlag, Sinzheim, 2000, ps. 33-53.

⁷⁰ Herzberg, *La sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*, en Ambos-Meini (Eds.), *La autoría mediata*, p. 131.

⁷¹ Herzberg, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung*, p. 36.

pierde toda significación como elemento distintivo. Según Herzberg, con semejante criterio podría atribuirse en todos los casos autoría mediata, a personas que se apartan del derecho para la realización de un determinado ilícito penal y utilizan su posición de poder sobre los subordinados, para inducirles a cometerlo.⁷²

En apoyo de Roxin cabe citar la postura de Bottke, quien argumenta que aquel dirigente que ocupa un determinado rango dentro de un aparato de poder con actitud global criminógena y da órdenes a subordinados de rango inferior, puede contar con que, a causa de esa actitud criminal de todo el colectivo, de su poder de mando y de la disposición a cumplir órdenes de los miembros de la organización, muy probablemente su orden será cumplida, lo cual le hace aplicable la figura de la autoría mediata.⁷³

7.- El principio de responsabilidad como dirimente de la autoría mediata

Pero dentro del caudal de críticas que la doctrina ha señalado a propósito del dominio de organización —y dirigida directamente a nuestro tema de la instrumentalización del autor directo doloso—, se ha hecho caudal del *principio de responsabilidad*, teniéndolo como impedimento dirimente para adjudicar autoría mediata a quien está en la cúspide y al mando de la estructura organizada de poder. En esa orientación, Herzberg fue de los primeros en observar que los hechos que están fuera del marco de la representación del dirigente, no pueden ser dolosamente cometidos a través de otro por el autor mediato y, al mismo tiempo, tampoco ese dirigente puede haber determinado dolosamente a otro a la comisión del delito.⁷⁴

Si no hay prestación material causal a la realización del ilícito y todo se reduciría, en definitiva, a la determinación subjetiva del ejecutor inmediato, mal puede argumentarse que el dirigente determina algo que ni siquiera se representa.

⁷² Herzberg, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung*, ps. 36-37. De igual opinión, Rotsch, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW, vol. 112, 2000, ps. 518-562; Langneff, *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, ps. 115-116; AMBOS, *Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1998, ps. 226-245.

⁷³ Bottke, *W. Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, ps. 71-74.

⁷⁴ Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, München, 1977, p. 22.

Los autores directos actúan *autónomamente* y, por ello, en tanto receptores de la orden, pueden quebrar incluso la decisión más firme o seguir su propia conciencia, por lo cual ni se puede invocar la existencia de una firme resolución a ejecutar el hecho, ni se puede sostener –o constatar- que la existencia del aparato de poder garantiza la realización del resultado.⁷⁵ En rigor de verdad y aún tomando el baremo subjetivista de Scroeder, se debería investigar en el caso de cada miembro del aparato, si éste tenía o no una previa disposición al hecho, que pudo haber aprovechado el dirigente de la organización, permitiendo imputarle, entonces, una autoría mediata.

El principio de responsabilidad es el principal obstáculo para la aplicación del dominio de organización como instrumento doloso, pues en materia de autoría y participación, en la medida en que el autor directo comete el delito de forma voluntaria y conciente, no sería ya posible hablar de dominio del hecho en relación con quien le determinó a ello, de manera tal que el hombre de atrás debería ser considerado un mero inductor. Así opina Otto: la autoría mediata queda restringida a los casos del ejecutor inimputable y a los supuestos de error y coacción; o sea, a aquellas hipótesis donde el autor directo –obrando como ejecutor inmediato- es un mero instrumento carente de libertad, que está en manos del hombre de atrás, quien opera como autor mediato.⁷⁶

Esta parece ser la opinión más sensata y dominante: el respeto al principio de responsabilidad excluye a la figura de la autoría mediata, porque el autor directo actúa en forma libre y responsable, con dolo.⁷⁷

Roxin ha admitido, desde luego, que el principio de responsabilidad es la regla y el criterio general, pero entiende que debe hacerse una excepción en el caso de los aparatos organizados de poder, porque la calificación del hombre de atrás como mero inductor no parece que permita captar, de forma adecuada,

⁷⁵ Herzberg, *La sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*, ps. 133 y 137.

⁷⁶ Otto, H. *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, Jura, 1987, ps. 246-258; Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 5.Auflage, de Gruyter, Berlín-New York, 1996, p. 279.

⁷⁷ Wessels, J. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 26.Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, ps. 148-149; Freund, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998, p. 350; Samson, E. *Täterschaft und Teilnahme*, en Hans-Joachim Rudolph-Eckhard Horn –Erich Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vol. I, Allgemeiner Teil*, 6.Auflage, Alfred Metzner, Berlín, 1994, § 25, 110, p. 29.

la verdadera relevancia de su intervención en el hecho.⁷⁸ No obstante, como luego lo examinaremos en detalle, la posibilidad de admisión de la autoría mediata termina allí donde el instrumento obra con dolo y es, en sí mismo, un autor plenamente responsable.⁷⁹

8.- La tesis de la co-autoría

Jakobs, en cambio, opta por la calificación del dirigente –cuando éste obra con un instrumento doloso- dentro de la figura de la co-autoría. Luego de esclarecer que la situación *sub-examine*- no es nada novedosa, por cuanto dice relación con la vieja figura del *autor intelectual* –que ya era conocida en los sistemas de Feuerbach⁸⁰ y de Berner⁸¹ a comienzos del siglo XIX-, Jakobs afirma que “*los ejecutores en un aparato organizado de poder, precisamente porque actúan por su parte de manera responsable, no constituyen instrumento alguno y –en consecuencia- quien da la orden no es autor mediato, porque él – como cualquier otro interviniente- no puede decidir de manera responsable en último lugar sobre la realización del tipo penal, desde el punto de vista jurídico, debido a la responsabilidad de los ejecutores*”.⁸²

Si bien en el autor intelectual fallaría el dominio sobre la ejecución del hecho, Jakobs precisa que éste tampoco se encuentra en los casos claros de co-autoría pues, por regla general, ese dominio sólo se da en toda su extensión únicamente en una fracción dentro del colectivo de los ejecutores. Pero, como todo co-autor no responde –sin embargo- únicamente sólo por una parte, sino por toda la ejecución, se le debe imputar también lo no realizado de propia mano, de tal manera que su aporte parcial lo hace co-responsable por la obra en su totalidad.⁸³

El fundamento de esa solución reside para él en la accesoriedad, como acontece siempre cuando se trata de la delimitación entre autoría y participación, que se convierte en una subdivisión de cantidades.

⁷⁸ De la misma opinión Bloy, R. *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, Goldammer's Archiv, 1996, ps. 424-442.

⁷⁹ Jescheck-Weigend, *Tratado*, p. 702.

⁸⁰ von Feuerbach, J. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Auflage, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, Neudruck: Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1986, p. 80.

⁸¹ Berner, A. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 16. Auflage, Tauchnitz, Leipzig, 1891, p. 157.

⁸² Jakobs, *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*, en Ambos-Meini (eds.), *La autoría mediata*, ps. 107-108.

⁸³ Jakobs, *Sobre la autoría del acusado*, p. 108; Jakobs, *Derecho Penal*, p. 749.

Para Jakobs el autor intelectual puede perfectamente convertirse en co-autor de los actores físicos y no sólo por el empleo de un aparato organizado de poder, pues el interviniente accesorio continúa actuando en la ejecución, si bien no él de propia mano, si ha preformado de manera más o menos intensa la forma de ejecución. Y los ejecutores, a su vez, se embarcan en la ejecución, no sólo para ellos, sino también para los intervinientes accesorios.⁸⁴ Por consiguiente –concluye–, “*si el ejecutor emplea el modelo ya formado previamente, entonces el hecho porta no sólo su “sello”, sino también el de los productores del modelo. Ello no quiere decir que el ejecutor no responde por todo el hecho: la activación del modelo es obra suya, pero haber suministrado un modelo activable es obra de los intervinientes*”.⁸⁵

En contra de la co-autoría se ha objetado, por parte del propio Roxin, que faltaría en este caso una decisión o determinación común para la realización del hecho punible.⁸⁶ Se cuestiona, en efecto, que en la co-autoría hay conductas *coordinadas horizontalmente*, en las que sólo se permite que una parte de la ejecución quede en manos ajenas, mientras que en el caso que nos ocupa existe una conducta *coordinada verticalmente*, que suele dar lugar a la figura de la autoría mediata, pues el hombre de atrás deja la completa ejecución del hecho en manos ajenas.⁸⁷

La crítica se sortea, bien que a duras penas, con el argumento de la división del trabajo: ésta puede producirse de manera puramente objetiva, sin que la persona que alienta sepa si está incitando y, dado el caso, a quien está incitando.⁸⁸ Además, como la valoración jurídica depende únicamente del significado social que tiene cada prestación, ese significado puede consistir en que la ejecución admita ser llevada a cabo exitosamente, incluso sin una determinación común para el hecho.⁸⁹

Conforme a esta línea de pensamiento, quien presta un aporte al hecho con el sentido objetivo de que puede ser continuado delictivamente, participa en dicha

⁸⁴ Jakobs, *Beteiligung*, en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 561.

⁸⁵ Jakobs, *Sobre la autoría del acusado*, p. 109.

⁸⁶ Roxin, *Strafrecht*, vol. II, p. 52. Idem: Paul Bockelmann-Klaus Volk, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Beck, München, 1987, p. 192.

⁸⁷ Ernst Joachim Lampe, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, ZStW, vol. 106, 1994, ps. 683-745.

⁸⁸ Jakobs, *Sobre la autoría del acusado*, p. 109.

⁸⁹ En esa dirección, Derksen, R. *Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft*, Goldammer's Archiv, 1993, ps. 163-176; Lesch, H. *Die Begründung mitäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZStW, vol. 105, 1993, ps. 271-294.

continuación y, a su vez, quien parte de una prestación de este estilo, continúa dicha prestación. A ambos –a quien ordena y a quien ejecuta- se les puede considerar concurriendo conjuntamente en una determinación o acuerdo común para cometer el hecho.

Jakobs replica que para la co-autoría no se requiere una *decisión recíproca*, sino que basta una *decisión de adaptación (Einpassungsentschluss)*.⁹⁰ Otto, a su vez, afirma que la decisión común proviene de la propia pertenencia a la organización, en tanto otros aluden a una suerte de *acuerdo tácito*, o bien a la informal conformidad de voluntad de los partícipes.⁹¹

La atribución de una co-autoría al dirigente de la organización tiene la ventaja de que pone en pie de igualdad a todos los partícipes. Los instrumentos fungibles en el aparato de poder organizado son así, desde el punto de vista jurídico, sujetos responsables que actuaron conjuntamente con el jerarca, de la misma manera que éste actuó con ellos. La tesis de la autoría mediata, por el contrario, soslaya esta objetiva dependencia recíproca que impera dentro del dominio de organización.

Jescheck-Weigend han planteado, con su habitual claridad, que si el ejecutor inmediato puede ser considerado plenamente responsable, el dirigente es co-autor, porque domina la organización. Y la decisión común al hecho se construye por la conciencia de dirigentes y ejecutores, de que un hecho determinado o varios hechos del mismo tipo, deben ser efectuados según las instrucciones de la dirección.⁹²

En suma: el injusto es la realización del tipo penal, pero ello no significa que ésta deba ejecutarse de propia mano, pues la ejecución –en rigor de verdad- “*pertenece*” a cada persona que haya realizado una prestación, cuyo sentido resida en ser transmitida hasta la ejecución.

La interpretación estricta del principio de responsabilidad conduce a negar la autoría mediata del dirigente, cuando media una decisión psíquicamente libre del ejecutor, en cuyo caso aquél queda atrapado bajo la figura de la co-autoría.⁹³

⁹⁰ Jakobs, Derecho Penal, p. 747.

⁹¹ Otto, *Grundkurs*, p. 282; Murmann, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht?*, ps. 269 y ss.; Langneff, *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, ps. 124-125; Ambos, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, p. 233.

⁹² Jescheck-Weigend, *Tratado*, p. 670.

⁹³ Idéntica opinión en Baumann-Weber-Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 596; Hirsch, H. *Acerca de los límites de la autoría mediata*, en *Derecho Penal. Obras Completas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, tomo II, ps. 193-211.

Finalmente, la falta de ejecución conjunta se salva siguiendo la vieja idea de Welzel de que es suficiente para acreditar el dominio del hecho la misma planificación del delito que, además, crea su propio transcurso.⁹⁴

Por último, debe señalarse que el principio de responsabilidad se ha empleado también –y en la misma orientación de descartar la autoría mediata del dirigente– para subsumir el comportamiento de este último bajo la figura de la *inducción*; postura que no deja de ser un alineamiento doctrinal minoritario.⁹⁵

9.- Una mirada a la doctrina argentina

Ya se ha aclarado que, aún cuando el tema de los aparatos organizados de poder todavía “*no llegó*” para la doctrina uruguaya, es inequívoco que bajo la ley positiva (art. 61 num. 1º C.P.), el dirigente que utiliza –y determina a un instrumento doloso– queda atrapado por el instituto de la co-autoría.

Una rápida ojeada a la doctrina argentina –donde el tema sí ha sido debatido– nos permite verificar que la posición dominante oscila entre ubicar al dirigente como instigador o bien como co-autor, registrándose pocas adhesiones a favor de la autoría mediata, que sin embargo sí ha influido dentro de la jurisprudencia.

Zaffaroni afirma que es “*autor por determinación el sujeto que determina a otro al hecho, pero que conserva el dominio del mismo, puesto que si lo pierde, como en el caso que el determinado comete un injusto o un delito, ya no es autor sino instigador*”.⁹⁶

Bacigalupo se contenta con mencionar que algunos admiten la autoría mediata para el caso del aparato organizado de poder, en tanto otros autores se atienen a las reglas de la co-autoría.⁹⁷

⁹⁴ Entre otros, Maurach-Gössel-Zipf *Derecho Penal*, vol. 2, ps. 374-375; Hermann Blei *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 18. Auflage, Beck, München, 1983, p. 256.

⁹⁵ En esa dirección, Hruschka, J. *Regressverbot, Antstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, ZStW, vol. 110, 1998, ps. 581-610; Lüderssen, K. *Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichen Wandel der politischen Verhältnisse. “Guter” Positivismus im Strafrecht?*, ZStW, vol. 104, 1992, ps. 735-784; Köhler, *Strafrecht*, p. 510; Spindel, G. *Der Täter hinter dem Täter-eine notwendige Rechtsfigur?*, en Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, de Gruyter, Berlin-New York, 1976, ps. 147-169; entre otros.

⁹⁶ Zaffaroni-Alagia-Slokar, A. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 780.

⁹⁷ Bacigalupo, E. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edic., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 510.

Donna adhiere explícitamente a la tesis de la instigación⁹⁸, mientras que Righi sostiene que en el supuesto de uso de un instrumento responsable, la autoría mediata desaparece y el caso debe ser resuelto imputando co-autoría entre el ejecutor y quien desde la central domina la organización, ya que hay co-dominio del hecho y existe una decisión criminal común, porque ambos pertenecen a la organización.⁹⁹

Sancinetti aborda también el tema de la conducta interpuesta de un individuo que actúa sin déficit de responsabilidad y establece que, en cuanto a la imputación del dirigente se refiere, es o bien un supuesto de co-autoría –por dominio de organización del hecho-, o un caso peculiar de autoría mediata, cuya particularidad reside en que quien ejecuta el hecho de propia mano carece de déficit de imputación.¹⁰⁰

Rusconi, por su parte, adhiere a la tesis minoritaria de la autoría mediata, pero reconoce que *“todavía quedan por ver cuáles son aquellas características de organización que posibilitan el funcionamiento racional de ese sistema de imputación”*, advirtiendo que *“se trata de un modelo de imputación a la cuenta del autor, que se desconecta por completo de cualquier exigencia causal, como la cercanía física con el comportamiento”*.¹⁰¹

En cambio, García Vitor propugnó la tesis de la co-autoría, alertando que se sumaba a quienes renunciaban al requisito de exigir que se compartiera el diseño del plan y argumentando, asimismo, que la verticalidad no puede constituir ningún obstáculo para apreciar en el caso co-autoría; solución que –a su entender- evita degradar la importancia del ejecutor directo, hasta llegar al límite de la impunidad.¹⁰²

10.- Valoración final

Es obvio que la autoría mediata por dominio de organización constituye una *estructura especial de imputación*, aplicable a hechos delictivos complejos,

⁹⁸ Donna, E. *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin*, en A.A.V.V., *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Homenaje al Prof. Claus Roxin*, La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, p. 325.

⁹⁹ Righi, E. *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edic., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 387.

¹⁰⁰ Sancinetti-Ferrante, M. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 205.

¹⁰¹ Rusconi, *Derecho Penal*, p. 648.

¹⁰² García Vitor, E. *La tesis del “dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”*, en A.A.V.V., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, p. 348.

detrás de los cuales se aprecia la existencia de un aparato organizado de poder, que trascienden y se diferencian largamente del delito individual corriente.

Frente a semejantes hipótesis, parece fatalmente superada la idea welzeliana de que la delimitación entre autoría y participación puede encontrarse en la esfera del ser y hallarla como un dato de la realidad, derivándola de una estructura lógico-objetiva (pre-jurídica).¹⁰³

En realidad, se trata de modalidades de intervención en un suceso, pero reconvertidas en roles normativamente estipulados, a partir de construcciones del legislador. Por lo tanto, más allá de la relativa incidencia del dato óntico y lingüístico, que nos permite diferenciar –*prima facie*– entre un “*hacer*” y un “*participar en lo que hace otro*”, la delimitación de las respectivas categorías supone un juicio de atribución normativa, ineludiblemente supeditado a la opción que ha seguido la ley positiva y a la propia congruencia dogmática del sistema del delito. Ya vimos, a guisa de ejemplo, cómo el derecho positivo uruguayo encapsula al dirigente del aparato de poder dentro de la co-autoría, sin permitir ninguna otra calificación.

Ahora bien, el intenso debate vinculado a los aparatos organizados de poder y a una estructura imputativa solventada por el dominio de organización, demuestra que ella aún no está bien asentada, pese a las discusiones habidas y que todavía requiere de mayor afinamiento.¹⁰⁴

No es casual, ni mucho menos, que el dominio de organización lo haya pensado Roxin a propósito de un jerarca del régimen nazi (el referido *caso Eichmann*), enjuiciado por hechos realizados materialmente por sus subordinados. La posterior tentativa de circunscribir este sistema de imputación a aparatos dictatoriales (de facto), como han sido los casos donde recibiera aplicación en América Latina y a las hipótesis de *delito-masa* (perpetración masiva de violaciones de derechos humanos) hace pensar, seriamente, si no se trata de una estructura propia del derecho penal internacional que –como ocurre, por ejemplo, en materia de punibilidad de personas jurídicas en el derecho interno– reclama reglas particulares de imputación, distintas a las del derecho penal común.

¹⁰³ Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin-New York, 1975, p. 161.

¹⁰⁴ A vía de ejemplo, ver Faraldo Cabana, P. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 128 y ss.; Fernández Ibáñez, E. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006, ps. 247 y ss.

Así, por lo pronto, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha desarrollado un concepto especial de *co-autoría mediata*¹⁰⁵, que no se maneja en el derecho penal corriente. En el ámbito del derecho penal internacional, la instrumentalización de un ejecutor doloso sería compatible con la hipótesis de cometer un crimen “*por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”, conforme lo establece el art. 25.3 lit. a) del Estatuto de Roma.¹⁰⁶

No obstante, también a nivel de derecho interno se ha extendido la figura del dominio de organización, para las asociaciones u organizaciones delictivas, como es el caso de la mafia, e incluso al terreno penal-económico de la criminalidad empresarial. Esto obliga, por ahora cuando menos, a compatibilizar la figura del dominio de organización con el total sistema del derecho penal común, incluso desentendiéndose del desarrollo que pueda recorrer dentro de la teoría del derecho penal internacional.

Es en ese ámbito –interno o de derecho penal nuclear- donde nos planteamos la interrogante acerca de la viabilidad de una instrumentalización del ejecutor doloso y allí corresponde precisamente responderla.

11.- Conclusión

La autoría mediata, surgida como figura o forma de imputación para colmar lagunas de punibilidad¹⁰⁷ constituye, a todas luces, un modelo de autoría intelectual. No obstante, aunque el autor mediato no participe de los actos materiales de ejecución –pues, en la generalidad de los casos, se sirve y actúa a través de un autor directo-, no existen reparos para atribuirle el dominio del hecho, cuando quien realiza el tipo es un sujeto no imputable o no punible. Efectivamente, en la medida en que el hombre de atrás obra y mueve los hilos a través de un inimputable o de un sujeto que actúa bajo coacción o por error, es tan luego el autor mediato quien domina intelectual y materialmente la realización del delito.

¹⁰⁵ Olasolo, H. *El desarrollo en derecho penal internacional de la co-autoría mediata: del caso “Stakic” a los casos “Katanga”, “Ngudjolo” y “Bemba”*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Años XIV-XV, 2009-2010, N° 23, ps. 105-150.

¹⁰⁶ Vid.: Werle, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de María del Mar Díaz Pita et. al, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 218; Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, 2da. edic., Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 220; Ambos, *¿Cómo imputar a los superiores criminales de los subordinados en el Derecho Penal Internacional?, Fundamento y formas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 101; Szczeranski, C. *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2004, p. 205.

¹⁰⁷ Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 146; Maurach-Gössel-Zipf, *Derecho Penal*, vol. 2, p. 331.

La existencia de organizaciones criminales o aparatos organizados de poder, estatales o no, que funcionan sobre la base del principio de verticalidad y en virtud de una estructura jerarquizada, tampoco puede negarse, porque –por desgracia- es una evidencia cotidiana.

Resulta claro, sin embargo, que si se configura a estas organizaciones a partir de su desvinculación a derecho como nota caracterizante, sólo quedarían atrapadas dentro de esa figura aquellas originariamente delictivas, fundadas con tal propósito –como ocurre con las asociaciones ilícitas-, pero ello vedaría la aplicabilidad del instituto a la materia penal-económica corriente, donde la empresa es lícita y constituida con un fin comercial legítimo, aunque de repente sus dirigentes deciden cometer un acto delictivo.¹⁰⁸ Por ello, creemos que la desvinculación a derecho exige la permanencia del objetivo ilícito, instalado ya desde la fundación de la organización, para poder caracterizar a ésta como un aparato organizado de poder.¹⁰⁹ Y, de tal suerte, a favor de una aplicación extendida del referido sistema de imputación, parece mucho más beneficioso desprenderse de la desvinculación a derecho planteada, para este tipo de organizaciones, por Roxin.

Nos resulta claro, de otra parte, que una organización ilícita observa las otras dos notas configuradoras que se han señalado antes. Por un lado, concurre la disposición al hecho (la disposición a delinquir) de todos los miembros que la integran, quienes ya ingresan a la misma con ese propósito conciente. Por otro lado, también es verdad que la organización exhibe una alta fungibilidad de sus integrantes, en tanto se halla constituida por una pluralidad de sujetos, que eventualmente pueden ser reemplazados, aunque más no sea –como lo acota Jakobs- en el marco de una *fungibilidad sucesiva*.¹¹⁰

No es necesario el conocimiento ni el contacto personal entre el dirigente y el subalterno, para poder responsabilizar penalmente al primero, quien incluso puede ignorar por completo la realización del delito concreto de que se trate. El fundamento de su responsabilidad reside no ya en el conocimiento o contacto inter-subjetivo con el ejecutor directo, sino en el dominio de la organización que aquél ejerce. La sola existencia de la organización de poder facilita en alto grado

¹⁰⁸ Vid.: Terradillos Basoco, J. *Empresa y derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 35.

¹⁰⁹ Vid.: Marín de Espinosa Ceballos, E. *Criminalidad de empresa, La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 76; Ambos, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 44.

¹¹⁰ Jakobs, *Derecho Penal*, p. 783.

la realización del hecho ilícito, por manera que sigue siendo predicable para el dirigente que, al tener las riendas del aparato de poder, él continúa –aún a la distancia- dominando el hecho. Y, de suyo, desde el punto de vista estrictamente causal, la existencia de la organización bajo cuyo amparo obra el autor directo, significa –mirada desde el punto de vista del aporte del dirigente- una prestación causal convergente o coadyuvante para la realización del tipo penal.

En cuanto a la figura atribuible, no nos parece acertada la imputación de una autoría mediata, por cuanto ella supondría desconocer o ignorar la libertad y el dolo del autor directo. Quien decide incorporarse como miembro a una organización de poder delictiva ya resuelve y obra con dolo “*ab initio*”, en el propio acto de la incorporación. En consecuencia, no resulta adecuado sostener que, cuando luego de incorporado, el miembro actúa libre y dolosamente como autor directo en la realización de un hecho delictivo, quepa aún adjudicarle al dirigente de la organización la autoría mediata del reato, como tampoco una inducción o instigación. En menos palabras, el dolo del autor directo impide que éste sea instrumentalizado por un tercero, incluido el dirigente de la organización.

Entendemos, por el contrario, que en la especie deviene aplicable al dirigente la figura de la *co-autoría*, que es también una *estructura en relación* y exige la interdependencia recíproca de los intervinientes; en el caso, la que vincula al autor directo (autor principal) y al dirigente (co-autor).

En punto al hecho en sí mismo perpetrado por el autor inmediato, parece irrefutable que el dirigente no lo domina. Las explicaciones alternativas suministradas por los partidarios de la autoría mediata –la sustituibilidad sucesiva del ejecutor y la perspectiva *ex-ante* que se le adjudica al dirigente de la organización-, conducen a demostrar que no hay, al momento de comisión efectiva del delito, un dominio real del hecho por parte del dirigente. Ni siquiera subjetivamente ello es argumentable, porque si el dirigente no conoce al ejecutor, si no sabe cuándo y dónde se realiza el hecho, es terminante la conclusión de que, por ello mismo, no puede dominarlo.

Lo que el dirigente tiene, indisputablemente, es el *dominio de la organización*, cuya sola existencia –al abrigo de la cual delinque el autor inmediato- perfila un aporte de realización conjunta del ilícito y define la co-autoría. En el derecho penal alemán, la situación encuadraría en un supuesto de comisión mancomunada del hecho punible, donde “*se castigará a cada uno como autor (co-autor)*”, según el § 25.3 del Código Penal alemán. No interesa, por ende, que el dirigente

actúe en el estadio previo del delito concreto llevado a cabo por el subordinado, porque el elemento relevante que fundamenta la atribución de una co-autoría es su dominio de la organización.

A su vez, para el autor inmediato, el acuerdo de ejecución conjunta –con el dirigente– puede sensatamente solventarse en su incorporación voluntaria y conciente a la organización, cuya naturaleza y actividad conoce cuando accede a su membrecía. Para ambos, claro está, la mera existencia del aparato organizado de poder significa un factor extremadamente facilitador para la ulterior realización de los delitos concretos, que no tendrían esa ventaja ejecutiva si fueran cometidos al margen de la organización, como hechos puramente individuales.

12.- Excurso: los delitos de infracción de deber

Pese a lo expuesto, que funciona plásticamente –a nuestro modo de ver– en el caso de los *delitos de dominio*, las conclusiones pueden tener otra variante, en cambio, cuando se trata de los *delitos de infracción de deber*, en los cuales hay una “*incumbencia en virtud de una competencia institucional*”.¹¹¹ Ello se aplica a los casos de aparatos organizados de poder de *carácter estatal*, donde el jerarca, por su propia posición institucional, está obligado a impedir o evitar el resultado y, en tal virtud, su anuencia al hecho ilícito importa movilizar e involucrar su posición de garante.

Roxin señala que, en tales hipótesis, es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, el elemento cuya infracción fundamenta la autoría.¹¹² Del mismo modo, Jakobs expresa que en este caso de delitos de infracción de deber, autor es todo aquel obligado especial que conforme a su status, no impide el hecho; de suerte que tampoco aquí sería necesaria la apelación al aparato organizado de poder para fundamentar la autoría¹¹³, la cual se le atribuye incluso por omisión, ante la mera tolerancia pasiva del hecho. No es preciso invocar el recurso a los aparatos de poder organizados, pues bastaría con la figura de la omisión impropia para imputar autoría, por violación de la posición de garante.

¹¹¹ Jakobs, *Derecho Penal*, p. 994; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, ps. 53-54.

¹¹² Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, p. 384.

¹¹³ Jakobs, *Sobre la autoría del acusado*, p. 114.

En el derecho penal uruguayo la omisión impropia ha sido consagrada por la oración final del art. 3º del Código Penal, que recoge la llamada *cláusula general de equivalencia* y reza: “*No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo*”. Pero, aún así, tampoco puede dejar de considerarse que entre las hipótesis legales de co-autoría, el art. 61 num. 2 del Código Penal considera co-autores a “*los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo*”.

En su mérito, debe hilarse más fino. Si la intervención del dirigente (funcionario público) encuadra dentro de la instigación mediante promesa de encubrimiento de un subordinado, ello excede desde luego la mera tolerancia pasiva y esa autoría intelectual determinante, que es generadora de la resolución criminal del instigado, se tipifica dentro de la co-autoría precedentemente examinada, por expreso mandato legal. Quedará por discutirse, por tanto, si en el caso del jerarca estatal que domina la organización, la cláusula general de equivalencia del art. 3º del Código Penal permite elencarlo como autor principal (junto con el autor directo doloso), o bien por el contrario, si su conducta omisiva como garante y el simultáneo dominio de la organización tornan aplicable la figura corriente de la co-autoría simple, por cooperación en la fase consumativa del delito –según el art. 61 num. 3º del Código Penal (“*Los que cooperan directamente, en el período de la consumación*”)–, que es la opción por la cual preferimos inclinarnos.

El Estatuto de Roma, aprobado en nuestro derecho interno por la Ley Nº 18.026, de 25 de septiembre de 2006, atribuye responsabilidad al dirigente, pero sin definir la figura o forma de imputación.

El art. 10 de la Ley Nº 18.026 precitada prescribe que “*el superior jerárquico, funcionario civil o militar, cualquiera sea su cargo oficial o de gobierno, será penalmente responsable por los crímenes establecidos en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley que fuesen cometidos por quienes estén bajo su autoridad, mando o control efectivo, cuando en razón de su investidura, cargo o función, hubiese sabido que estaba participando de cualquier manera en la comisión de los crímenes o delitos referidos y no hubiere adoptado, estando posibilitado para ello, todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para impedir, denunciar o reprimir la comisión de dichos crímenes o delitos*”.

En rigor, tampoco en esta hipótesis –donde la ley no define la forma de imputación atribuible–, nos convence la figura de la autoría, que siempre corresponderá adjudicársela al ejecutor inmediato. No se nos oculta que detrás de la persistente reivindicación de la autoría en los casos de delitos de Estado, gravita la circunstancia de que, normalmente, el personaje notorio o conocido es el dirigente de la organización, en tanto la “ruedecilla”, el hombre de adelante, suele ser un subordinado absolutamente desconocido y carente de notoriedad. Pero, naturalmente, ello no es un argumento valedero. Habermas llegó a escribir, en expresión gráficamente trasladable a esta cuestión: “*Estos perpetradores quizás sea dicho, se encuentran al final de una compleja cadena de eventos. Definir a los perpetradores en este sentido soluciona por implicación las cuestiones de responsabilidad objetiva, que son de difícil decisión con respecto a las ejecuciones altamente anónimas, diferenciadas y administrativas de asesinatos masivos organizados*”.¹¹⁴

La reflexión precedente puede ser atinada desde el punto de vista histórico y desde la perspectiva de la ética social, pero es inadecuada a una estricta calificación jurídico-penal del suceso.

¹¹⁴ HABermas, J. *Goldhagen y el uso público de la historia*, trad. de Diego y Federico Finchelstein, en Federico Finchelstein (ed.), *Los alemanes, el Holocausto y la culpa colectiva. El debate Goldhagen*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 211.