

DOCTRINA

Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana

*Against indirect perpetration by organization control:
a brief approach from the German doctrine*

Ítalo Reyes Romero

Abogado

RESUMEN El artículo pretende justificar la negación de la figura de la autoría mediata por dominio de la organización debido a que sus presupuestos son problemáticos y contradictorios con máximas de la teoría de la intervención delictiva. En especial, la fungibilidad de los ejecutores constituye una característica ajena a la imputación jurídico penal del autor directo, quien actúa de forma completamente responsable. Ello lleva a excluir la autoría del superior jerárquico que imparte la orden criminal y afirmar su responsabilidad como inductor.

PALABRAS CLAVE Autoría mediata por dominio de la organización, responsabilidad del superior jerárquico.

ABSTRACT The paper aims to justify the negation of the construction of indirect perpetration by organization control, because its elements are problematic and contradictory with principles of the participation theory. Especially the fungibility of the executants establish an alien feature in regard to the criminal imputation of the direct perpetrator, who acts in a completely responsible way. That leads to exclude the authorship of the hierarchical superior who gave the criminal order and affirm his responsibility as instigator.

KEYWORDS Indirect perpetration by organization control, responsibility of the hierarchical superior.

Introducción

La denominada autoría mediata por dominio de la organización (o por dominio de un aparato organizado de poder) es una figura desarrollada por primera vez por Claus Roxin en 1963 y que alcanzó una interesante aplicación práctica y notoriedad internacional con el caso del Consejo de Defensa Alemán y con el caso Fujimori. En este sentido, el concepto de aparato organizado de poder se ha transformado en una herramienta sumamente útil en la batalla contra el terrorismo de Estado y las violaciones contra los derechos fundamentales. La fortaleza esencial de esta teoría radica en que la cúpula dirigente de la organización no responde como inductora, sino como autora de los crímenes cometidos por sus subordinados. Esta calificación logra una importancia comunicacional evidente tanto para las víctimas como para la sociedad en su conjunto, pues los superiores de la organización son entendidos, mediante la condena, como los responsables directos de los crímenes por ellos ordenados.

No obstante, la pregunta es si la autoría mediata por dominio de la organización configura un planteamiento razonable que se relacione coherentemente con la teoría de la intervención delictiva y con la parte general del derecho penal. Anticipando el argumento, la respuesta será negativa. Para fundamentar tal conclusión, a continuación, se revisarán brevemente los fundamentos de la teoría de la participación y de la teoría del dominio del hecho, para más tarde realizar un análisis de los presupuestos dogmáticos de la figura en discusión junto con la revisión de dos casos de aplicación de la teoría, para finalmente fundamentar su rechazo al explicar las principales objeciones en su contra y formular soluciones alternativas al problema. Este trabajo se circunscribe principalmente a la discusión en la doctrina alemana, por lo cual se hará referencia permanente a la regulación del Código Penal Alemán (CPA, en adelante).

Autoría y dominio del hecho

a) Una de las principales problemáticas de la teoría de la intervención delictiva es la delimitación entre la autoría y la participación. Explicado de una manera simplificada, puede entenderse que autor es a quien se le imputa el delito como hecho propio y participe quien participa en el hecho de otro (Kindhäuser, 2015: 335). Sin embargo, esta definición resulta demasiado superficial, pues no entrega ningún criterio de diferenciación. Para definir tal criterio se pueden identificar dos corrientes doctrinarias: la teoría objetiva y la subjetiva.

Por un lado, la teoría subjetiva se concentra en la voluntad del sujeto y en su actitud interna frente al delito: quien quiere al hecho como propio (*animus auctoris*) es autor; y quien quiere al hecho como ajeno (*animus socii*), o sea, quien simplemente

quiere motivar o apoyar el hecho de otro es partícipe (Kindhäuser, 2015: 336).¹ Las concepciones subjetivas se relacionan internamente con una lectura de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, ya que si todas las condiciones deben ser entendidas de manera equivalente entonces no es posible encontrar diferencias en el ámbito objetivo del delito, por lo que el único marco de diferenciación entre autor y partícipe se puede encontrar en el ámbito subjetivo (Murmann, 1996: 270). En virtud de esta teoría puede ser considerado autor quien tiene un interés en la realización del hecho delictivo, pero que no tiene participación alguna en la ejecución del mismo.² En general la jurisprudencia alemana asume una variante moderada de esta posición subjetiva, por lo cual muchísimos casos son decididos en atención a criterios meramente subjetivos.

A pesar de lo anterior, la principal objeción contra una teoría subjetiva radica en la excesiva importancia de la actitud y el carácter del autor (Roxin, 1963: 194) sin considerar efectivamente su comportamiento en la realización del delito. Sus intereses y preferencias resultan ser los criterios decisivos para diferenciar entre autor y partícipe, lo cual conduce a una evidente inseguridad jurídica, pues estos elementos no se pueden probar directamente en juicio. Por lo tanto, una teoría subjetiva puede conducir a una «jurisprudencia del sentimiento», la que pierde la necesaria conexión con las normas y la comisión objetiva del hecho y llega a depender, en último término, de la mera intuición del juez (Roxin, 1963: 197).

Por otro lado, una teoría objetiva apunta a que existen diferencias objetivas-fácticas entre autoría y participación.³ Mientras la antigua teoría objetivo-formal entendía como decisiva la realización de los elementos objetivos del tipo, la actualmente predominante teoría objetivo-material se concentra en el dominio del hecho, es decir, en el control del desarrollo del hecho típico. En este sentido, es autor «quien, en la realización del delito y mediante su influencia decisiva sobre el mismo, aparece como figura clave o central del hecho» (Roxin, 2003: 14).⁴ El autor juega entonces un rol directivo en el desarrollo del delito, ya que domina el «si»

1. Además, una teoría subjetiva asume un concepto extensivo de autor, el cual entiende a la inducción y a la complicidad como razones para la limitación de la punibilidad (*Strafeinschränkungsgründe*), es decir, entiende a la participación como una forma restringida de autoría. Al respecto, véase Hünerfeld (1987: 230).

2. Véase, por ejemplo, el famoso «caso de la bañera» (Badewannen-Fall, RGSt 74-84), en donde el Tribunal Federal Alemán, basándose en el interés de los intervinientes en el resultado delictivo, condenó como autora de infanticidio a la madre de un recién nacido aun cuando ella no ejecutó acción homicida alguna y como cómplice a su hermana quien, efectivamente, llevó a cabo el ahogamiento del menor.

3. Una teoría objetiva asume un concepto restrictivo de autor, el cual entiende a la participación como «razones para la extensión de la punibilidad» (*Strafausdehnungsgründe*). Al respecto, véase Hünerfeld (1987: 231).

4. Traducción del autor, así como todas las posteriores.

(dominio de la decisión) y el «cómo» (dominio de configuración) del hecho (Kindhäuser, 2015: 337).⁵

Las tres tradicionales formas de autoría se corresponden con tres tipos de dominio del hecho. Primeramente, el autor directo domina la ejecución del hecho de propia mano, de manera que tiene dominio de la acción. En segundo lugar, es posible ejecutar diferentes funciones en conjunto con otros intervinientes bajo una división de tareas: de esta manera, el coautor tiene dominio funcional del hecho. Finalmente, el autor también puede cometer el delito mediante otra persona cuando controla la voluntad del instrumento; en este caso, el autor mediato tiene dominio de la voluntad. (Roxin, 2003: 15).

b) De acuerdo al párrafo 25 I CPA es autor quien comete el hecho delictivo «por sí mismo o a través de otro». La segunda alternativa se refiere a la autoría mediata, en la cual una persona utiliza a otra para la realización del tipo penal. Por ello, el autor mediato también es denominado «hombre de atrás» y el sujeto utilizado «hombre de delante» o «instrumento». A pesar de que el instrumento ejecuta el hecho por su propia cuenta no resulta responsable, pues el delito es imputado al hombre de atrás en atención a que éste ha dirigido intencionalmente la ocurrencia del delito al controlar la voluntad del hombre de delante (Kühl, 2017: 766).

Para dominar el hecho el hombre de atrás se aprovecha de un defecto del hombre de delante, el cual puede radicar en cualquier ámbito de la comprobación de la punibilidad.⁶ De esta manera, puede decirse que el autor mediato tiene dominio sobre la voluntad del ejecutor. En general, el hombre de atrás es autor a través de dos figuras: o bien porque coacciona al instrumento a la realización del hecho (dominio por coacción), o bien porque el hombre de delante desconoce alguna circunstancia jurídicopenalmente relevante, lo que es aprovechado por el hombre de atrás para la comisión del delito (dominio por error) (Roxin, 2003: 23; Kühl, 2017:767; Roxin, 1963: 199).

Si el autor utiliza a otro como instrumento entonces la no-punibilidad del hombre de delante configura un presupuesto lógico de la autoría mediata. El así llamado principio de responsabilidad indica que la posibilidad de la autoría mediata termina donde el hombre de delante se comporta típica, antijurídica y culpablemente (Jescheck y Weigand, 1996: 664; Rengier, 2016: 375; Jakobs, 1991: 632). Esto se debe a que no es posible utilizar a una persona completamente responsable —o sea, libre— en la ejecución de un delito, ya que ésta ya no sería un «instrumento» sino verdaderamente un autor. Por tanto, en caso de que el hombre de delante actúe responsablemente, el hombre de atrás carecería de dominio de la voluntad y ya no podría ser entendido como autor, sino como inductor, dado que el agente directo sería totalmente competente por el hecho.

5. Al respecto, véase Kühl (2017: 760) y Zaczyk (2006: 412).

6. Sobre las formas específicas de aparición de la autoría mediata, véase Hünerfeld (1987: 235 y ss.); Kühl (2017: 769 y ss.); Jescheck y Weigand (1996: 665 y ss.); Rengier (2016: 377 y ss.).

Tomando en cuenta el principio de responsabilidad, la punibilidad del hombre de delante repercute necesariamente en la posibilidad de autoría mediata (Schünemann, 2006: 302): esto explica que, para resolver un caso de autoría mediata, sea necesario comprobar primero la responsabilidad del sujeto «más cercano» a la comisión del delito, o sea, el hombre de delante. Solo cuando se observe un defecto en su actuar es posible considerar la punibilidad de un otro «más alejado» por el mismo hecho.

c) Ahora bien, una de las discusiones dogmáticas interesantes en este ámbito radica en si es posible introducir excepciones al principio de responsabilidad, es decir, si es posible justificar una autoría mediata cuando el instrumento actúa de manera completamente responsable. Los casos de «autor detrás del autor» implican, por tanto, un complejo desafío para la teoría de la intervención delictiva, pues vendrían a vulnerar una conclusión lógica de sus presupuestos:⁷ en principio, el dominio del hecho por medio de la utilización de un instrumento completamente responsable es un concepto contradictorio en sí mismo.

No obstante, la doctrina alemana ha reconocido algunos casos en donde podría justificarse una excepción: el caso más evidente alude al error de prohibición vencible, ya que existe acuerdo en que debe ser sancionado tanto el hombre de delante con una pena disminuida (en atención al párrafo 17 CPA)⁸ como también el hombre de atrás como autor mediato.⁹

Así entonces, la autoría mediata por dominio de la organización también configurarían un caso de «autor detrás del autor», pues se plantea tanto la punibilidad del ejecutor, quien comete libremente el hecho delictivo en virtud de una orden, como la punibilidad del hombre de atrás, quien ha dictado tal orden. Desde esta perspectiva, los superiores de una organización actuarían como autores mediatos, pues serían la figura central de la realización delictiva, esto es, tendrían dominio del hecho.

7. Una teoría subjetiva no tiene dificultades con el concepto de «autor detrás del autor», pues si tanto el hombre de atrás como el hombre de delante quieren el hecho como propio o tienen interés en el mismo, entonces ambos son autores. La posibilidad permanece siempre abierta. Al respecto, véase Murmann (1996: 271); Zaczyk (2006: 413).

8. Párrafo 17 CPA. Error de prohibición. Si en la comisión del hecho al autor le falta la comprensión de estar actuando antijurídicamente, entonces actúa sin culpa si no pudo prever tal error. Si pudo prever tal error, entonces la pena puede ser disminuida en atención al párrafo 49 I CPA. Traducción del autor.

9. Véase el «caso del rey de los gatos» (Katzen-König-Fall, BGHSt 35-347) donde dos sujetos convencen a otro, mediante argumentos pseudo-religiosos, para que asesine al «rey de los gatos» bajo el pretexto de salvar a toda la humanidad de la destrucción. La condena finalmente reconoce un error de prohibición vencible. Para un análisis de otros ejemplos de «autor detrás del autor», véase Schünemann (2006: 302 y ss.); Rengier (2016: 384 ss.); Kühl (2017: 787 y ss.) Igualmente, es posible justificar que los casos de error de prohibición evitable no son casos de «autor detrás del autor», al respecto, véase Kindhäuser (2015: 350).

Autoría mediata por dominio de la organización

Fungibilidad del autor directo

El siguiente caso es un ejemplo claro de un aparato organizado de poder: A es el superior jerárquico del servicio secreto de una dictadura, cuya función es exterminar a los partidarios de los movimientos clandestinos de oposición. A toma conocimiento de una reunión secreta de la oposición y ordena a sus tropas el asesinato del líder de la resistencia. Los espías X e Y ejecutan la orden de A y causan la muerte de dicho líder.

De cualquier manera, X e Y son (co-)autores directos de (por lo menos) un homicidio, pues actúan de forma completamente responsable: no estaban bajo coacción y tenían completo conocimiento de la situación y sus consecuencias. Por ello, bajo el reconocimiento del principio de responsabilidad, la autoría mediata de A tendría que ser descartada y sólo podría venir en consideración a su respecto inducción o complicidad.

Sin embargo, es posible asumir un punto de vista diferente: el superior domina la organización, lo cual garantiza el cumplimiento de su orden y, por ello, la muerte de la víctima. De tal forma, A ocupa una posición tan decisiva en el desarrollo de los hechos que su actuar no se correspondería con el injusto de una mera inducción (Roxin, 2015: 244).

En estos casos quien imparte la orden tiene a su entera disposición el aparato organizado, el cual opera de forma completamente independiente a sus integrantes (Rotsch, 2000: 521). Lo anteriormente descrito se debe a que, en todo momento, el hombre de atrás puede confiar que su orden será llevada a cabo: incluso cuando un ejecutor rechace la orden es completamente seguro que otro ejecutor se involucrará y llevará a cabo el encargo debido a la estructura de la organización. Por esta razón, el fundamento de esta forma de autoría radica en la fungibilidad de los ejecutores, o sea, en la intercambiabilidad a voluntad de los autores directos (Roxin, 1963: 200; Rotsch, 2005: 14).

Desde esta perspectiva, el o los dirigentes son autores porque utilizan la organización como un instrumento: metafóricamente hablando presionan un botón y su orden es cumplida de manera casi automática. El autor directo es solamente una «rueda intercambiable en el mecanismo del aparato de poder» (Roxin, 2015: 245; Ambos, 1998: 227), el cual no es entendido como figura central del suceso, pues siempre puede ser reemplazado. En nuestro ejemplo, A tiene dominio de la organización, ya que la estructura de la oficina de inteligencia asegura que la muerte del líder de la resistencia tendrá lugar ya sea por X, por Y o por cualquier otro agente. Mediante la dictación de la orden se inician los movimientos necesarios en el seno de la organización para lograr y asegurar su cumplimiento.

Resolución al hecho del ejecutante

Junto a la fundamentación de la figura mediante el argumento de la fungibilidad, el cual fue elaborado por Roxin, existe otra reconocida opinión desarrollada por Schroeder y que llega a similares resultados. Según esta opinión el hombre de atrás es autor mediato porque se aprovecha de la ya existente determinación al hecho del autor directo (Schroeder, 1995: 178; Rotsch, 2000: 524). Por lo tanto, la estructura de la organización ya no es el criterio decisivo, sino que la figura se basa en la disposición al hecho y la ausencia de inhibición contra el mismo por parte del operativo (Rotsch, 1998a: 493). En este sentido, la teoría de Schroeder es más amplia que la planteada por Roxin, porque no está restringida a contextos organizacionales, sino que encuentra aplicación en ámbitos generales.¹⁰

Mientras el aprovechamiento de la disposición al hecho apunta a un criterio subjetivo, la fungibilidad de los ejecutores dentro de una organización lo hace a elementos objetivos. Por ello, en nuestro ejemplo, A sería autor mediato porque conoce y se aprovecha de la disposición al hecho de X e Y. De tal manera, la posición de A como dirigente autorizado para dictar órdenes dentro de una organización no juega rol alguno.

Breve historia de la teoría

i) Entre el 11 de abril y el 15 de diciembre de 1961 tuvo lugar, ante el tribunal de Jerusalén, el proceso contra Adolf Eichmann por crímenes durante la dictadura nacionalsocialista, caso que fue utilizado por Roxin en 1963 como ejemplo para la construcción de la figura del dominio de la organización (Rotsch, 2009: 549). El tribunal se concentró en la estructura del aparato de poder y señaló que, en contextos organizacionales suficientemente complejos, la distancia entre la comisión de propia mano del delito y el superior que ordenó el hecho no implicaba la exclusión de su responsabilidad, sino que, por el contrario, la incrementaba (Roxin, 1963: 202). Luego, la sentencia señala que los conceptos tradicionales de inducción y complicidad no son apropiados para valorar adecuadamente estos gravísimos crímenes (Roxin, 2015: 247). A pesar de la confusión terminológica en la justificación de la sentencia condenatoria, Roxin reconoce aquí las bases para una nueva forma de dominio del hecho, en especial la identificación de un aparato criminal que funciona de manera casi automática.

10. A modo de ejemplo, Schroeder quiere resolver con su teoría el icónico Caso Dohna: A se entera que B prepara un ataque en contra de C y, por ello, envía a su enemigo D al lugar planeado, el cual resulta muerto mediante un disparo realizado por B bajo un error *in persona*. Al respecto, véase Schroeder (2009: 569).

ii) En 1965 se da a conocer el concepto de «autor detrás del autor» en la tesis doctoral de Schroeder, el cual se basa en el desarrollo automático y regular del suceso concentrándose en la disposición al hecho del o los autores (Rotsch, 2009: 550).

iii) La primera aplicación relevante de la teoría ocurrió en la sentencia del Tribunal Federal Alemán sobre la punibilidad de los integrantes del Consejo de Defensa de Alemania Oriental (DDR) en el año 1994, donde se asume una posición mixta entre la postura de Roxin basada en la fungibilidad y la postura de Schroeder basada en la disposición al hecho (Rotsch, 2009: 550).¹¹

iv) Con el tiempo la teoría ganó notoriedad internacional y fue utilizada para decidir importantes casos de responsabilidad por crímenes contra los derechos humanos. Por un lado, en 1985 la Corte de Apelaciones de Argentina fundamentó su condena contra la Junta Militar en el criterio de la fungibilidad. Por el otro, la Corte Penal Internacional en 2008 apuntó al completo control del aparato que tenían los acusados en la decisión contra Katanga y Ngudiyolo.¹²

v) Sin embargo, el principal reconocimiento del dominio de la organización como criterio de fundamentación de decisiones judiciales tuvo lugar en el año 2009 con la condena contra el expresidente del Perú Alberto Fujimori, pues la Corte Suprema del país asumió explícitamente la teoría de Roxin y analizó exhaustivamente cada uno de los presupuestos exigidos por dicho autor (Ambos, 2009: 558 y ss.). El caso Fujimori fue la primera vez que un jefe de Estado fue condenado en un debido proceso interno y sin vicios de legalidad como autor mediato en virtud de dominio de la organización por crímenes de terrorismo de Estado.

Presupuestos del dominio de la organización

Es posible reconocer cuatro presupuestos de la autoría mediata por aparato organizado de poder. Los primeros tres son los elementos originales desarrollados por Roxin y el cuarto proviene de la teoría de Schroeder.

i) El hombre de atrás, por una parte, debe actuar dentro de una organización jerárquica y, por otro, debe ejercer autoridad en el marco de esa organización (Roxin, 2015: 739; Rotsch, 1998b: 138). Esto significa que el aparato tiene que tener una determinada estructura con distintos niveles de mando, lo cual justifica la subordinación de unos integrantes bajo otros. Resulta decisivo que la facultad de emitir órdenes no conlleve la falta de libertad de los agentes operativos, pues ellos deben actuar responsablemente. De lo contrario, sería posible fundamentar fácilmente una autoría mediata por coacción o engaño.

11. Para un análisis detallado del caso, véase la sección 4a.

12. Para más información se sugiere consultar las notas 118 y 125 en Ambos (2009: 563-564).

Además, la organización debe alcanzar un determinado tamaño o extensión (Roxin, 2015: 739), porque la mera reunión de delincuentes no es suficiente para constituir un aparato de poder.

En este contexto, es fundamental no concentrarse en la relación entre el hombre de atrás y el hombre de delante como una mera relación de dos personas, sino en su conducta dentro de una organización compleja (Roxin, 2006: 296). El punto de vista relevante para justificar la autoría mediata en estos casos es siempre la perspectiva de la organización.

Si se asume esta perspectiva, entonces es posible reconocer una cercanía conceptual de esta figura con la responsabilidad colectiva, pues el elemento decisivo de la teoría radica en la utilización de la organización para la comisión de los crímenes. De esta forma, la teoría del dominio de la organización puede ser entendida como «la intersección entre la responsabilidad individual y colectiva» (Ambos, 2011: 847). Esto se observa en una de las formas de aparición más tradicionales de un aparato de poder, a saber, en el terrorismo de Estado: aquí la comisión de delitos de la cúpula dirigente también configura un delito de asociación ilícita.

Eso sí, teniendo en cuenta las nuevas formas de organización criminal, es necesario interpretar el requisito de la organización jerárquica de forma lata. Por supuesto, una estructura rígida caracterizada por la jerarquía y el anonimato de sus integrantes —o sea, que opera de manera similar a un ejército— sigue siendo el ejemplo paradigmático de un aparato organizado de poder. Sin embargo, esta estructura vertical con una cadena de mando definida puede ser reemplazada por estructuras que no descansan en la formalidad de la jerarquía, sino simplemente en la autoridad personal del líder de la milicia, en la pertenencia a una determinada tribu o pueblo, o en lazos socio-familiares (Ambos, 2011: 848-849).¹³

ii) En la fungibilidad de los autores directos recae el fundamento central del dominio de la organización. Que exista una variedad de individuos que pueden ejecutar el hecho ordenado neutraliza, en general, la posibilidad de fracaso de la orden. De tal forma, el hombre de atrás utiliza la organización como una herramienta, ya que mantiene un control intenso sobre el hecho criminal pues el aparato funciona casi automáticamente (Muñoz Conde, 2001: 610).

Sin embargo, aún existe la posibilidad de que la ejecución del hecho, en un momento determinado, fracase, porque el ejecutor puede, por ejemplo, arrepentirse de realizar la orden. Empero, desde el punto de vista de la organización, este fracaso es siempre momentáneo porque su estructura asegura que otro operativo finalizará el encargo (Rotsch, 1998a: 494).

13. «En grupos violentos el reclutamiento de niños y su adoctrinamiento ideológico, así como un régimen de entrenamiento especialmente rígido, también puede llevar a una cultura de obediencia (ciega) de órdenes». Traducción del autor.

Por lo tanto, el criterio de la intercambiabilidad no se enfoca en el específico hecho del hombre de delante, sino en el contexto general de la organización. Solo desde esta perspectiva puede decirse que el resultado —a saber, el cumplimiento de la orden— está asegurado.

La fungibilidad de los ejecutores también se ve favorecida por una gran dimensión de la organización, pues el automatismo de los acontecimientos se desprende principalmente de la multiplicidad de personas activas dentro del sistema (Rotsch, 1998a: 494).

iii) Además, el aparato debe ubicarse fuera o alejado del ordenamiento jurídico (Roxin, 2015: 739). Esto se debe a que, en una organización respetuosa del orden jurídico, la ley mantiene la más alta valoración, por lo que la dictación y realización de órdenes criminales está excluida de antemano (Roxin, 1963: 204). Por ello, si la organización no se encuentra alejada del derecho y un superior ordena la realización de un acto antijurídico, el ejecutor debe respetar el ordenamiento jurídico y no cumplir la orden. Por el contrario, si llegase a cumplir dicha orden, no sería posible aseverar que el resultado acaecido es una consecuencia del funcionamiento de la organización, sino simplemente consecuencia de la relación particular entre dos personas dentro de un determinado aparato (Roxin, 1963: 204).¹⁴

En una organización respetuosa del derecho el autor incluso tendría que preocuparse de esconder o disimular la realización del hecho delictivo. Ello muestra que no estaría actuando con o a través del aparato, sino contra él (Roxin, 2015: 249). Por esta razón, el superior que da la orden sería solo inductor porque carece de dominio sobre la ejecución del hecho; la organización es solo el contexto en el cual el crimen tiene lugar, pero el autor directo posee completo control sobre los acontecimientos, es decir, en la terminología tradicional, dispone de dominio de la acción.

No obstante, este criterio lleva a la difícil pregunta sobre la delimitación del alejamiento del derecho. ¿Cuándo podemos afirmar que una organización se encuentra fuera del ordenamiento jurídico? Por supuesto, hay casos fáciles: las organizaciones que atentan directamente contra normas específicas, por ejemplo, los cárteles de drogas, quebrantan sin lugar a dudas la regulación de estupefacientes y, con ello, el ordenamiento jurídico. Aquí no hay demasiados problemas.

Sin embargo, debido a la multiplicidad de formas de aparición de aparatos organizados de poder es posible encontrar organizaciones que se dedican solo parcialmente a la comisión de delitos, pero el resto de la organización se mantiene fiel al derecho. ¿Podemos decir que están alejadas del derecho? (Rotsch, 2000: 534). Al respecto, no existen reglas ni criterios suficientemente claros.

El problema resulta crítico en relación con los aparatos de poder organizados desde el Estado, pues ellos no se sitúan en ningún momento fuera del derecho, ya que

14. De igual forma, véase Roxin (2000: 56).

normalmente se dictan normas que legitiman la actuación de estas organizaciones. En estos casos, la fundamentación del alejamiento del derecho del sistema se complica considerablemente (Muñoz Conde, 2001: 613). Tomemos como ejemplo la Ley de Alemania Oriental sobre el Cruce Fronterizo: sería posible postular que la actividad del aparato de poder estatal infringe pactos internacionales, pero de ello no se sigue sin más que el sistema político en su totalidad pueda ser entendido como una organización criminal alejada del derecho (Muñoz Conde, 2001: 613).

El criterio de alejamiento del derecho solo podría ser asumido en estos casos si se recurre a valoraciones supra-legales o de derecho natural, lo cual no permite construir un criterio de diferenciación bien definido (Ambos, 1998: 245).¹⁵ Por ello, existen importantes opiniones que entienden al alejamiento del derecho como un presupuesto superfluo y que lo ven como un intento fracasado de limitación de la teoría (Ambos, 1998: 245; Rotsch, 2000: 534; Zaczyk, 2006: 412).

iv) A partir del año 2006 las dos más prominentes teorías para justificar la autoría mediata por dominio de la organización se acercaron conceptualmente, pues Roxin reconoció explícitamente la compatibilidad del criterio de la disposición al hecho con el resto de los elementos (Rotsch, 2009: 551).

En comentarios anteriores, Roxin había indicado que la determinación previa del autor directo no bastaba para otorgar al superior dominio del hecho. El mero hecho de ofrecerse para la realización del delito sería más bien un clásico caso de disposición al hecho que, en el derecho alemán, es sancionado expresamente por el párrafo 30 II CPA.¹⁶ De tal forma, la aceptación del ofrecimiento de otro solo podría significar inducción y no autoría mediata (Roxin, 1995: 51; Roxin, 2003: 57).

Sin embargo, Roxin finalmente terminó aceptando que la determinación al hecho es un presupuesto adicional del dominio de la organización, pues siempre puede entenderse como una consecuencia de los tres elementos ya enunciados (Roxin, 2015: 740; Roxin, 2006: 299).

La pregunta relevante es por qué una persona dentro de una organización tendría una disposición mayor para la comisión de un hecho delictivo. En primer lugar, la jerarquía y el poder de mando de los superiores podrían explicar que el ejecutor, en caso de negativa, tema perder su trabajo o sufrir alguna otra desventaja laboral-social (Roxin, 2009: 567). De tal modo, debido a la configuración de la organización estaría más dispuesto al cumplimiento de cualquier orden. En segundo lugar, el operativo puede llevar a cabo con entusiasmo sus ideas o concepciones criminales ideológicas, sádicas, de otro tipo, pues sabe que debido al alejamiento del derecho de la organiza-

15. En contra, véase Roxin (2006: 297).

16. Párrafo 30 II CPA: Será sancionado con la misma pena [de la tentativa de participación] *quien se declare dispuesto*, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien convenga con otro para cometer un delito o inducir a él. (El destacado es mío). Traducción del autor.

ción no es esperable ningún tipo de punibilidad (Roxin, 2009: 567). Y, en tercer lugar, la fungibilidad de los individuos también puede llevar a un aumento de disposición al hecho, puesto que el ejecutor se dice: «Si yo no lo hago alguien más lo hará de cualquier modo» (Roxin, 2009: 567). En resumen, la determinación al hecho se derivaría de un aparato de poder jerárquico alejado del ordenamiento jurídico, en el cual los ejecutores son intercambiables. De ahí que no exista contradicción, sino complementariedad entre las visiones de Roxin y Schroeder.

En cualquier caso, el mismo Schroeder ha criticado este acercamiento, pues forzaría la comprensión de la disposición al hecho dentro de una organización, lo cual excede los límites de su propia teoría (Schroeder, 2009: 570; Rotsch, 2009: 551). Su opinión es que la determinación al hecho no solo se reconoce desde una perspectiva organizacional restringida, sino que debe entenderse como un presupuesto general de los casos de «autor detrás del autor».

Formas de aparición del dominio de la organización

Es posible identificar tres formas de aparición del dominio de la organización: los aparatos de poder estatales, los aparatos de poder no estatales pero alejados del derecho, y los aparatos de poder no estatales ni alejados del derecho (a saber, empresas comerciales).

i) Prototipo del grupo de aparatos de poder estatalmente organizados es un estado totalitario o una dictadura, los cuales normalmente crean servicios secretos para cometer crímenes contra sus opositores políticos. En este caso, ejerce dominio de la organización no solo la cúpula dirigente del correspondiente servicio, sino también el portador del poder político del Estado (Roxin, 2015: 250; Roxin, 1963: 205).

Usualmente es posible establecer una pequeña diferencia entre los estados totalitarios y las dictaduras en relación a la forma de comisión de estos delitos: mientras los estados totalitarios —por ejemplo, Alemania Oriental— legitiman su conducta a través del ordenamiento jurídico mediante la dictación de normas expresas, lo cual permite entender su comportamiento «criminal» como una actividad legítima del Estado; una dictadura —por ejemplo, la dictadura de Pinochet— se basa únicamente en órdenes del líder o en una planificación clandestina de parte de la dirigencia (Muñoz Conde, 2001: 613; Ambos, 1998: 243), lo cual implica la creación de un paralelismo entre dos órdenes jurídicos, el «normal» y el «clandestino».

ii) Por su parte, los aparatos no estatales alejados del derecho no se caracterizan por una estructura jerárquica con una cadena de mando rígida y ejecutores intercambiables, sino por la asunción de un objetivo directamente contrario a las normas de derecho penal (Roxin, 2015: 250).¹⁷

17. Ejemplos de este tipo de aparatos son las organizaciones asimilables a mafias y movimientos clan-

Resulta decisivo que el destinatario de las órdenes no actúe como un individuo que quiere cometer crímenes y que casualmente los realiza en conjunto con otros, sino como un órgano ejecutivo de la cúpula dirigente (Roxin, 2015: 250). Por esta razón no todas las bandas (párrafo 244 I 2 CPA) o asociaciones criminales (párrafo 129 CPA) alcanzan una extensión necesaria para justificar el dominio de la organización del hombre de atrás: siempre es necesario que los presupuestos de la teoría sean satisfechos, en especial que la ejecución del hecho sea independiente del autor directo. Éste debe ser únicamente «una parte funcional de un todo más extenso, como una pieza en serie en una máquina» (Roxin, 1963: 206).

iii) Finalmente, a partir de la formulación original de la teoría las empresas comerciales no podrían ser entendidas como un tipo de aparato que justificase el dominio de la organización, pues no cumplirían con la exigencia del alejamiento del derecho. Sin embargo, tanto partidarios como opositores a la teoría han planteado que este requisito es arbitrario, pues carece de conexión con la estructura organizacional que fundamenta la teoría, y que su verdadero objetivo es impedir una extensión indeseada de la misma.¹⁸ Asimismo, la jurisprudencia ha aceptado implícitamente el dominio de la organización en contextos empresariales, pues nunca ha exigido el requisito de alejamiento del derecho.¹⁹

A favor de la exclusión de las empresas comerciales del ámbito de aplicación de la figura del dominio de la organización se levantan dos argumentos. Por una parte, el comportamiento general conforme a derecho de estas organizaciones impediría el reconocimiento de la fungibilidad de ejecutores, pues ellos estarían obligados a actuar conforme al ordenamiento jurídico (Roxin, 2003: 55; Roxin, 2015: 749). Por otra, la completa estructura de las empresas sería incompatible con el dominio de la organización, pues éstas se caracterizarían por la adopción de complejos sistemas (y subsistemas) de coordinación y delegación, lo cual excluiría la posibilidad de poder de mando de los superiores (Rotsch, 1998b: 146; Rotsch, 1998a: 494 ss.; Roxin, 2013: 453).

Ejemplos de aplicación de la figura del dominio de la organización

Como ya se mencionó, es posible identificar dos casos que resultaron fundamentales para la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización: el caso del Consejo de Defensa Alemán, en el cual se reconoció por primera vez la punibilidad

destinos, organizaciones secretas, bandas criminales y otras agrupaciones similares de individuos. En el mismo sentido, véase Ambos (1998: 240); Muñoz Conde (2001: 618); Ambos (2011: 842).

18. Dentro de los partidarios se encuentran Muñoz Conde (2001: 60) y Ambos (1998: 242). Por otra parte, dentro de los críticos se encuentra Herzberg (2000: 39).

19. Una descripción de los casos más relevantes se encuentra en Rotsch (2000: 547 y ss.).

de un hombre de atrás en ámbitos organizacionales aunque el autor directo fuera completamente responsable; y el caso Fujimori, el cual significó por primera vez el reconocimiento internacional y explícito de la teoría por un tribunal nacional (fuera de Alemania).

El caso del Consejo de Defensa Alemán

i) El objeto del proceso fue la causación de la muerte de siete personas, las cuales entre 1971 y 1989 quisieron escapar de Alemania Oriental. Los imputados (A, K y S) eran integrantes del Consejo de Defensa Nacional, el cual estaba encargado de la dirección de las medidas de defensa y seguridad del país (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 45). Luego de la clausura de libre paso entre las dos Alemanias en el año 1961 y con el objetivo de evitar los intentos de fuga de la población, fueron construidos diversos mecanismos de seguridad en la frontera, como, por ejemplo, colocación de minas antipersonales, instalación de equipos de disparo automáticos o el fortalecimiento de la vigilancia mediante tropas militares. En especial, el Consejo de Defensa ordenó explícitamente que los intentos de traspasar la frontera debían ser evitados a toda costa y utilizando cualquier método necesario (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 46). Durante la participación de los imputados en el Consejo de Defensa la fiscalía logró probar suficientemente la muerte de siete personas por parte de las tropas militares fronterizas.

El Tribunal Regional consideró el comportamiento de los imputados K y S como inducción a homicidio y el del imputado A como complicidad a homicidio. En ese sentido, el mismo Tribunal negó explícitamente tanto la autoría mediata, porque los soldados también se habían comportado antijurídicamente, como el «dominio de voluntad por aparato organizado de poder», pues no era posible equiparar la dictadura de Hitler con la Alemania Oriental (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 46), o sea, no existía suficiente organización estructurada.

ii) Por el contrario, el Tribunal Federal Alemán se decidió expresamente por la categoría de autoría mediata. Por esta razón, la sentencia revisa las opiniones de la doctrina respecto a la posibilidad de autoría mediata cuando el hombre de adelante actúa de manera completamente responsable. Además, se revisan otras sentencias del Tribunal que suponen algún tipo de infracción contra el principio de responsabilidad (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 47-48).

La conclusión del tribunal es que, si el hombre de adelante actúa libre de error y culpablemente, el hombre de atrás usualmente no puede ser entendido como autor mediato (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 48). Sin embargo, existirían ciertos casos en donde el hombre de atrás realiza una contribución tan determinante para la realización del hecho típico que, a pesar de la punibilidad del instrumento, posee dominio del hecho.

La fundamentación de la decisión del tribunal mezcla varios elementos: por un

lado, la sentencia apunta a criterios objetivos, a saber, al aprovechamiento por parte del hombre de atrás de ciertas condiciones generales mediante la utilización de estructuras organizacionales, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena procesos regulares. Por otro lado, la justificación también es subjetiva porque el hombre de atrás debe utilizar la disposición incondicionada del autor directo y querer el resultado como consecuencia de su propia conducta (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 48). De esta forma, el hombre de atrás domina el hecho, pues la decisión del instrumento fue determinada por medio de las condiciones generales de la organización.

Además, la sentencia tuvo relevancia a futuro, pues expresamente dejó abierta la posibilidad de dominio de la organización en empresas comerciales.²⁰ Esto significa que el requisito de alejamiento del derecho no encontró aplicación en la jurisprudencia, lo cual permitiría una extensión casi ilimitada de la teoría.

iii) Luego de la sentencia se suscitó una interesante discusión en la literatura alemana, en la cual se plantearon diferentes formas de solución del problema.²¹ En todo caso, resulta sorprendente que tanto Roxin como Schroeder entendieran a la sentencia como una confirmación indubitada de sus propias posiciones a pesar de que la argumentación del Tribunal Federal es ambigua (Rotsch, 2000: 537; Roxin, 1995: 49; Schroeder, 1995: 179).

Roxin celebra que el hombre de atrás haya sido reconocido ejerciendo la función central de la realización del delito en el marco de un aparato de poder estatal y que se asumiera que la inducción no refleja correctamente la posición de control que tendría quien da la orden en este contexto (Roxin, 1995: 49). Según Roxin, el elemento que utiliza el Tribunal referido a las «condiciones generales» apunta a la fungibilidad de los ejecutores, por lo cual no es necesario que el hombre de atrás conozca específicamente a los operativos que llevaran a cabo la orden, puesto que siempre puede estar seguro que su voluntad será realizada (Roxin, 1995: 50). No obstante, Roxin considera problemático el elemento de «la disposición incondicionada» porque no jugaría rol alguno en el dominio del hecho del hombre de atrás: el aseguramiento del resultado descansa en el funcionamiento de la organización y en la intercambiabilidad de los ejecutores, no en la existencia de una ya presente determinación al hecho de los mismos (Roxin, 1995: 51).²²

Por su parte, Schroeder pone de relieve el recurso al elemento de la disposición al hecho condicionada, lo cual seguiría casi al pie de la letra su formulación. Simplemente plantea una pequeña diferencia en la «condicionalidad de la disposición»:

20. BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995, 48: «Así, el problema de la responsabilidad en empresas comerciales permanece abierto». Traducción del autor.

21. Para un ejemplo véase la nota 114b en Kühl (2017: 785).

22. Más tarde, Roxin reconoce la compatibilidad de la disposición al hecho condicionado con su posición como una consecuencia de los presupuestos originales. Véase Roxin (2006: 298).

mientras Schroeder parte de la base de una decisión simple o condicionada, la sentencia se basa en una disposición incondicionada (Schroeder, 1995: 179). Además, destaca que el Tribunal Federal en ninguna parte menciona o hace referencia al criterio de fungibilidad de Roxin (Schroeder, 1995: 179).

El principal problema de la fundamentación de la sentencia es que los criterios objetivos y subjetivos se contradicen unos con otros. El Tribunal Federal se concentra en el aprovechamiento de procesos regulares, los cuales se fundan en el funcionamiento de un sistema organizado (Rotsch, 2000: 540). En este contexto, la exigencia a la disposición al hecho no hace sentido porque este elemento no tiene relación alguna con la estructura de una organización. La sentencia intenta compatibilizar las principales posturas, lo cual conduce a una justificación insuficiente de la figura.

El caso Fujimori

i) Alberto Fujimori fue elegido tres veces como presidente del Perú (1990, 1995 y 2000). Su gobierno se caracterizó por la lucha radical contra el movimiento insurreccional Sendero Luminoso, la cual llevó a la captura del líder de la organización Abimael Guzmán en 1992. Sin embargo, el gobierno de Fujimori intensificó en los siguientes años su política represiva contra las organizaciones que el mismo gobierno calificaba como terroristas (Ambos, 2009: 553). Paulatinamente Fujimori comenzó a concentrar el poder político en su persona y a controlar militarmente las instituciones del Estado. Así, el gobierno comenzó a dirigir operaciones clandestinas a través del servicio secreto (Servicio de Inteligencia Nacional), el cual en 1991 y bajo la participación de Fujimori, fundó el comando especial paramilitar Colina, cuya principal tarea era la eliminación de los supuestos miembros de Sendero Luminoso (Ambos, 2009: 553).

La sentencia contra Fujimori tomó en consideración tres sucesos: Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos. En el caso Barrios Altos, Colina dirigió una operación clandestina contra integrantes de Sendero Luminoso que causó la muerte de 15 civiles desarmados. En el caso La Cantuta, Colina secuestró a nueve estudiantes y un docente de una Universidad, los cuales fueron más tarde asesinados en un lugar secreto. Y en el caso Sótanos, Fujimori ordenó el secuestro de dos opositores políticos, los cuales fueron retenidos nueve días en el edificio del servicio secreto (Ambos, 2009: 559).

ii) La Corte Suprema del Perú decidió que Alberto Fujimori fue responsable por los anteriores casos como autor mediato por dominio de la organización. La sentencia revisa detalladamente la teoría y asume sin lugar a dudas la posición de Roxin. Así, se reconocen un presupuesto general y cuatro requisitos especiales. El presupuesto general es «la existencia previa de una organización estructurada», la cual se caracteriza por la verticalidad jerárquica y la autonomía de sus integrantes (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 633). Por lo tanto, este presupuesto general alude al

funcionamiento automático del aparato que asegura el cumplimiento de la orden.

Por su parte, los requisitos especiales son objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son la facultad de mando y el alejamiento del derecho; los subjetivos son la intercambiabilidad de los ejecutores y la aumentada disposición al hecho de los mismos (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 634).

Respecto de los elementos objetivos, la facultad de mando es definida como la capacidad de la cúpula dirigente para impartir órdenes a sus subordinados o asignarles tareas. La sentencia diferencia entre diversas formas de facultades de mando dentro de una organización (de nivel medio o superior), pero justifica el dominio de la organización siempre en el marco de la competencia para la dictación de esas órdenes (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 636). En comparación con el hombre de atrás de nivel medio, el hombre de atrás de nivel superior tiene competencia por más acciones de sus subordinados y, por ello, puede ser hecho responsable por ellas.

Por el otro lado, el alejamiento del derecho implica que la organización se origina, actúa y permanece fuera del sistema jurídico (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 640), lo cual no solo ocurre con órganos del Estado sino también en casos de criminalidad organizada no estatal. La sentencia excluye expresamente toda posibilidad de dominio de la organización en empresas comerciales.

Respecto de los elementos subjetivos la fungibilidad apunta a la potestad del nivel superior de la organización de intercambiar sin dificultades a los ejecutores directos, y la disposición aumentada al hecho es la determinación psicológica de los operativos para ejecutar la orden y cometer el delito (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 644-649). La sentencia describe la discusión doctrinaria entre Roxin y Schroeder y prefiere la última postura de Roxin de compatibilidad de los criterios, pues su significado práctico siempre depende de las circunstancias concretas.

Finalmente, la Corte Suprema confirma que todos estos presupuestos están satisfechos por el comportamiento de Fujimori: él poseía el rango más alto en la estructura del estado, ya que dirigía política y militarmente las estrategias contra las organizaciones opositoras. Asimismo, tanto Fujimori como su asesor crearon un aparato de poder jerárquico para llevar a cabo sus órdenes ilegales (Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 653-654).²³ El asesinato y secuestro en los casos reseñados se corresponden con las órdenes y estrategias por las cuales Fujimori resulta responsable.

iii) El mismo Roxin celebra el grado de desarrollo científico y el manejo de las preguntas sobre dominio del hecho de la sentencia (Roxin, 2009: 565), la cual casi sigue textualmente la nueva postura de Roxin. De ahí que la combinación de los criterios de fungibilidad y disposición al hecho para justificar la responsabilidad de Fujimori resulte evidente (Roxin, 2009: 567; Schroeder, 2009: 571).

Según Roxin, es fundamental la diferenciación que realiza el tribunal entre fun-

23. Para más información, véase Ambos (2009: 562).

gibilidad positiva y negativa, pues la primera no solo asegura la ejecución del hecho en razón de la intercambiabilidad de los ejecutores, sino que le otorga al hombre de atrás la posibilidad de elegir al mejor operativo para llevar a cabo la orden (Roxin, 2009: 567; Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 646). Por ello, un aparato que cuenta con fungibilidad positiva justificaría de mejor manera el dominio de la organización del hombre de atrás.

Además, según Roxin, la delimitación que entrega la sentencia entre el dominio de la organización y la responsabilidad del superior en el derecho internacional resulta imprescindible. Esta última se basa en la omisión contraria a deber por parte del superior consistente en impedir los crímenes cometidos por sus subordinados (Roxin, 2009: 567; Corte Suprema del Perú, ZIS 11/2009: 651). Por lo tanto, el superior no es responsable por la comisión del hecho mediante otros —o sea, autoría mediata— sino por la omisión de su deber de prevención, vigilancia y castigo de delitos cometidos por sus subordinados.

Debido a que la sentencia sigue la posición de Roxin, las críticas en su contra también pueden dirigirse contra la fundamentación de la condena. Por esta razón, los opositores de la figura señalan que Fujimori no dominó instrumento alguno, ya que los ejecutores actuaron de manera completamente responsable. Fujimori sería, más bien, un autor intelectual, es decir, un coautor o inductor (Jakobs, 2009: 572; Herzberg, 2009: 576). En las siguientes secciones se revisarán detalladamente estas críticas y las alternativas de solución.

Críticas al dominio de la organización

Debido al quiebre de un principio básico de la teoría de la intervención delictiva —a saber, el principio de responsabilidad— y a su aplicación práctica en importantes casos, existe una gran discusión en la doctrina alemana sobre la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización, especialmente enfocada en su coherencia interna y su compatibilidad con otras máximas de la responsabilidad penal. En definitiva, se levantan objeciones que resultan incontestables y que justifican correctamente su rechazo.

a) La fundamentación del dominio de la organización radica en que, debido a la fungibilidad de los ejecutores, el hombre de atrás puede confiar sin problemas en que su orden será satisfecha. En otras palabras, el resultado está (casi) garantizado. Ésta sería la principal diferencia con la inducción: el inductor no posee una posición dentro de organización alguna que asegure el resultado.

La pregunta es, sin embargo, por qué el resultado está asegurado. La respuesta tiene dos partes y ambas son problemáticas: Si el hombre de delante desiste de la comisión del hecho, entonces otro lo reemplazará y cumplirá la orden.

El eventual desistimiento de la ejecución implica que el destinatario de la orden

actúa todavía de manera libre y autónoma, pues no es posible reconocer déficit de punibilidad alguno en su comportamiento. Por lo tanto, en cualquier momento puede decidirse a interrumpir la realización del hecho (Herzberg, 2009: 578). Él puede ser un miembro confiable del aparato de poder que sigue regularmente órdenes de sus superiores, pero así y todo tiene la capacidad para decidir libremente sobre su conducta.

Aquí se observa la contradicción interna del dominio de la organización: por un lado, el hombre de delante es responsable, pero por otro la autoría mediata se basa en la instrumentalización del aparato de poder que asegura la comisión del hecho delictivo. Esto pretende ser comparable a los demás casos de autoría mediata, ya sea por coacción o por engaño. La pregunta es cómo una persona libre podría ser instrumentalizada, es decir, en qué sentido podría actuar como un instrumento de otra (Rotsch, 1998a: 494; Rotsch, 1998b: 145; Murmann, 1996: 273).²⁴ Ni el funcionamiento automático ni la complejidad de la organización puede anular la libertad del hombre de delante.

La réplica de los partidarios de la teoría se basa en el reconocimiento de dos puntos de vista: desde una perspectiva (estrecha) enfocada en la comisión del hecho, el operativo es responsable porque actúa libre y sin déficits. Pero desde una perspectiva (amplia) enfocada en la organización, el operativo solo es un instrumento de la cúpula dirigente, ya que siempre puede ser intercambiado por otro sujeto dispuesto a cometer el hecho (Roxin, 2003: 50 y ss.).²⁵ El hombre de atrás domina el aparato, no la específica comisión del delito (Bloy, 1996: 441). Sin embargo, esta respuesta parece hacer la contradicción más evidente: ¿cómo alguien puede ser al mismo tiempo, y respecto del mismo acto, libre y no libre?

La dificultad yace en el criterio del aseguramiento del resultado como fundamento de la autoría mediata, pues la probabilidad del resultado solo es una información fáctica que no muestra relación directa con la punibilidad de una persona (Herzberg, 2000: 37), y por tanto no puede ser el elemento principal para diferenciar entre autoría e inducción. En un caso evidente de autoría mediata —por ejemplo, si un padre ordena a su hijo de 6 años sustraer un objeto desde el supermercado— el resultado puede ser considerablemente más improbable que en un caso evidente de inducción —por ejemplo, si A determina a un ladrón profesional a sustraer un objeto desde el mismo supermercado— (Murmann, 1996: 274; Renzikowski, 1997: 89). Que, en el segundo ejemplo, el resultado sea casi seguro no cambia nada: A es inductor, no autor, porque el ladrón actúa libremente y, en consecuencia, no puede ser instrumento de A.

24. «Los conceptos de responsabilidad por el hecho y automatismo se excluyen mutuamente». Traducción del autor. Véase Zaczyk (2006: 414).

25. En todo caso, Roxin acepta que la autoría mediata puede permanecer en tentativa.

Es posible reconocer sin problemas que el superior de una organización tiene un control fáctico sobre sus subordinados y sería posible hablar metafóricamente de la utilización de un instrumento. Pero a esta posición fáctica le falta un significado jurídico-penal: solo es un dato de índole natural (Jakobs, 2009: 572; Jakobs, 1995: 28). Aquí se observa una confusión entre un ejemplo didáctico que explica con mayor facilidad la situación de los aparatos organizados de poder —en especial, los casos de terrorismo de estado— y la imputación jurídico-penal de una conducta por medio del concepto de autoría. El hombre de atrás es autor (mediato) porque es responsable por el hecho del hombre de delante, ya que crea o se aprovecha de un déficit de punibilidad. Esto simplemente no ocurre en el caso del superior de una organización.

Según Herzberg, la confusión se origina en un dualismo en la comprensión del dominio del hecho: el dominio del hecho puede ser entendido tanto en un sentido fáctico-naturalístico («dominio de dirección») como en un sentido normativo («dominio de responsabilidad») (Herzberg, 2000: 40). Y solo esta segunda forma de dominio puede fundamentar suficientemente la autoría. El hombre de atrás es autor mediato porque se aprovecha de un déficit del hombre de delante para cometer un delito. Por regla general, el hombre de atrás no mantiene el curso de los hechos «en sus manos», sino que «se entrega a la imprevisibilidad y debe, por ejemplo, temer que, debido a la presión de la ley, el ejecutor concurra a la policía en vez de obedecer» (Herzberg, 2000: 42).²⁶ En nuestro caso, es evidente que quien imparte la orden no posee «dominio de responsabilidad» porque el hombre de adelante es responsable. La contradicción interna del dominio de la organización permanece insoluble.

b) Ya decíamos que el núcleo del dominio de la organización se encuentra en la fungibilidad de los ejecutores: si un operativo rechaza el hecho, otro asumirá su lugar. Sin embargo, para llegar a considerar la posibilidad conceptual de intercambiabilidad debe asumirse forzosamente una perspectiva abstracta excesivamente alejada del caso concreto (Rotsch, 1998b: 145), lo que implica tanto un problema práctico como normativo.

Por un lado, la orden del hombre de atrás normalmente no puede ser seguida en el momento relevante si el hombre de delante no realiza el hecho ordenado. Por ejemplo, si los soldados fronterizos que vigilaban el muro de Berlín no disparaban contra los fugitivos, entonces la huida hubiese sido exitosa y la orden de los superiores hubiese fracasado porque en el futuro no podría lograrse la evitación de esa precisa fuga (Murmman, 1996: 273). A pesar de la teórica disponibilidad de otros operativos el resultado pretendido simplemente no podría conseguirse. Así, no es posible negar que cada hecho está limitado temporal y espacialmente, por lo cual también solo puede

26. Herzberg explica el problema por medio de los ejemplos de instrumento doloso sin intención y del instrumento doloso no cualificado, los cuales muestran el rendimiento práctico del concepto de «dominio de responsabilidad» en vez del de «dominio de dirección». Traducción del autor.

venir en consideración un número sumamente limitado de ejecutores (por ejemplo, soldados). Por ende, la fungibilidad puede ser una interesante figura teórica, pero en la imputación efectiva de responsabilidad no juega casi rol alguno.

Por otro lado, la fungibilidad conduce a un conflicto con el principio de simultaneidad, el cual plantea que la autoría debe justificarse necesariamente en relación al hecho material y concreto (Rotsch, 2005: 15). Empero, el dominio por organización justifica la autoría del hombre de atrás en la posibilidad de realización futura del hecho por medio de otra persona, lo cual implica una desvinculación completa de la supuesta punibilidad por el hecho original. Por ejemplo, el autor directo A puede ser reemplazado teóricamente por B, pero B solo puede ejecutar el hecho en un momento futuro, es decir, no se está hablando sobre el mismo hecho que A hubiese realizado, sino sobre el hecho (distinto) que B realizará.

Así, la autoría no se debe determinar solo respecto del delito, sino también en atención al hecho concreto y a la víctima concreta (Herzberg, 2000: 38). Por tanto, la autoría mediata del hombre de atrás no puede justificarse en que otro agente en un momento futuro y desconocido pudiese llegar a seguir la orden. Además, resulta enteramente posible que este segundo ejecutor también se niegue a realizar el hecho, por lo cual la autoría mediata tendría que basarse en la eventual conducta de un tercer operativo y así sucesivamente. La sola posibilidad de funcionamiento automático de la organización no basta para fundamentar la autoría mediata.

Independiente de la crítica al concepto fáctico del dominio de la organización existe también un problema interno con la figura de la fungibilidad porque la teoría del dominio del hecho asume que el coautor o el autor mediato, a través de diferentes criterios, posee un dominio de la acción equivalente al que tiene un autor directo (Rotsch, 2005: 17). Por ejemplo, el autor mediato por coacción posee control sobre la realización de la conducta delictiva mediante el hombre de delante al forzarlo a cometer el delito, es decir, dirige el acto del hombre de delante. Sin embargo, en casos de dominio de la organización, la situación es completamente diferente, pues el hombre de atrás no controla el hecho del hombre de delante. Debido a la fungibilidad, el superior simplemente controla que el hecho será realizado. En contraposición a otros casos de autoría mediata, aquí el fundamento no se encuentra en el dominio del instrumento, sino únicamente en el dominio del resultado típico (Rotsch, 2005: 17). Y, como ya señalamos, el mero aseguramiento del resultado no es un elemento que fundamente por sí solo la autoría.

De ahí que el dominio de la organización sea incompatible con la idea del autor como figura central del hecho en atención a la realización de la conducta de ejecución, ya que el hombre de atrás no tiene rol alguno en la concreción de la conducta típica (Rotsch, 2005: 17).

La réplica de Roxin se concentra en la doble perspectiva del dominio de la organización: aunque varios ejecutores toman parte en la concreción del resultado median-

te hechos diferentes, el hombre de atrás solo ejecutaría y dominaría un hecho (Roxin, 2003: 51). Por esta razón, la intercambiabilidad casi infinita de los destinatarios de la orden no implicaría problema alguno. Sin embargo, el argumento no es convincente, ya que nuevamente descansa en un punto de vista abstracto y completamente desconectado del hecho material que infringe el principio de simultaneidad.

En mi opinión, las mencionadas objeciones resultan incontestables por la teoría del dominio de la organización y fundamentan su rechazo. Dicha construcción se concentra únicamente en una información fáctica para justificar la autoría: que el resultado pueda ser ejecutado en un momento futuro por medio de la conducta de otro subordinado. No obstante, ello no está ligado con la comisión del específico hecho delictivo en estudio y por lo tanto no alcanza a fundamentar normativamente la autoría de quien imparte la orden.

Ahora bien, la doctrina ha levantado otras críticas que confirman el rechazo de la teoría, las cuales serán brevemente revisadas a continuación.

c) Si el hombre de atrás controla la organización y el resultado está asegurado por la intercambiabilidad de los ejecutores, entonces la diferencia entre autoría e inducción se limita a un elemento hipotético: de ser necesario, el hombre de adelante podría ser sustituido. Empero, en general, es aceptado sin muchas dudas por la doctrina que «las acciones hipotéticas de un tercero deben quedar fuera de la valoración de cursos causales reales en derecho penal» (Renzikowski, 1997: 89). El criterio principal del dominio de la organización, a saber, la fungibilidad de los ejecutores, se basaría meramente en una hipótesis fáctica, la cual sería dogmáticamente inadecuada para fundar el dominio del hecho.

Roxin rechaza esta crítica y plantea que el funcionamiento del aparato no es una hipótesis, sino una realidad (Roxin, 2003: 51). Sin embargo, recurre nuevamente a la alta probabilidad de ocurrencia del resultado para establecer la diferencia con la inducción. Por tal razón, la crítica permanece.

d) El hombre de atrás no puede simplemente reemplazar al hombre delante cuando la realización del hecho exige capacidades especiales. En estos casos, la figura del dominio de la organización fracasa porque para el cumplimiento de la orden es necesario que actúe un especialista, en principio, insustituible (Rotsch, 2005: 15; Schroeder, 1995: 178). Incluso Roxin reconoce que, en estos casos, no se observaría autoría mediata sino inducción, ya que no es posible reconocer fungibilidad de los ejecutores (Roxin, 2003: 51). Sin embargo, esto muestra que la única diferencia entre autoría mediata e inducción recae en el número disponible de operativos. Más allá del problema de delimitación —¿cuántos operativos requeriría la organización para fundar la fungibilidad y superar el problema de los especialistas?— la diferenciación entre autoría y participación no puede recaer en un dato meramente fáctico. Tanto las doctrinas subjetivas como objetivas identifican algo particular en la autoría. La teoría del dominio del hecho se concentra, evidentemente, en el control del hecho: el

autor es la figura central en la realización del delito. Y la mera cantidad de operativos que tiene la organización a disposición no basta, vale repetirlo, para fundamentar la autoría mediata.

e) Como ya señalamos, la clásica construcción de la teoría del dominio de la organización exige que el aparato esté alejado del ordenamiento jurídico. Sin embargo, las diversas formas de aparición de los aparatos de poder dificultan la determinación de este presupuesto, porque es muy probable que los aparatos estatales legitimen su conducta mediante leyes formales o que solo una parte del sistema se encuentre en contradicción con el derecho, pero el resto permanezca dentro de sus límites.

Roxin ha respondido la crítica planteando que el aparato de poder no debe comportarse en contradicción con el derecho en su conjunto, sino solo en el ámbito del tipo delictivo específico bajo análisis. Así, que una parte del sistema permanezca fiel a derecho, no debe ser tomado en cuenta para valorar este requisito (Roxin, 2006: 298). Además, el análisis del alejamiento del derecho no depende de la valoración del anterior sistema, sino de «la valoración jurídica actual» (Roxin, 2006: 298). Este argumento es, a todas luces, problemático: ¿qué significa «valoración jurídica actual»? ¿Es compatible con el principio de legalidad la aplicación retroactiva de «valoraciones jurídicas» (no expresadas en leyes)? Las preguntas permanecen abiertas, pero pareciera que el argumento obliga a acudir a apreciaciones supralegales o de derecho natural que difuminan los límites de la exigencia (Ambos, 1998: 244 y ss.).

No obstante, el verdadero problema apunta a la real necesidad del requisito del alejamiento del derecho dentro de la misma teoría. El dominio de la organización se deduciría de la posibilidad de sustitución de los ejecutores, lo cual en ningún caso depende de que el sistema esté en contradicción con el ordenamiento jurídico (Rotsch, 2000: 535). Por esta razón, incluso partidarios de la teoría han rechazado esta exigencia (Ambos, 1998: 245; Muñoz Conde, 2001: 613 ss.). El alejamiento del derecho parece ser un requisito arbitrario que tiene por objetivo la exclusión del dominio de la organización en contextos empresariales.

f) Finalmente, el requisito de la disposición al hecho también ha levantado objeciones. Primero, se enfatiza que la determinación al hecho de un agente carece de relación necesaria con una organización, lo cual se corresponde con la versión original de Schroeder (Rotsch, 1998b: 142). Por lo tanto, incluir este requisito como uno adicional a los planteados por Roxin limitaría los casos de «autor detrás del autor» solo a contextos organizacionales.

Segundo, el clásico caso de la disposición al hecho es el ofrecerse, lo cual es punible como declararse dispuesto a cometer un delito según párrafo 30 II CPA, y la aceptación de este ofrecimiento no configura autoría mediata, sino inducción (Roxin, 1995: 51; Ambos, 1998: 230).

Y tercero, el verdadero problema de la disposición al hecho es que hace imposible la delimitación entre autoría mediata e inducción. Según Schroeder, la inducción se

caracteriza por la inseguridad respecto del resultado (Schroeder, 1995: 178), de manera que si el hombre de atrás llega a utilizar a un sujeto dispuesto al hecho entonces el resultado estaría garantizado y, por ende, ya no podríamos hablar de inducción, sino de autoría mediata (Rotsch, 2000: 525).

Sin embargo, la disposición al hecho del ejecutor se reconoce antes de la realización del hecho, momento en el cual no podría diferenciarse entre autoría mediata e inducción, pues tanto el instrumento dispuesto al hecho como el inducido mantienen la capacidad de renunciar a la comisión del delito. Además, no se puede explicar por qué la determinación de una persona que, por sí misma, casi asegure el resultado —por ejemplo, un asesino profesional— pero que no está todavía resuelta al hecho solo implicaría inducción (Rotsch, 2000: 525). Si la seguridad de ocurrencia del resultado es el elemento decisivo de la diferenciación, entonces la disposición al hecho no jugaría rol alguno. El problema radica nuevamente en que resulta necesario reconocer una diferencia normativa entre autoría e inducción, y la disposición al hecho no ofrece tal criterio.

Alternativas de solución

Si se rechaza la autoría mediata por dominio de la organización en atención a las objeciones arriba señaladas, entonces debe ofrecerse otra solución al problema de la punibilidad del sujeto que emite las órdenes. Las propuestas más importantes son la coautoría y la inducción, pero existen opiniones minoritarias, como por ejemplo la responsabilidad del superior o la necesidad de crear una norma especial. En lo que sigue, me concentraré en las soluciones más importantes, pero al final también se describirán brevemente las otras opiniones.

Coautoría

i) Los partidarios de esta solución plantean que la conducta del superior que imparte la orden satisface los presupuestos de la coautoría, a saber, la ejecución conjunta del hecho y la decisión común.

Primero, la ejecución conjunta del hecho. Claramente, el superior no realiza de propia mano el hecho, sino que imparte una orden a un subordinado para ejecutarlo. Sin embargo, para fundamentar la coautoría la doctrina dominante no exige necesariamente una participación directa en la realización del hecho, sino, por lo menos, un aporte esencial en el estadio de preparación (Otto, 2004: 300; Kindhäuser, 2015: 362; Kühl, 2017: 806). Por ello, el «jefe de la banda» o «autor intelectual» también son coautores, aunque no toman parte directamente en la ejecución del hecho, pues ejercen una función esencial en la preparación del mismo.

La idea es que quien da la orden se comporta igual que el jefe de la banda o el

autor intelectual, ya que también determina la manera en que el hombre de adelante realiza el hecho. Por ende, cuando el ejecutor utiliza este patrón preconfigurado entonces el acto no es solo suyo, sino también de quien genera ese patrón (Jakobs, 2009: 573; Jakobs, 1995: 28; Jakobs, 1991: 649). Así, sería posible reconocer una división del trabajo entre el ejecutor directo y el superior, la cual no se vería impedida por la relación de subordinación jerárquica entre ellos (Otto, 2004: 307). Ambos ejercen funciones dentro de la organización que son necesarias para cometer exitosamente el hecho: por ello, ambos tendrían dominio funcional del hecho.

Segundo, la resolución común al hecho. Al respecto existen dos opiniones relativamente opuestas. Por un lado, Jakobs plantea que este presupuesto solo es un malentendido de índole psicológica del principio de la división del trabajo, por lo cual no resultaría necesario que los coautores se conozcan entre sí o que decidan trabajar expresamente en común (Jakobs, 1995: 28).²⁷ En consecuencia, el superior podría impartir una orden sin conocer a los ejecutores y sería, por tanto, coautor. No obstante, esta negación de cualquier elemento subjetivo en el reconocimiento de la coautoría es rechazada por la doctrina mayoritaria. Así, la posición predominante postula que la decisión común se basa en el conocimiento recíproco entre el superior y el subordinado (Jescheck y Weigend, 1996: 670), y que el conocimiento que posee quien imparte la orden bastaría para fundamentar exitosamente el requisito en comento.

Por esta razón, quien imparte la orden sería coautor, lo cual respetaría el principio de responsabilidad pues el comportamiento de los intervinientes podría ser imputado recíprocamente.

ii) Se pueden enarbolar tres críticas en contra de la solución de la coautoría. En primer lugar, según Roxin, esta propuesta difumina la delimitación entre la autoría mediata y la coautoría: mientras la primera se caracterizaría por una estructura vertical, la segunda estaría organizada horizontalmente (Roxin, 2003: 53; Roxin, 2015: 745). Por lo tanto, el proceso desde arriba hacia abajo —es decir, desde el superior al operativo— se corresponde estructuralmente con la forma de autoría mediata. La coautoría permitiría una imputación solo parcial de hechos ajenos y bajo presupuestos específicos, de manera que, si la posición del hombre de atrás supone la ejecución íntegra del delito por otra persona, no sería posible reconocer coautoría (Bloy, 1996: 440).

En segundo lugar, en estos casos fallaría la exigencia de ejecución conjunta del hecho. Quien imparte la orden no interviene ni en la ejecución del hecho ni en el estadio de preparación del mismo (Roxin, 2006: 295; Roxin, 2015: 745). Por ende, la conducta del superior no es comparable con la del jefe de la banda o del autor intelectual, ya que su único aporte al delito sería impartir la orden (Roxin, 2003: 53). El Tri-

27. «No se trata de unidad emocional (*Herzeinigkeit*), sino sobre reparto de trabajo». Traducción del autor. Véase Jakobs (2009: 573).

bunal Federal Alemán asumió expresamente esta objeción e indicó que la coautoría resulta excluida debido a la «distancia temporal, espacial y jerárquica entre la punta de la organización que da la orden y el autor directo» (BGHSt 40, 218, in JZ 1/1995: 48).²⁸ Por lo tanto, no existe actuación en conjunto basada en la división del trabajo, ya que no es posible afirmar que el hombre de atrás actúa con los ejecutores, sino que simplemente prescribe lo que el ejecutor tiene que hacer.

En tercer lugar, también fallaría el requisito de resolución común al hecho. Normalmente, quien imparte la orden y quien la ejecuta no se conocen ni deciden nada en conjunto (Roxin, 2003: 52; Roxin, 1995: 50). Además, el mero conocimiento de un comportamiento futuro motivado por una instrucción no funda una decisión común; es precisamente lo contrario. Aquí no se observa ninguna unión de voluntades expresada en la realización del delito, elemento básico en los casos de coautoría. Por supuesto, sería posible seguir la postura de Jakobs y excluir todo elemento subjetivo para evitar la dificultad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende a la resolución común como un presupuesto subjetivo. Por tanto, tomando en cuenta que no podría reconocerse el elemento de decisión conjunta en ninguno de los casos de nuestro interés, la objeción resulta exitosa y, en consecuencia, la solución de la coautoría debe rechazarse.

Inducción

i) De acuerdo al párrafo 26 CPA será sancionado como inductor «quien determine dolosamente a otro a la ejecución de un hecho doloso antijurídico». Por ello, los presupuestos legales de la inducción en el ordenamiento alemán son el hecho principal, la determinación a tal hecho y el dolo en relación a ambos elementos objetivos (el así llamado «doble dolo»).

Para el caso de entrega de órdenes dentro de una organización no existe duda alguna en que se satisfacen los elementos de hecho principal (doloso y antijurídico) y de doble dolo. El ejecutor comete un hecho punible y quien imparte la orden quiere y conoce tanto la consumación de tal hecho principal por parte del operativo, como que su instrucción determina la decisión de actuar del mismo.

Sin embargo, dado que los intervinientes usualmente no se conocen, es posible preguntarse si el requisito de determinación se ve satisfecho. Según la teoría de la causación basta cualquier provocación de una decisión criminal (Rengier, 2016: 420; Kühn, 2017: 843), por lo cual el requisito estaría satisfecho si la conducta del superior tiene un efecto causal en la ejecución del delito. Empero, la doctrina mayoritaria asume una interpretación restrictiva de la ley, debido a que el inductor es sancionado con la misma pena que el autor. Por esta razón, la teoría de la comunicación exige un

28. En el mismo sentido, véase Ambos (1998: 233) y Roxin (1995: 50).

contacto intelectual entre el autor y el inductor, o sea, un acto comunicativo (Kindhäuser, 2015: 370; Kühl, 2017: 844).

A pesar del desconocimiento del específico ejecutor, el solo hecho de impartir una orden debe ser entendido como un acto de comunicación porque el superior sabe que su orden será seguida por un subordinado.²⁹ Así, dicho superior puede no conocer el nombre del operativo concreto que cumplirá la orden, pero sabe con certeza que un soldado en un específico lugar y tiempo seguirá la instrucción.

El desconocimiento del específico ejecutor podría llevar a negar la existencia de un acto comunicativo entre los involucrados. Un ejemplo indudable de inducción muestra que tal conclusión es errónea: piénsese que A quiere matar a su enemigo F y, por ello, contacta por correo electrónico a un grupo de sicarios. Para proteger el emprendimiento, A desconoce el nombre del específico sicario que cometerá el crimen. En el momento y lugar pactados, F resulta asesinado por uno de esos sicarios. Aunque A no conoce al ejecutor es, sin lugar a dudas, inductor del asesinato de F porque a través de un acto comunicativo —aquí el requerimiento por correo electrónico, en nuestro caso, la entrega de una orden— ha determinado la comisión del hecho antijurídico.³⁰

Resulta fundamental resaltar que la solución de la inducción respeta el principio de responsabilidad: el autor directo domina autónomamente la realización del hecho típico, por lo cual no puede ser utilizado como mera herramienta o instrumento por otro (Zazyk, 2006: 414; Renzikowski, 1997: 89; Rotsch, 2000: 561; Herzberg, 2000: 48; Herzberg, 2009: 576). Esto no significa que la conducta del superior carezca de importancia en la ejecución del hecho delictivo, pues es evidente que posee una función dentro de la organización que le otorga un nivel de control sobre los subordinados; sino simplemente significa que el superior no puede ser autor.

ii) Si bien la discusión interesante radica en si quien emite la orden puede llegar a ser entendido como autor, pues en general no se niega la posibilidad de inducción, existen algunas opiniones minoritarias que rechazan totalmente la calificación del superior como inductor. Tal idea se basa en que un (verdadero) inductor no domina la ejecución del hecho, de manera que la realización típica no puede depender de su voluntad. En ese sentido, como quien imparte la orden sería la figura dominante y principal del acaecimiento del hecho (Roxin, 2003: 54; Ambos, 1998: 233; Roxin, 2009: 566), entonces su comprensión como inductor quedaría excluida: el superior no sería una figura al margen, sino que estaría al centro de la decisión.

Además, se señala que en la mayoría de los casos es el inductor quien tiene que buscar y seleccionar un autor con quien, sin ejercer poder de mando o control, va a

29. En contra, véase Roxin (2000: 55).

30. «Una orden es incluso el ejemplo clásico de determinación al hecho». Traducción del autor. Véase Renzikowski (1997: 90).

desarrollar un contacto intelectual. Ninguna de estas características «básicas» de inducción estaría satisfecha respecto del superior jerárquico (Roxin, 2015: 746; Roxin, 2006: 295).

Sin embargo, los críticos de la solución de la inducción olvidan que el ejecutor siempre mantiene completo dominio sobre la realización del hecho y que, en cualquier momento, puede negarse a cumplirlo. Por supuesto, quien imparte la orden tiene cierto control sobre la organización, pero ello no juega rol alguno en la ejecución directa y específica del hecho. Existe una orden que determina la ejecución del hecho, pero el actor directo domina todavía el «si» y el «cómo» del delito. La mentada fungibilidad de los subordinados dentro del aparato de poder no puede modificar el hecho de que la decisión clave recae necesariamente en el destinatario de la orden.

El principal (pero aparente) problema para la solución de la inducción es que la caracterización de un interviniente como autor tiene un significado socio-comunicacional del que carecería la inducción. Por esta razón, la sanción del autor de escritorio como inductor —negando su autoría— parecería no ser político-criminalmente razonable (Rotsch, 2000: 561), pero tal impresión solo se deja formular «a primera vista». A pesar de los variados argumentos de los partidarios de la autoría por dominio de la organización, no es posible fundamentar dicha figura de una manera coherente de acuerdo a sus mismos postulados y en relación con el resto de la teoría de intervención delictiva. Por supuesto, existen casos en lo que la posición e influencia del inductor resulta completamente decisiva para la comisión del hecho y, por ende, merece una pena enérgica que exprese el disvalor de su conducta. No obstante, precisamente por eso tanto el código penal alemán como el chileno reconocen una equivalencia de penas entre la autoría y la inducción.³¹ La calificación dogmática, empero, permanece firme: quien da la orden es inductor, no autor mediato.

Alternativas de solución minoritarias

Recurrir a una norma especial

Si se aceptan las objeciones al dominio de la organización en atención a la irrelevancia de la seguridad del resultado para fundamentar la autoría, pero se parte de la base de que el núcleo de la teoría está en lo correcto, entonces resultaría necesario defender de *lege ferenda* la creación de una nueva regla de autoría (Eidam, 2015: 172). Ya que la posición del superior jerárquico resultaría ser de tal relevancia para la comisión del hecho, su valoración como inductor no abarcaría adecuadamente el injusto de la conducta. Sin embargo, siendo problemática la clasificación del comportamien-

31. Herzberg explica detalladamente por qué la inducción no implica un debilitamiento del reproche, es decir, no existiría laguna de punibilidad alguna. Véase Herzberg (2000: 48 y ss.).

to del emisor de la orden como autor mediato, sería necesario, para asegurar claridad jurídica, reconocer al dominio de la organización como una nueva forma de autoría independiente de las demás, lo cual permitiría crear una línea demarcatoria fija y evitaría una extensión desmesurada de la figura (Eidam, 2015: 173; Roxin, 2015: 747).

Roxin ha respondido que no es necesaria una regulación especial, pues el dominio de la organización se basa en la comisión del hecho «por medio de otro», norma que ya se encuentra reconocida en el Código Penal Alemán. Por lo tanto, según Roxin, no estaríamos frente a una cuarta forma de autoría, sino simplemente frente a un caso aplicado de autoría mediata (Roxin, 2015: 747).

Ahora bien, es cierto que mediante una regulación legal especial sería posible hacer una excepción al principio de responsabilidad. La pregunta es por qué resultaría necesaria esta regla si esta supuesta autoría seguiría estando basada en la fungibilidad de los ejecutores y, por tanto, la conducta del superior seguiría correspondiendo a la de un inductor. El autor es el ejecutor y, por ende, quien da la orden participa en un hecho ajeno, pero su posición es tan relevante que una pena intensificada resulta justificada. El criterio de la fungibilidad no basta para fundar la autoría, por lo cual una regla especial sería superflua, pues no lograría cambios prácticos ni dogmáticos.

Responsabilidad del superior

En organizaciones estatales el superior posee un estatus jurídico especial. Por ende, está obligado como garante a preocuparse de la juridicidad del comportamiento de los operativos que actúan bajo su competencia. Si llegase a lesionar alguno de sus deberes de prevención, vigilancia y sanción de los delitos de sus subalternos, entonces es responsable penalmente (Jakobs, 2009: 574). Por esta razón, el superior jerárquico no sería autor mediato por dominio de la organización, sino autor directo por lesión de un deber de garante.

La principal objeción contra esta solución es que solo abarca a individuos que tienen una posición jurídicamente reconocida (Roxin, 2015: 746 y ss.), es decir, los superiores de aparatos de poder no estatales no podrían ser hechos responsables de la misma forma. Por esta razón, esta propuesta no es falsa, sino que simplemente apunta a otro problema.

Conclusiones

La teoría de la autoría mediata por dominio de la organización ha conseguido destacar la importancia del comportamiento de las cúpulas dirigentes en crímenes cometidos por sus subordinados, lo cual ha resultado fundamental para examinar e investigar las relaciones de poder entre organizaciones criminales estatales y no estatales. Actualmente la doctrina y jurisprudencia tienen mejores herramientas conceptuales

para un entendimiento más acabado tanto de la estructura como de la variedad y desarrollo a lo largo del tiempo de dichas organizaciones.

No obstante, debe aceptarse que los conceptos jurídicos tienen límites, los cuales apuntan a una mínima coherencia interna con la parte general del derecho penal y, simplemente, no resulta posible afirmar que alguien puede utilizar a otro que actúa en forma completamente responsable, pues ello no solo contradice el principio de responsabilidad, sino el presupuesto implícito de libertad en la imputación jurídico-penal. Por cierto, puede reconocerse la importancia del rol que juega el superior en la determinación del hecho delictivo cometido, pero ello debe ser entendido como inducción, no como autoría.

Así, las variadas objeciones en contra del dominio de la organización se basan en que la figura intenta justificar normativamente la transformación de una forma típica de participación en una forma de autoría. La seguridad del resultado, la fungibilidad de los ejecutores o la potestad de impartir órdenes del superior son elementos que son fáciles de reconocer dentro de un aparato organizado de poder, pero que simplemente no alcanzan a fundamentar la autoría.

Finalmente, no debe olvidarse que la responsabilidad penal individual del superior jerárquico como inductor puede no reflejar a cabalidad el injusto por el delito específico, pero eso se debe a que usualmente los crímenes cometidos en el marco de aparatos de poder exceden los límites de la responsabilidad penal individual y apuntan, más bien, a responsabilidades penales colectivas, de derechos humanos o derechamente políticas. Y de ello, para bien o para mal, no puede hacerse cargo la dogmática.

Referencias

- AMBOS, Kai (1998). «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate». *Goldammer's Archiv für Strafrecht*: 226-245.
- . (2009). «Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009: 552-564. Disponible en <https://bit.ly/2KjnMTM>.
- . (2011). «Zur 'Organisation' bei der Organisationsherrschaft». En *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011* (pp. 837-852). Berlín: de Gruyter.
- BLOY, René (1996). «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung». *Goldammer's Archiv für Strafrecht*: 424-442.
- EIDAM, Lutz (2015). *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HERZBERG, Rolf (2000). «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen». En Knut Amelung (editor), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (pp. 33-53; 57-61). Sinzheim: Pro Universitate.

- . (2009). «Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009: 576-580.
- HÜNERFELD, Peter (1987). «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99 (2): 228-250. DOI: 10.1515/zstw.1987.99.2.228.
- JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnungslehre*. 2.^a ed. Berlín: de Gruyter.
- . (1995). «Mittelbare Täterschaft bei uneingeschränkt verantwortlichem Tatmittler (Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrats der DDR für vorsätzliche Tötungen von Flüchtlingen durch Grenzsoldaten der DDR)». *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: 26-28.
- . (2009). «Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009: 572-575. Disponible en <https://bit.ly/2yDZpyz>.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend, (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5.^a ed. Berlín: Dunckler & Humboldt.
- KINDHÄUSER, Urs (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7.^a ed. Baden-Baden: Nomos.
- KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8.^a ed. München: Vahlen.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2001). «Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen 'nichtrechtsgelöster' Organisationen». En Hans Lütgger, Hermann Blei, Peter Hanau (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972* (pp. 609-624). Berlín: de Gruyter.
- MURMANN, Uwe (1996). «Tatherrschaft durch Weisungsmacht». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*: 269-281.
- OTTO, Harro (2004). *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. 7.^a ed. Berlín: de Gruyter
- RENGIER, Rudolf (2016). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8.^a ed. München: C.H. Beck.
- RENIKOWSKI, Joachim (1997). *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ROTSCH, Thomas (1998a). «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen». *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: 491-496.
- . (1998b). *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Pläyoder für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos.
- . (2000). «Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112 (3): 518-562. DOI: 10.1515/zstw.2000.112.3.518.
- . (2005). «Neues zur Organisationsherrschaft». *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: 13- 19.
- . (2009). «Von Eichmann bis Fujimori- Zur Rezeption der Organisationsherrschaft

- nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009: 549-551. Disponible en <https://bit.ly/2Kg6hDC>.
- ROXIN, Claus (1963). «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*: 193-207.
- . (1995). «Anmerkung zur BGHSt 40, 218». *JuristenZeitung*, 1/1995. 49-52.
- . (2000). «Anmerkungen zur Vortrag von Prof. Dr. Herzberg». En Knut Amelung (editor), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (pp. 55-56). Sinzheim: Pro Universitate.
- . (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck.
- . (2006). «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006: 293-300. Disponible en <https://bit.ly/2Klvobm>.
- . (2009). «Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009: 565-568. Disponible en <https://bit.ly/2Kh9XZ7>.
- . (2015). *Täterschaft und Tatherrschaft*. 9.^a ed. Berlín: de Gruyter.
- ROXIN, Imme (2013). «Täterschaft und Teilnahme in einem Wirtschaftsunternehmen». En Hans Lütgger, Hermann Blei, Peter Hanau (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972* (pp. 451-464). Berlín: de Gruyter.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian (1995). «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis». *Juristische Rundschau*, 5: 177-180.
- . (2009). «Tatbereitschaft und Fungibilität». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009. 569-571. Disponible en <https://bit.ly/2K7ClO7>.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2006). «Die Rechtsfigur des 'Täters hinter dem Täter' und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006: 301-308. Disponible en <https://bit.ly/2K2TCbf>.
- ZACZYK, Rainer (2006). «Die 'Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate' und der BGH». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*: 411- 415.

Reconocimientos

Este artículo se basa en una investigación realizada en el marco del seminario «Preguntas Fundamentales del Derecho Penal», el cual tuvo lugar el semestre de verano 2017 en la Universidad de Bonn, Alemania.

Sobre el autor

ÍTALO REYES ROMERO es abogado de la Universidad de Chile. Actualmente es becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico y estudiante de Posgrado de la Universidad de Bonn en Alemania.

