

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MARZO, 2000

AÑO 12, Nº 17

DOCTRINA EXTRANJERA

Criminología Crítica:
Abolicionismo y Garantismo.

Elena Larrauri

Dominio del hecho por dominio de voluntad
en virtud de aparatos organizados de poder.

Kai Ambos

La Transacción Penal Brasileña
y el Derecho Norteamericano.

José Carlos Barbosa Moreira

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.

Martín Rodríguez Miranda

Jurisprudencia constitucional.

Martín Rodríguez Miranda

Lucila Monge Pizarro

DOCTRINA NACIONAL

Una nueva visión del Recurso
de Casación por el Fondo.

Luis Alonso Salazar Rodríguez

Requisitos de la suspensión del
proceso a prueba ante la infracción juvenil.

Rosaura García Aguilar

Conciliación penal y Código de
la Niñez y la Adolescencia (CNA).

Saúl Araya Matarrita

La prueba en los procesos
penales centroamericanos.

Daniel González Álvarez

Oleo. Jorge Corea



CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

MARZO, 2000

AÑO 12, N° 17

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez, Director
Henry Issa El Khoury Jacob
Francisco Dall'Anese Ruiz
Roberto Madrigal Zamora

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia
Código Postal 4-1003
San José, Costa Rica
Fax (506) 257-5624
Correo Electrónico: dgonzalez@poder-judicial.go.cr



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

<i>Dr. Wolfgang Shöne,</i>	<i>Alemania</i>
<i>Dr. Alessandro Baratta,</i>	<i>Alemania-Italia</i>
<i>Dr. David Baigún,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Raúl Zaffaroni,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Alberto Binder,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Fernando de la Rúa,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Julio B. J. Maier,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Alejandro Colanzi Z.,</i>	<i>Bolivia</i>
<i>Dra. Ada Pellegrini Grinover,</i>	<i>Brasil</i>
<i>Dr. Édgar Saavedra Rojas,</i>	<i>Colombia</i>
<i>Dr. Juan Bustos Ramírez,</i>	<i>Chile</i>
<i>Dr. Jaime Malamud G.,</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre,</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio González Cuéllar,</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Vicente Gimeno Sendra,</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio Beristain Ipiña,</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Juan Luis Gómez Colomer,</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Giovanni Conso,</i>	<i>Italia</i>
<i>Dra. Rosa del Olmo,</i>	<i>Venezuela</i>

JUNTA DIRECTIVA

<i>Presidenta:</i>	<i>Cecilia Sánchez Romero</i>
<i>Vicepresidente:</i>	<i>Roberto Madrigal Zamora</i>
<i>Secretario:</i>	<i>Roy Murillo Rodríguez</i>
<i>Tesorero:</i>	<i>Rafael Sanabria Rojas</i>
<i>Fiscal:</i>	<i>Douglas Durán Chavarría</i>
<i>Vocal:</i>	<i>Carolina Leitón Rodríguez</i>

*Impreso en GIOVACOLOR. Diseño Gráfico: Luis Gdo. Romero Araya. Corrección: Adrián Alfaro Obando.
Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González con óleos de Jorge Corea.*

*El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor
y no necesariamente reflejan la opinión del Director, del Consejo Editorial o la Asociación.*

DOMINIO DEL HECHO POR DOMINIO DE VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*

Kai Ambos**

En el año 1963, *Roxin*¹ presentó en la revista *Goldammer's Archiv* su doctrina del «dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. En la actualidad —más de treinta años después—, esta doctrina, si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia (I.), aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse satisfactorio. La doctrina científica ha realizado una intensa actividad de nuevos elementos terminológicos, sometiendo el modelo de *Roxin* a una crítica que en parte se halla plenamente justificada. Sin embargo, no se han presentado en este contexto propuestas de solución convincentes (II.). Sólo a través de la necesaria concreción de la misma noción de dominio en virtud de organización, es como se puede alcanzar su limitación material a dos grupos de casos, siendo entonces también prescindible el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico (III.).

I. La jurisprudencia reciente

Como es sabido, en la actualidad la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable— tiene dominio del hecho cuando «aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena

procesos reglados». ² De acuerdo con esta posición, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: «si en tal caso el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencia de su propio actuar», será autor mediato. ³ Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás —de acuerdo con una resolución reciente— ⁴ sea un sujeto con facultades de decisión política; también el comandante de un regimiento de tropas de fronteras puede convertirse mediante una orden de disparar (realizada mediante actos concluyentes) a un subordinado en autor mediato del homicidio cometido por éste.

Sigue sin estar claro si con ello la jurisprudencia abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría (objetiva) del *dominio del hecho*. En contra de ello parece abogar el hecho de que —como ya sucedía antes— siga tomando como punto de referencia la «voluntad de tener dominio del hecho» realizando tan sólo —al igual que en los casos normales de autoría mediata— correcciones objetivas mediante los criterios de la teoría del dominio del hecho. ⁵ Por otra parte, sin embargo, cabría

* Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Este artículo fue originalmente publicado en *Goldammer's Archiv* (GA) 4/1998.

** Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. BR.), encargado de las secciones Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica. Asistente científico (prof. Asistente) de la Universidad de Freiburg.

1 GA 1963, p. 193 (pp. 200 y ss.); *Täterschaft und Taherrschaft*, 6ª edición, 1994, pp. 242-252.

2 BGH *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218); así también BGH *Strafverteidiger* (Stv) 1995, p. 70 (71) y LG *Berlin*, sentencia de 10.9.1996, autos nº (536) 2 Js 15/92 KS (2/95) ("generales"), pp. 111 y ss.

3 BGH NJW 1994, p. 2703 (2706).

4 BGH NJW 1996, p. 2042 (2043).

5 En sentido similar Schulz, *Juristische Schulung* (JuS) 1997, p. 109 (111); cfr. de modo general sobre la llamada teoría subjetiva, partiendo de una consideración del tipo objetivo, por ejemplo, Kühl, *Strafrecht AT*, 1994 d 20 n. m. 30 y ss.

calificar con *Roxin*⁶ este mantenimiento de la “voluntad de tener dominio del hecho” como “irrelevante” y “superfluo”, si se tiene en cuenta que se hace uso constante de los criterios de la teoría del dominio del hecho, especialmente en el caso del rechazo de la coautoría por falta del reparto funcional de tareas (v. sobre esto más adelante). Desde este punto de vista, cabría considerar entonces la resolución BGHSt 40, p. 218, como resolución en la que “se impone definitivamente la teoría del dominio del hecho”. En todo caso, lo que es seguro es que el BGH no apoya de modo general la autoría mediata en el interés en el hecho del hombre de atrás, de modo que no retorna a la teoría subjetiva extrema (Staschynskij, caso de la bañera;⁷ teoría que en todo caso ya no sería defendible, teniendo en cuenta el tenor literal del § 25* I, primera alternativa StGB “por sí”).⁸

II. Posiciones defendidas en la doctrina

1. La teoría del dominio del hecho y del dominio en virtud de organización del Roxin como punto de partida dogmático

Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional),⁹ pudiendo darse el dominio por voluntad —que es el que adquiere relevancia en este contexto— en

tres modalidades: “Se puede *coaccionar* a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego*; o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*”.¹⁰ De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción,¹¹ por error¹² o “en virtud de aparatos organizados de poder”.¹³ Esta última modalidad del dominio por voluntad, que *Roxin* también denomina *dominio por organización*,¹⁴ consiste en su opinión en “el modo de funcionamiento específico del aparato... que está a disposición del hombre de atrás”. De acuerdo con este punto de vista, ese aparato funciona “sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente ‘automático’”.¹⁵ Partiendo del hecho de que los ejecutores son intercambiables (*fungibilidad*), no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo.¹⁶ Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder”,¹⁷ de modo que la figura central en el suceso —a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho— es el hombre de atrás en virtud de su “medida

6 *Roxin*, (*Juristenzeitung* (JZ) 1995, p. 49 (50 y s.). Se suma *Murmann*, GA 1996, p. 269, (271). Cfr. también ya *Herzberg*, *Jura* 1990, p. 16 (20 y s.) respecto de BGHSt 35, p. 347 (“rey de los gatos”).

7 Cfr. *Kühl*, AT (supra n. 5), § 20 n. m. 22 y s.

* El § 25 StGB dispone: “Autoría. (1) Será penado como autor quien cometa el hecho punible por sí o por medio de otro. (2) Si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será penado como autor (coautores)”.

8 En este mismo sentido *Roxin*, *Juristenzeitung* (JZ) 1995, p. 49 (50).

9 Cfr. *Roxin*, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 127 y ss., 142 y ss., 275 y ss. Tan sólo el dominio de hecho funcional se adscribe de modo unívoco a una forma de autoría (a la coautoría; *ibidem*, pp. 275 y ss.).

10 *Ibidem*, p. 245 (sin cursiva en el original).

11 *Ibidem*, p. 142 y ss.

12 *Ibidem*, p. 170 y ss.

13 *Ibidem*, p. 242 y ss., 653 y s. Cfr. también *Roxin*, GA 1963, p. 193 (200 y ss.); *idem*, *Lage-Festschrift* (FS) 1976, p. 173 (192 y s.); 14 *ibidem*, p. 242 y ss., 653 y s. Cfr. también *Roxin*, GA 1963, p. 193 (200 y ss.); *idem*, *Lage-Festschrift* (FS) 1976, p. 173 (192 y s.); LK-*Roxin*, 11° ed., 8° entrega, 1993, § 25 n.m. 128 y ss.; *idem*, J Z 1995, p. 49; *idem*, JZ 1995, p. 49.

14 Cfr., por ejemplo, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 246, 249.

15 *Ibidem*, p. 245.

16 Así ya *Jäger*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (MschrKrim) 1963, p. 73 (78 y s.).

17 *Roxin*, *Täterschaft* (supra N° 1), p. 245.

de dominio de organización".¹⁸ Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que "pueda dirigir la parte de la organización que se encuentre a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros".¹⁹ De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato de organización de tal modo que "pueda dar órdenes a personas subordinadas a él" y haga uso de esa facultad "para la realización de acciones punibles".²⁰

2. Posiciones que coinciden en los resultados alcanzados

Dentro del grupo de aquellos autores que afirman en última instancia la concurrencia de autoría mediata, cabe advertir al menos tres puntos de partida diferentes:

a) *Dominio por organización en virtud de fungibilidad (opinión dominante)*

La opinión dominante,²¹ siguiendo a *Roxin*, asume el criterio del dominio por organización, siendo pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación propia.²²

*Herzberg*²³ coincide de modo pleno con el criterio de fungibilidad de *Roxin* al partir de que —configurando una excepción al principio de responsabilidad por él reconocido— la libertad de decisión de quienes reciben la orden (ejecutores) no afecta al dominio del hecho de los hombres de atrás. Pues en su opinión, en este contexto el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, el "aparato", que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.

*Bloy*²⁴ asume que se trata de un supuesto de imputación por "injusto de organización", y tan sólo en el caso del clásico injusto individual está dispuesto a reconocer una limitación de la autoría mediata a través del principio de responsabilidad. Resulta convincente el punto de vista por él introducido según el cual por regla general una conducta coordinada en sentido *vertical* suele dar lugar a autoría mediata, mientras que la coautoría tiene como presupuesto una conducta coordinada en el plano *horizontal*.²⁵

También *Schmidhäuser*²⁶ acepta en la actualidad el criterio de la fungibilidad, pero afirma la concurrencia de autoría mediata también en aquellos casos en los que la

18 Ibidem, p. 247.

19 Ibidem, p. 248.

20 Ibidem.

21 Cfr. S/S-Cramer, 25° ed., 1997, § 25 n.m. 25; 23 Cfr. S/S-Cramer, 25° ed., 1997, § 25 n.m. 25; Lackner, StGB, 22° ed., 1997, § 25 n.m. 2; Tröndle, rath/Gössel, AT/2, 7° ed., 1989, § 48 n.m. 88 (con una posición crítica respecto de la contradicción con el principio de responsabilidad); Eser, Strafrecht II, 3° ed., 1980, p. 157; Kühl, AT (supra n. 5), § 20 n.m. 73; Stratenwerth, AT, 3° ed., 1981, n.m. 790 y s.; idem, Schweizer Strafrecht, 2° ed., 1996, § 13 n.m. 34; Wessels, Strafrecht AT, 27° ed., 1997, n.m. 541; Lampe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW) 106 (1994), p. 683 (743); Jung, JuS 1995, p. 173 (174). Tröndle, rath/Gössel, AT/2, 7° ed., 1989, § 48 n.m. 88 (con una posición crítica respecto de la contradicción con el principio de responsabilidad); Eser, Strafrecht II, 3° ed., 1980, p. 157; Kühl, AT (supra n. 5), § 20 n.m. 73; Stratenwerth, AT, 3° ed., 1981, n.m. 790 y s.; idem, Schweizer Strafrecht, 2° ed., 1996, § 13 n.m. 34; Wessels, Strafrecht AT, 27° ed., 1997, n.m. 541; Lampe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften (ZStW) 106 (1994), p. 683 (743); Jung, JuS 1995, p. 173 (174).

22 Cfr., además del texto que sigue, la muy instructiva exposición de Gropp, JuS 1996, p. 13 (15 y ss.), quien, a pesar de expresar ciertas dudas, acaba siguiendo a *Roxin* en lo que se refiere a los resultados alcanzados.

23 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, pp. 42 y s.; idem, Jura 1990, p. 16 (23 y s.).

24 Bloy, GA 1996, p.424 (437 y ss.).

25 Respecto de la estructura de mando vertical en la antigua República Democrática Alemana (RDA) —aunque en relación con la fundamentación de la inducción— Lüderssen, Der Staat geth unter – das Unrecht bleibt?, Frankfurt am Main, 1992, pp. 88 y s.

26 Schmidhäuser, Strafrecht AT (Studienbuch), 2° ed., 1984, 10/95; respecto de su opinión anterior, cfr. idem, Lehrbuch Strafrecht AT, 2° ed., 1975, 14/49.

víctima es puesta a merced de una muchedumbre dispuesta a llevar a cabo el hecho.

b) Otras fundamentaciones del dominio por organización (Bottke, Schild)

Si bien *Bottke*²⁷ hace uso del concepto de *dominio de configuración desde una posición (relevantemente) superior* (en lugar de dominio por voluntad), en última instancia también toma como punto de referencia el dominio por organización, al afirmar la concurrencia de autoría mediata en quien “ocupando dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, da (traslada) instrucciones a otro que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, pudiendo contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida”.²⁸

También *Schild*²⁹ reconoce la construcción del dominio por organización, pero la reconduce —al igual que en el caso del dominio por coacción y por error— no al dominio por voluntad, sino exclusivamente al *dominio de la acción* del hombre de atrás. En cuanto al resultado alcanzado, este autor, sin embargo, se muestra partidario —en contra de la autoría mediata como categoría autónoma— de afirmar la concurrencia de una mera autoría individual.

En todos los casos de la autoría mediata defendida por *Roxin* en cuanto dominio por voluntad (es decir, en virtud de coacción, de error o de aparatos organizados de poder),³⁰ de acuerdo con el punto de vista de este autor, el hombre de atrás no comete el hecho tan sólo “por medio” de otro

(como lo prevé el § 25 I, segunda alternativa), “sino quien comete de este modo el hecho por medio de otro *crea él mismo la acción típica* (precisamente, a través de un instrumento, y, por lo tanto, no por medio de ‘otro’);”³¹ en este sentido, habrían de tomarse como punto de referencia las conductas típicas de la Parte Especial, incluyendo el dolo.³² De este modo, *Schild* proclama que la distinción entre autoría directa y mediata en el sentido del § 25 I —distinción que en su opinión se basa en “un concepto de acción prenormativo, que toma como referencia los fenómenos externos (inmediatos) en sí mismos...”³³ es superflua de modo general.

c) Equivalentes del dominio de organización (Schroeder, Murmann)

*Schroeder*³⁴ erige en criterio la *decisión incondicional de cometer el hecho* en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una “construcción *ad hoc*” cuyo elemento central (es decir, el criterio de la fungibilidad) no puede configurar el fundamento material del dominio del hecho. Pues, en su opinión, por un lado, este criterio no tiene en cuenta la especialización funcional de los ejecutores producida por el lento proceso de integración en tales organizaciones, y, por otro lado, aún el hecho de que los ejecutores no fueran intercambiables no cambiaría en nada la responsabilidad jurídico-penal de los hombres de atrás. Según este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material está en que en todo momento existan “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”. Por lo demás, *Schroeder* se remite a *Korn*,³⁵ quien considera que el criterio de la fungibilidad es “superficial” y por ello recurre a otros distintos, como que no existan disposiciones jurídicas contrarias al hecho que impidan su ejecución (disposiciones que, en su opinión,

27 Bottke, *Täterchaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterchaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg, 1992, pp. 60 y ss., 71 y ss. Cfr. la valoración crítica de Lesch, GA 1994, p. 112 (123 y s.).

28 Bottke, (supra n. 27), pp. 71 y s.

29 Schild, *Täterchaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 10, 16, 19, 24 y ss. V. la valoración crítica de Bloy, GA 1996, p. 239.

30 Cfr. supra texto correspondiente a las notas 10 y ss.

31 Schild (supra n. 29), p. 24.

32 En contra, Bloy, GA 1996, p. 239 (241).

33 Schild (supra n. 29), p. 24.

34 Schroeder, *Der Täter*, 1965, pp. 143 y ss. (152, 158, 167 y s.); idem, *Juristische Rundschau (JR)* 1995, p. 177 (178).

35 Korn, *NJW* 1965, p. 177 (178).

no existían en el sistema nazi), la educación para cumplir sin objeción alguna las órdenes recibidas, así como la relación de superioridad y subordinación en un orden jerárquico con amplia división de competencias.

En conjunto, la exposición de *Schroeder* no puede resultar convincente.³⁶ Antes que nada, hay que destacar que *Korn* no constituye una referencia fiable en contra de *Roxin*, porque no sólo —a pesar de la crítica antes mencionada— invoca constantemente los argumentos de éste como base de su propio desarrollo,³⁷ sino que, además, llega al mismo resultado material que él, al considerar al individuo como “instrumento” “cuando ejerza su actividad en un aparato organizado de poder de tal modo... que actúa sin voluntad de dominar el hecho”.³⁸ Por otra parte, la tesis de *Schroeder* de la disposición “incondicionada” a llevar a cabo el hecho por parte del ejecutor recuerda mucho la delimitación propuesta ya entonces por *Roxin*³⁹ entre autoría (mediata) y participación en el ámbito de los aparatos organizados de poder: quien es requerido (el inducido o ejecutor) no posee la voluntad responsable, “que en otros casos se ubica como muro insuperable entre el hombre de atrás y el hecho y coloca a quien formula el requerimiento en el ámbito marginal de la participación...”, sino que, por el contrario, es dominado por el hombre de atrás (“los iniciadores del delito”) de tal modo que la voluntad de estos últimos se superpone o desplaza a la del ejecutor, siendo aquélla, en todo caso, la voluntad que domina en realidad el suceso. Materialmente⁴⁰ ha de darse la razón a *Roxin*⁴¹ al rechazar el criterio de *Schroeder* de la “disposición incondicional” haciendo referencia al § 30 II StGB*, ya que de acuerdo

con este precepto, el “caso clásico de una disposición (condicionada o incondicional) a realizar el hecho” (la aceptación de un ofrecimiento) precisamente no es autoría mediata, sino inducción (consumada o en grado de tentativa). Finalmente —sigue argumentando *Roxin*—, el criterio de la disposición incondicional es superfluo, ya que lo “específico del dominio de organización está precisamente en que el funcionamiento, y con ello también la realización del tipo” están asegurados con independencia de esa disposición. Esto resulta convincente, además, porque en la realidad jurídica —prescindiendo de los escasos casos de *omnimodo facturus*— no concurren frecuentemente ejecutores “incondicionalmente dispuestos”, de modo que con ese criterio difícilmente podría fundamentarse una autoría mediata del hombre de atrás. Finalmente, *Schroeder* no parece decidirse a tomar posición de modo definitivo, al considerar que “con frecuencia en la intervención en una organización habrá coautoría”,⁴² abandonando de este modo la base de discusión común originaria (es decir, cómo puede fundamentarse la *autoría mediata* del modo más convincente).

*Murmann*⁴³ defiende un *dominio del hecho por poder de instrucción*. En su opinión, la noción de dominio de organización parte de un mero dominio instrumental del suceso exterior, dejando de lado así que también un —hipotético— funcionamiento perfecto de la organización no puede prescindir de la libertad del ejecutor. Desde este punto de vista, es “una imagen distorsionada la de calificar a seres humanos que están imbricados en estructuras de organización como parte de una máquina”, pues en virtud de la cualidad de seres humanos de los intervinientes, “la

36 Adopta también una posición crítica Bloy, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 362 y ss.

37 Cfr., especialmente, Korn, NJW 1965, p. 1206, n. 5 y 17 y ss., remitiéndose a Roxin, GA 1963, p. 193 (199 y ss.). Por lo demás, el criterio de la ausencia de un ordenamiento jurídico que se oponga es debido también a Roxin, *Täterschaft* (supra n. 1), pp. 249 y ss.

38 NJW 1965, p. 1209 (sin cursiva en el original). Sin embargo, para Korn el instrumento tan sólo es cómplice.

39 GA 1963, p. 193 (201).

40 Puede plantearse la duda acerca de si realmente se discute el fondo de la cuestión al plantear *Schroeder* la pregunta de “cuáles son los argumentos que en última instancia se han impuesto” (JR 1995, p. 177).

41 Roxin, JZ 1995, p. 49 (51), con ulteriores referencias. En el mismo sentido, Heine, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (ed.), *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, p. 51 (66 en n. 61).

* El § 30 StGB dispone: “Tentativa de participación. (1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito grave o a inducirlo, será penado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa del delito grave. Sin embargo, la pena habrá de atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1°. Se aplicará análogamente el § 23, párrafo 3°. (2) Del mismo modo será penado quien declare estar dispuesto a cometer un delito grave o inducirlo, quien acepte el ofrecimiento de otro de cometer un delito grave o inducirlo o quien convenga con otro cometer un delito grave o inducirlo.”

42 *Schroeder, Täter* (supra n. 34), p. 169.

43 *Murmann, GA* 1996, p. 269 (273 y ss.).

incerteza que deriva de la libertad... se plantea siempre de nuevo en los mismos términos". Y si, además, desde el punto de vista normativo (desde la perspectiva del ordenamiento jurídico) ha de esperarse la realización de una conducta ajustada a Derecho, no está claro cómo "un comportamiento contrario a la expectativa, antijurídico, puede dar lugar a la imputación a título de autor".⁴⁴ Desde el punto de vista empírico, para *Murmann* también pone en duda la fungibilidad de los ejecutores inmediatos el hecho de que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que no cabría hablar de ningún modo de "un número prácticamente ilimitado de personas dispuestas a llevar a cabo el hecho".⁴⁵ Por estas razones, en su opinión ha de tomarse como punto de referencia la "relación mutua de reconocimiento" entre autor (Estado) y víctima (ciudadanos). En la relación entre Estado y ciudadanos, la víctima no es lesionada por el ejecutor inmediato, sino también por un ejercicio antijurídico del poder por parte del Estado. El ejecutor inmediato transmite y concreta la *instrucción* lesiva y antijurídica del Estado para la comisión del hecho. De este modo, el Estado estaría interviniendo de manera directa en la esfera de libertad del ciudadano, y ello "aun en los casos en los que precisa para la realización de la orden de una persona ejecutora".⁴⁶ Desde esta perspectiva, se llega a la conclusión de que ha de partirse de un dominio del hecho normativo y personal, mediante el cual el hombre de atrás (Estado) domina el suceso por medio de un ejecutor que actúa en libertad (por ejemplo, centinela de frontera) cuando en su relación con la víctima (refugiado) concurren deberes especiales, "de modo que ya la instrucción al ejecutor constituye una modificación de la relación con la víctima hacia lo injusto".⁴⁷

Ha de darse la razón a *Murmann* cuando advierte que no se puede partir de modo prácticamente automático de la falta de libertad del ejecutor con la mera afirmación del dominio por organización. No sólo el dominio de organización como tal, sino también el dominio del hecho

por parte del hombre de atrás, que lo anterior implica (y la falta de libertad del ejecutor), han de probarse en el caso concreto. Ha de oponérsele, sin embargo, que tampoco la construcción de una relación de instrucción entre autor mediato, ejecutor y víctima está en condiciones de resolver el problema de la libertad del ejecutor. Pues tampoco la instrucción estatal priva al ejecutor de modo automático de la libertad de acción. Teniendo en cuenta lo anterior, el modelo de *Murmann* parece innecesariamente complicado y abstracto. En última instancia, no queda claro cómo el Estado en cuanto hombre de atrás puede siquiera dominar al ejecutor sin un aparato organizado de poder.

Últimamente *Schulz*⁴⁸ ha propuesto rechazar el dominio de organización por ser demasiado amplio, sustituyéndolo por el *dominio por coacción* ya conocido en la teoría del dominio del hecho. Esta posición, sin embargo, no sólo no aporta mejoras materiales —pues, precisamente, es necesario concretar en mayor medida la figura del dominio de organización—, sino que, además, genera confusión, ya que el concepto del dominio por coacción ya está "cubierto" por otros grupos de casos en los que suele faltar la especialidad de una organización jerárquica.⁴⁹ Por otra parte, *Schulz* es incoherente al rechazar la aplicación del § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) en el caso de los soldados que hicieron disparos en el muro de la RDA, si al mismo tiempo constata una "situación de presión psíquica en el ejecutor" desde la perspectiva del hombre de atrás.

También ha de rechazarse el criterio de *Stein*,⁵⁰ quien afirma que tratándose de ejecutores "no libres" han de entrar en juego ya las reglas del dominio por coacción y por error, siendo, por tanto, innecesario el dominio por organización. Pues la "falta de libertad" del ejecutor puede consistir precisamente en que *desde la perspectiva del hombre de atrás* es dominado con base en la estructura del aparato organizado de poder en cuestión, siendo por ello *jurídicamente* (desde el punto de vista normativo) "no libre".

44 *Ibidem*, p. 274.

45 *Ibidem*, p. 273.

46 *Ibidem*, p. 278.

47 *Ibidem*, p. 281.

48 *Schulz*, *JuS* 1997, p. 109 (112 y s.).

49 *Cfr.* Roxin, *Täterschaft* (*supra* n. 1), pp. 142 y ss.

50 *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 203.

3. Puntos de vista discrepantes

Los representantes de un principio de responsabilidad sin restricciones defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro.⁵¹

Sin embargo, no sólo el principio de responsabilidad como tal es objeto de discusión,⁵² sino que también dentro del campo de sus defensores algunos de ellos están dispuestos a reconocer el dominio de organización como una excepción lícita al principio de responsabilidad.⁵³

a) Coautoría (Jakobs)

Especialmente Jakobs⁵⁴ se ha manifestado en contra del dominio por organización, prefiriendo en general la coautoría a la autoría mediata en este contexto.⁵⁵ En su opinión, en contra de una supuesta fungibilidad hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, una característica que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación. Desde este punto de vista, está dentro de la lógica de las estructuras de organización constatadas por la jurisprudencia que éstas no sólo permitan el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores. Finalmente, lo que sucede es que no existe —como afirma Roxin— un «dominio superior de cualidad propia», sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son *jurídicamente* de igual rango; por lo demás, el ejecutor

jurídicamente no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable «lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático».⁵⁶ Para Jakobs, el carácter común de la decisión de realizar el hecho —que es necesario para una coautoría— queda configurado por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos con las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con la instrucción de la dirección. Para ello no sería decisivo que los intervinientes se conozcan entre ellos. Por otra parte, tampoco sería necesaria una intervención en el estadio de ejecución. En los casos de los soldados que dispararon en la frontera de la antigua RDA, las instrucciones de los hombres de atrás habrían creado la posibilidad de los homicidios, teniendo por ello el mismo peso social que los hechos directos ejecutados en «régimen de reparto de tareas».⁵⁷

Otto⁵⁸ indica que el ejecutor directo está determinado de modo esencial por la conciencia de que no será hecho responsable de sus hechos. Esta circunstancia, sin embargo, no fundamenta aún un dominio del hecho del «planificador» sobre su persona. Por el contrario, con su conducta el ejecutor asume como propio el plan delictivo por actos concluyentes; por ello, habría que afirmar que concurre coautoría.

b) Inducción por el hombre de atrás

La inducción tiene como presupuesto que el autor directo y el hecho sean susceptibles de ser determinados⁵⁹

51 Cfr. Jakobs, *Strafrecht AR (Studiensausgabe)*, 2ª ed., 1993, 21/103; idem.

52 Cfr. —respecto de la sentencia en el caso del “rey de los gatos” (BGHSt 35, p. 347)— Herzberg, *Jura* 1990, p. 16 (22 y ss.), tomando como punto de referencia el “principio del instrumento” y la “quiebra de la responsabilidad”; también Küper, *JZ* 989, p. 935 (936 y s., 940 y ss.).

53 Cfr., por ejemplo, Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75; también Stratenwerth y Wessels (supra n. 21), y Herzberg (supra n. 23). Respecto de las discrepancias existentes en otros grupos de casos, v. Bloy, *Beteiligungsform* (supra n. 36), pp. 347 y ss.

54 Jakobs, AT (supra n. 51), 21/103, en n. 190; idem NSTZ 1995, p. 26 826 Y S.

55 En favor de la coautoría también Jescheck/Weigend, AT (supra N° 51), p. 670; SK-SAMSON, 1993, 25 n.m. 36.

56 Jakobs, NSTZ 1995, p. 26 (27); en contra GROPP, *JuS* 1996, p. 13 (17) para quien nadie puede estar en una posición mayor de inferioridad jurídica que quien recibe órdenes.

57 Jakobs fundamenta la autoría —en vez de participación— en el caso del Consejo Nacional de Defensa de la RDA con base en que los hombres de atrás, en cuanto miembros de un órgano constitucional (art. 73 de la Constitución de la RDA), ocupaban una posición de deber especial, tratándose, por tanto, de delitos de deber (cfr. Jakobs NSTZ 1995, p. 26 (26 y s.); idem, AT (supra n. 51), 21/115 y ss.). En sentido similar Murmann, GA 1996, p. 269 (278), al tomar como punto de referencia el deber del Estado de ejercer el poder estatal de modo ajustado a Derecho.

58 Otto, *Grundkurs* (supra n. 51), 21 n.m. 92.

59 Cfr. de modo general Kühl, AT (supra n. 5), 20 n.m. 188 y ss.

desde la perspectiva del inductor.⁶⁰ Aunque se considere que estos presupuestos pueden ser cumplidos en el caso de los supuestos de disparos en la frontera de la RDA —el círculo de soldados de fronteras como autores susceptibles de ser determinados y los disparos mortales como hechos determinados—, una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no sólo aprehende de modo más adecuado el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás,⁶¹ sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación. En este sentido, Schroeder⁶² ha indicado con razón que en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la «ausencia de cualquier fuerza que se oponga». Partiendo de lo anterior, el soldado que hizo disparos en el muro corresponde con el autor ya decidido a realizar el hecho, cuya «disposición incondicional»⁶³ el hombre de atrás tan sólo ha de aprovechar para la ejecución del hecho. El instigador domina al instigado, y este *dominio* del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata en lugar de la inducción.

c) *Bockelmann/Volk*⁶⁴ afirman que concurre autoría accesoria, argumentando que la coautoría queda excluida a falta de una común decisión de realizar el hecho, y que la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables. Frente a esto Roxin ha aducido con razón que la imbricación de las distintas acciones dentro del aparato organizado de

*poder excluye el fluir paralelo y sin vínculos de varias series causales que caracterizan a la autoría accesoria.*⁶⁵

4. Valoración global

La figura del *dominio por organización* es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata. Los demás intentos de fundamentación, la afirmación de coautoría o incluso de inducción no pueden resultar convincentes.

En contra de la coautoría —que sería la alternativa más convincente— es de decisiva relevancia la consideración de que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas.⁶⁶ Los casos de los disparos en la frontera de la RDA demuestran que la ejecución del hecho era dejada por regla general a cargo de los soldados de fronteras, esto es, que no concurría un reparto funcional de tareas en el sentido de la coautoría. Igualmente, suele faltar una decisión común de realizar el hecho entre el hombre de atrás y el ejecutor del hecho. Por demás, la coautoría precisamente no refleja de modo adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad estatal organizada.⁶⁷

La *inducción* ha de rechazarse sobre todo porque deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En la realidad de la RDA de ningún modo puede considerarse que los soldados de fronteras siempre —en el sentido de un *omnimodo facturus*— estaban decididos de modo incondicional a la comisión del hecho.⁶⁸ Por el contrario, muchos soldados de reemplazo intentaron «escaparse»

60 Cfr. Gropp, *JuS* 1996, p. 13 (17); v. respecto de la inducción como forma de participación subsidiaria en estos casos Jakobs, *AT* (supra N° 51), 21/103.

61 En este sentido —formulado de modo positivo— el argumento jurídico-político de Roxin (*JZ* 1995, p. 49) en favor de la autoría mediata.

62 Schroeder, *Täter* (supra n. 34), pp. 143 y ss., 150, 196, 222; idem, *JR* 1995, p. 177 (178).

63 *BGH NJW* 1994, p. 2703 (2706).

64 Bockelmann/Volk, *Strafrecht AT*, 4ª ed., 1987, p. 182.

65 Roxin, *Täterschaft* (supra N° 1), p. 654.

66 De modo convincente, Roxin, *ibidem*; idem, *Lange-FS*, 1976, p. 193; idem, *JZ* 1995, p. 49 (50).

67 Cfr. en este sentido la convincente distinción entre coautoría horizontal y autoría mediata vertical realizada por Bloy (supra N° 24).

68 Así, sin embargo, el *LG* Berlín, *Neue Justiz (NJ)* 1994, p. 588, en el caso de un soldado de reemplazo que fue destinado a la frontera como conductor (!!).

de los servicios de centinela, o prestaban el servicio con la esperanza de que no se produjera ningún suceso en la frontera. En todo caso, para quienes emitían las órdenes eran ruedas intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva.

El principal argumento que se opone a la afirmación de la *autoría mediata*, la aparente contradicción del *dominio* sobre un ejecutor que actúa de *modo responsable*, queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre injusto individual e injusto colectivo, es decir, aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad⁶⁹)⁷⁰. Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autoresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho Penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad.⁷¹ La circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos «normales» de autoría mediata— no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como «autor de escritorio», emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual*.⁷² Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina sólo en aquel punto en el que «faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización».⁷³

Puesto que sólo la teoría del dominio por organización —a pesar de la necesidad de someterla a una ulterior concreción (sobre esto, v. *infra* III.)— aprehende el específico injusto de organización de modo adecuado y satisfactorio, resulta preferible frente a los equivalentes antes mencionados. Al no aportar éstos un beneficio real en determinación, corresponde aún en la actualidad a *Roxin* el mérito de haber desarrollado la única propuesta de solución viable. Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción como punto de partida. La cuestión directriz en este contexto es cuál ha de ser la *estructura y las características de organización* de los colectivos de injusto para poder fundamentar un dominio por organización de los hombres de atrás.

III. Sobre la concreción del dominio por organización

1. Grupos de casos

Roxin se anticipa a la objeción de la «falta de determinación»⁷⁴ del dominio de organización al constatar que «no cabe formular... un concepto de autor de límites concisos del que se pudiera deducir la solución de estos casos (casi) de modo lógico-deductivo», sino que, por el contrario, han de destilarse del supuesto de hecho concreto las «formas estructurales del dominio».⁷⁵ Con ello, el dominio por organización se convierte en un concepto «abierto» y la indeterminación en sistema. Sin embargo, entre el «anquilosamiento dogmático»⁷⁶ y una falta de determinación absoluta existe un camino intermedio consistente en diferenciar distintos grupos de dominio por organización. Haciendo una primera distinción aproximativa, por un lado se trata de delitos cometidos por un aparato de poder de organización *estatal* y, por otro, de organización *no estatal*.

69 Respecto del entendimiento aquí defendido de este concepto desarrollado por Jäger, v. Ambos, *Kristische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 1996, p. 355 (362 y s.).

70 Cfr. el ulterior desarrollo en este punto de Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 683 (687 y ss.).

71 V. sobre esto ya Jäper, en: Hankel/Stuby (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, p. 325 (329 y s.).

72 Acertadamente Bloy, *GA* 1996, p. 424 (441).

73 *Ibidem*.

74 Schroeder, *Täter* (*supra* N° 34), p. 168; v. también *idem* *JR* 1995, p. 177 (178).

75 Roxin, *Täterschaft* (*supra* N° 1), p. 251.

76 Cfr. Roxin, *GA* 1963, p. 193 (207), haciendo referencia a que sólo un sistema abierto puede evitar el «anquilosamiento dogmático» (y por tanto un déficit en la capacidad de solución de problemas).

a) *Delitos de un aparato de poder de organización estatal*

El prototipo de este grupo de casos es el Estado totalitario como contraconcepto frente al Estado liberal. Ciertamente, el totalitarismo de un Estado, es decir, el grado de control y dominio de los ciudadanos, puede variar y nunca será verdaderamente «total». También se discute si es que los ejemplos históricos que se suelen mencionar siempre (es decir, el sistema nazi y otros sistemas fascistas, así como las dictaduras del socialismo real de corte estalinista) pueden ser conjuntados bajo el rótulo del totalismo como concepto unitario. Todo ello, sin embargo, puede quedar fuera de consideración en el presente contexto,⁷⁷ ya que tan sólo son de interés los elementos estructurales comunes de estos aparatos de poder. Para poder elaborar dichos elementos, se ofrece, por un lado, un análisis teórico-sociológico, y, por otro, el análisis de sentencias penales en este ámbito. Aquí se emprende el camino enunciado en segundo lugar, ya que sólo el tratamiento del pasado por medio de la justicia penal tiene como presupuesto —a parte de una comprobación exhaustiva de los hechos— la *valoración jurídica de las relaciones de participación*.

Mientras que la jurisprudencia alemana⁷⁸ tan sólo con su lenta aproximación a la teoría del dominio del hecho hubo de reconocer una autoría mediata basada en dominio de organización por parte de órganos de dirección políticos o administrativos,⁷⁹ la figura adquirió relevancia con anterioridad en el extranjero. En las sentencias pronunciadas en el caso *Eichmann*⁸⁰ —ya recogidas por Roxin y otros—⁸¹ se constató que la *teoría tradicional de la*

participación (en especial, inducción y complicidad) no podía aprehender *de modo adecuado* los delitos juzgados. La solución del Tribunal de Distrito consistió, en lugar de ello, en hacer aumentar la responsabilidad jurídico-penal individual —prácticamente, invirtiendo la teoría habitual de la participación— en la medida en que la distancia hacia el hecho fuera mayor, de modo que se arribaba a la conclusión de que el hombre de atrás que dirigía el suceso poseía una mayor responsabilidad que el autor directo:

“Los delitos juzgados son delitos masivos..., de modo que la cercanía o el alejamiento respecto del hombre que mató de hecho a la víctima no puede tener ninguna influencia en el alcance de la responsabilidad. Por el contrario, la medida de la responsabilidad se ve incrementada... en cuanto más nos alejamos de aquél que pone en funcionamiento el arma homicida con sus manos y llegamos a los niveles de jerarquía superiores, los “inductores” en la terminología de nuestro legislador. Respecto de las víctimas... es especialmente difícil definir en términos técnicos quién prestó auxilio a quién: aquél que recogía los datos de las víctimas y las deportaba al campo de concentración, o más bien que allí les obligaba a realizar trabajos forzados.”⁸²

Aunque se considere que esto es correcto, con ello en todo caso queda dicho que no entra en consideración la participación para estos supuestos,⁸³ pero no se resuelve la cuestión —que es la única que aquí interesa— de si concurre coautoría o autoría mediata. En el caso se llegó a la conclusión de que se trataba de coautoría, la fundamentación ofrecida, sin embargo, es más adecuada

77 Cfr. con más detalle Dähn, en: Görnitz/Prätorius (ed.), *Handbuch Politikwissenschaft*, 1987, pp. 567 y ss.; NaBmacher, *Politikwissenschaft*, 1994, pp. 143 y ss.; últimamente Maier, *Totalitarismus und politische Religionene*, 1996.

78 Cfr. *supra* N° 2.

79 Con anterioridad se recurría a la teoría subjetiva (cfr. *supra* I.). Sin embargo, ya a Staschynskij se le podría haber condenado con base en la teoría del dominio del hecho como autor directo y al hombre de atrás responsable en el KGB como autor mediato en virtud de dominio por organización (cfr. Roxin, GA 1963, pp. 194 y ss.; *idem*, *Täterschaft* (*supra* N° 1), pp. 247 y s.).

80 Cfr. la sentencia del Tribunal de Distrito de 12.12.1961 (traducción alemana en Less, *Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann*, 1987; en inglés en *International Law Reports=ILR* 36 (1968)m pp.5 a 14 (summary), 18 a 276) y la sentencia confirmatoria del Tribunal Supremo en apelación de 29.5.1962 (ILR 36 (1968), pp. 14 a 17 (summary), 277 a 344.

81 Roxin, *Täterschaft* (*supra* N° 1), pp. 246 y ss. (= GA 1963, pp. 201 y ss.); también Schroeder, *Täter* (*supra* N° 34), p. 167; Jäger, *MschKrim* 1962, p. 73; Baumann, JZ 1963, p. 110; *idem*, NJW 1963, pp. 561 y s.; Peters, *Eckart Jahrbuch* 1961, pp. 229 y ss.; cfr. también últimamente el análisis histórico-penal de GroBe, *Der Eichmann-Prozess zwischen Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1995 (sobre esto Geerds, GA 1997, p. 99).

82 Tribunal de Distrito (*supra* N° 81), para. 197.

83 Así por ejemplo. Baumann, JZ 1963, pp. 119 y s.

para fundamentar un dominio por organización. Pues en resumen se constata que Eichmann “no era una ‘marioneta’ en manos de otros”, sino que tenía “su lugar entre los directivos”.⁸⁴ Desde este punto de vista, *de facto* ostentaba la responsabilidad administrativa de la “solución final”. Si esto es así, sin embargo, y siguiendo a *Roxin*,⁸⁵ cabe comprobar que su falta de proximidad frente al hecho, o la reducción de ésta, quedaba compensada con un incremento de *dominio por organización*. En contra de la coautoría, al menos desde la perspectiva alemana, ha de recordarse los argumentos ya mencionados.⁸⁶

Sin embargo, la afirmación de que ocurre un *dominio* del hecho en Eichmann en virtud de un aparato organizado de poder parece una solución bastante amplia si se tienen en cuenta otros procedimientos de estas características. Si se compara su posición y función —en su último cargo, como jefe del negociado IV B4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*, RSHA⁸⁷), era responsable de las deportaciones de judíos— con las de los acusados en los procesos de Núrnberg⁸⁸ o en los procesos relacionados con la RDA (contra el Consejo Nacional de Defensa o los “generales”), llama la atención

que en éstos se acusaron o acusan los miembros de la dirección del Estado en sentido amplio,⁸⁹ mientras que Eichmann tan sólo era un funcionario de cierto rango, una “pequeña ruedecilla en el engranaje global”;⁹⁰ una rueda importante e insustituible, pero a mucha distancia de los principales criminales de guerra Hitler, Goebbels, Himmler, Goring, etc. ¿Podía realmente equipararse a Eichmann, el funcionario y autor de escritorio con esos acusados de alto rango? La cuestión es sugerente, ya que precisamente tal equiparación no deriva de las sentencias en el caso Eichmann, al afirmar éstas que el alcance de la responsabilidad personal crece con una mayor responsabilidad en el apartado de poder, abriendo así la posibilidad de un *dominio de organización escalonado*. Por lo demás, que ésta ni siquiera se planteara en los procesos de Núrnberg está más relacionado con la tendencia más bien pragmática que teórica del Derecho Penal estadounidense que con una decisión dogmática consciente. Ya las bases jurídicas de Núrnberg abrían la posibilidad de equiparar meras conductas de apoyo con acciones de ejecución de propia mano,⁹¹ al exigirse únicamente de manera muy genérica la prueba de una intervención criminal (“participación”)⁹². Esta base extensiva

84 Tribunal de Distrito (supra N° 81), para. 180, v. también 194 y s., 242.

85 Así ya acertadamente *Roxin*, *Taterschaft* (supra N° 1), p. 247.

86 Cfr. supra II. 4.

87 El RSCHA de las SS se formó el día 27.9.1939 con base en la Oficina Central de Seguridad, un departamento del partido nazi, y la Oficina Central de Policía de Seguridad, una institución del Estado, sin que, sin embargo, se consiguiera la fusión policial entre Estado y partido que se pretendía (cfr. Hohne, *Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS. 1967* (reimpresión s.f.), pp. 235 y ss.).

88 Entre los “procesos de Núrnberg” hay que mencionar el proceso contra Goring y otros (Tribunal Militar Internacional (internationaler Militärgerichtshof, IMG), *Der Prozeb gegen die Haupt-Kriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg, 1947*, 42 tomos) y los 12 procedimientos subsiguientes ante Tribunales Militares de los EE.UU. (US-Government Printing Office, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, Washington D.C., 1950-1953, 15 tomos; cit. Como TWC, tomo).

89 Como casos comparados surgen en el marco de los procesos de Núrnberg, especialmente, las sentencias respecto de los juristas, el RSHA y el ministerio de AA.EE. En estos procesos se juzgaba la responsabilidad de funcionarios en su mayoría de mayor rango que Eichmann (ministros, secretarios de Estado, directores generales, etc.), y a pesar de ello no se habló de dominio de hecho en virtud de un aparato organizado de poder (cfr. TWC III, pp. 945 a 1201; TWC V, pp. 88 a 169; TWC XIV, pp. 308 a 942).

90 Baumann, JZ 1963, p. 119.

91 De acuerdo con el art. 61S del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (8.8.1945, en TMI, supra N° 88, t. I, p. 10), la responsabilidad jurídico-penal no se limitaba a la conducta propia, sino también a aquellas acciones que hubiera realizado “cualquier” persona en ejecución de un plan para la comisión de determinados delitos (delitos contra la paz, delitos de guerra, y delitos contra la humanidad), en la medida en que hubiera participado en cuanto líder, organizador, inductor o participe en la planificación criminal o en una conspiración para su comisión.

De acuerdo con el art. II n° 2 de la Ley del Consejo de Control n° 10 (Consejo de Control n° 3, 31.1.1946, pp. 50 y ss.), que configura la base de los doce procesos estadounidenses subsiguientes, es culpable quien como autor o participe haya intervenido en los delitos, los haya ordenado o favorecido, haya participado mediante aprobación, haya estado en conexión con su planificación o ejecución, haya pertenecido a una organización en ese sentido o quien —respecto de delitos contra la paz— haya ocupado una posición de alto rango en el ámbito político, estatal, militar, financiero, industrial o económico.

92 Cfr., de nuevo sólo a título de ejemplo, el reproche central, pero muy inconcreto, en la sentencia en el caso de juristas: “conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice” (TWC III, 985, sin cursiva en el original).

—fundamentada en la teoría de la participación estadounidense, próxima al concepto unitario de autor—⁹³ de la imputación hacía superflua una distinción entre autoría y participación, y por tanto también las consideraciones relativas a la autoría mediata en virtud de dominio de organización.

Por tanto, con el caso Eichmann ha de reconocerse la posibilidad de un *dominio de organización en varios escalones*. Y es que el supuesto no sólo enseña que —como formula acertadamente Jager—⁹⁴ que “también una acción que sólo consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato”, sino, además, que también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha. En esta medida, ha de darse la razón a Roxin⁹⁵ cuando afirma que cabe fundamentar autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones ubicada en “cualquier punto” del aparato organizado de poder. Pero también queda claro que no podrá descenderse mucho más que a la posición del funcionario medio del corte de Eichmann. El *dominio de organización* siempre tiene como presupuesto el

dominio sobre una organización, es decir, sobre un colectivo de ejecutores *sustituibles*, y, con ello, también la concurrencia de un dominio *mediante* esta organización. Este *dominio se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales*.

De modo explícito, sin embargo, la teoría del dominio de organización alcanzó por primera vez, y, en lo que se alcanza, también por única vez, relevancia práctica en el *proceso contra los antiguos comandantes de las Juntas militares argentinas*.⁹⁶ En este proceso, el Tribunal de apelación con competencia en primera instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital)⁹⁷ y la Corte Suprema (CS)⁹⁸ valoraron la conducta de los acusados como autoría mediata, pero los condenaron —en contra del criterio de la acusación—⁹⁹ por cooperación necesaria.¹⁰⁰ Pues a los acusados no se les imputaron —como es necesario para afirmar la concurrencia de autoría mediata— los homicidios dolosamente ordenados por ellos, sino los “hechos principales” cometidos por los autores directos (es decir, torturas con consecuencia de muerte). Con ello, se llegó en última instancia a una *responsabilidad en régimen de accesoriadad*.¹⁰¹

93 En el common law, sin embargo, en un principio se distinguía entre “principal” (“in the first and second degree”) y “accessory” (“before and after the fact”) respecto de la “felony” (delito), lo que impide una equiparación con el concepto unitario del autor —que sí regía, en cambio, respecto de los “misdemeanors” (faltas)—. Pero la legislación reciente de prácticamente todos los Estados miembros de los EE. UU. ha renunciado a la distinción entre “principal” y “accessory before the fact”. Ahora sólo se delimita con claridad el “accessory after the fact” (es decir, la participación) cfr. en detalle LaFavel/Scott, *Substantive Criminal Law II*, 1986 pp. 125 y ss.; Honig, en: Mezger/Shonke/Jescheck, *Das ausländische Recht der Gegenwart IV*, 1962, pp. 7 a 262, pp. 217 y ss.).

94 Jager, *MschKrim* 1962, p. 73 (80).

95 Cfr. ya supra nota 19 y texto correspondiente.

96 Se trata del proceso contra los miembros de las tres juntas militares (1976-1983), que consistían en cada caso de un miembro del ejército (Videla, Viola, Glatieri), de la marina (Massera, Lambruchini, Anaya) y de las fuerza aéreas (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nombrándose respectivamente al miembro del ejército presidente, y siendo el último el general Bignone, —que no fue acusado (j)— (cfr. art. 1 Decreto 158/83, de 15.12.1983). Crítico respecto del procedimiento Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988, pp. 1 y ss.; v. también Maier, *ZStW* 107 (1995), p. 143 (146 y ss.).

97 Sentencia de la Cámara de 9.12.1985, en: Fallos CS, t. 309-I/ii, pp. 33 a 1657. La Cámara avocó el procedimiento de la jurisdicción militar (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas) por dilaciones indebidas con base en el art. 10 de la Ley n° 23.049 (cfr. respecto de la situación normativa Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 140 con ulteriores referencias).

98 Sentencia de la CS de 30.12.1986, en: Fallos CS, t. 309-II, pp. 1689 a 1923.

99 Cfr. Fallos CS, T. 309-II, p. 1586, así como el informe del Procurador General como director del Ministerio Público (art. 120 de la Constitución), Fallos CS, t. 309-II, pp. 1657 y ss. (1668 a 1670).

100 La cooperación necesaria deriva del art. 45 CP (infra N° 114) y se castiga como la autoría, de modo que la solución divergente de la CS carecía en principio de relevancia, respecto de las consecuencias jurídicas.

101 Cfr., por ejemplo, la Sentencia de la CS (supra N° 98), p. 1612 (n°5) respecto de Videla. Crítico a este respecto Sancinetti (supra N° 96) pp. 29 y s. De otra opinión Roxin, quien cree que se asumieron sus tesis (Taterschaft (supra N° 1, p. 653), con más cautela en N° 349. V. también idem, *JZ* 1995, p. 49, N° 3). Sin embargo, su influencia fue enormemente relevante, como también demuestra la referencia a la teoría del dominio por organización en la sentencia en primera instancia en el proceso por el asesinato del antiguo ministro de AA.EE. chileno Letelier (Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria, p. 154).

La Cámara constató, en primer lugar, que las reglas de imputación habituales del Derecho Penal individual no pueden ser aplicadas sin más.¹⁰² En lo relativo a la delimitación de autoría y participación, en opinión del tribunal ha de considerarse que en la actualidad es dominante la teoría *del dominio del hecho*, mientras que debe rechazarse la teoría formal-objetiva, que en parte aún se defendía en Argentina.¹⁰³ Del art. 514 del Código de Justicia Militar¹⁰⁴ —basado en preceptos alemanes—¹⁰⁵ cabría deducir que el superior es responsable de los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones. De este modo, se establece una modalidad de autoría mediata del superior con base en la especial relación de subordinación militar.¹⁰⁶ Si bien la plena responsabilidad del ejecutor excluye en principio el dominio del hecho por parte del hombre de atrás (principio de responsabilidad), habría que establecer una excepción, siguiendo a *Roxin*, en el ámbito del *dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder*.¹⁰⁷ Tal sería el caso en el supuesto enjuiciado. De modo literal, respecto de esta cuestión el tribunal afirma lo siguiente:

«Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar.»

...

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

*El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.»*¹⁰⁸

Frente a ello, la CS rechaza la concurrencia de autoría mediata en la sentencia firmada por todos los magistrados, pero de la —decisiva—¹⁰⁹ suma de los votos particulares deriva una mayoría de tres jueces (Fayt, Petrachi y Bacqué) a dos (Caballero, Belluscio) a favor de la autoría mediata, siguiendo los magistrados *Petrachi* y *Bacqué* expresamente la doctrina del dominio de organización de *Roxin*.¹¹⁰ Esta

102 Sentencia de la Cámara (supra N° 97), p. 1587.

103 Ibidem, pp. 1589 y s.

104 La competencia de la jurisdicción militar deriva del art. 10 de la Ley N° 23.049, que la establece para todos los hechos cometidos entre el 24.3.1976 y el 26.9.1983 para la persecución del "terrorismo" (cfr. Ambos (supra N° 97), p. 139).

105 Ibidem, pp. 1592 y s. (referencia al MstGBde 1872 y 1942; 10ISG; 33 WstG).

106 Sentencia de la Cámara (supra N° 97), pp. 1590 y ss. Respecto de la discusión dentro de la doctrina argentina, cfr. Ambos (supra N° 97), pp. 319 y ss.

107 Sentencia de la Cámara (supra N° 97), pp. 1597 y s.

108 Ibidem, pp. 1601 y s. (énfasis del autor).

109 Cfr. Sancinetti (supra N° 96), p. 243 (nota a pie de página). Que ello sea lo decisivo es, sin embargo, difícil de entender también para penalistas argentinos.

110 Sentencia CS (supra N° 98), pp. 1796 y ss., 1802 y ss., par. 14 y s.; a favor de la autoría mediata también el magistrado Fayt (ibidem, pp. 1762, 1781 y ss., esp. par. 21 y s.).

opinión coincide en lo fundamental con la de la Cámara, de modo que tan sólo es necesario exponer brevemente el punto de vista de los jueces *Caballero y Belluscio*: rechazan ya el entendimiento del art. 514 CJM como forma de autoría mediata¹¹¹ y sostienen que la teoría del dominio del hecho no se halla reconocida de modo general ni en Alemania ni en Francia, Italia y España. Por el contrario, aún serían mayoritarios la teoría formal-objetiva y el principio de responsabilidad, de lo que habría que deducir que no entra en consideración una existencia paralela de ejecutor responsable y autoría mediata del hombre de atrás, debiéndose afirmar, en todo caso, una *coautoría o inducción*.¹¹² La teoría del dominio por organización¹¹³ no ha alcanzado, en opinión de estos jueces, relevancia en jurisprudencia y doctrina, y tampoco se trata de una concepción lo suficientemente concreta. La ampliación del tipo que ello conlleva es contraria a la prohibición de retroactividad (art. 18 de la Constitución) y vulnera los límites trazados por el art. 45¹¹⁴ del Código Penal.¹¹⁵ Por lo anterior, habría que llegar a la conclusión de que los acusados eran culpables de cooperación necesaria, es decir, que su “actividad contribuyó a la realización del delito”. En este sentido, su punición igual a la de los autores —ordenada por la Ley (cfr. art. 45)— no significaría que la estructura de su conducta fuera la de un autor, pues ésta estaba en todo caso muy alejada de la verdadera realización típica.¹¹⁶

Esta postura debe *rechazarse*. La distancia entre hombre de atrás y hecho directo es sencillamente constitutiva de la autoría mediata. Quien no reconoce esto, no entiende su estructura típica. También la afirmación de que el art. 45 limita la cointervención delictiva a la mera participación es incorrecta y demasiado formal, ya que la doctrina argentina viene interpretando desde siempre la demasiada estrecha disposición del art. 45 en un sentido

amplio, incluyendo todas las formas de cointervención.¹¹⁷ Autores más recientes incluso dan por supuesta la autoría mediata, sin siquiera entrar en una posible limitación derivada del tenor literal del art. 45 CP.¹¹⁸

De la —acertada— fundamentación contenida en la sentencia de la Cámara y en la de la mayoría de la CS deriva —como confirmación de la teoría del dominio por organización— *la regla general de que la estructura de organización de un aparato de poder militar puede otorgar a los hombres de atrás responsables dominio del hecho sobre los autores directos*.

b) Delitos de un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada)

A falta de puntos de conexión con la práctica, en este ámbito estamos en un terreno menos seguro que el del anterior grupo de casos. El traslado, hecho más bien de pasada, por el BGH del dominio de organización al “crimen organizado de modo similar a la mafia” y a las empresas¹¹⁹ puede entenderse como una invitación a iniciar una discusión, pero no conduce más allá desde el punto de vista material.

De acuerdo con el estado de la cuestión, llevaría demasiado lejos el subsumir *empresas* bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en el plano puramente conceptual de que ha de tratarse de “aparatos de poder”, es decir, de organizaciones *criminales* (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente —aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas— podrán calificarse las

111 *Ibidem*, pp. 1695 y ss. (par. 13 y ss.).

112 *Ibidem*, pp. 1701 y ss. (par. 20 y ss.), refiriéndose sobre todo a Jescheck.

113 Refiriéndose la CS a la traducción de Elbert (*Doctrina Penal, DP, 1985, pp. 398 y ss.*), y no, como la Cámara, al original alemán de Roxin.

114 El art. 45 CP castiga la participación en la ejecución del hecho, la ayuda o cooperación necesaria (inc. 1º), así como la determinación directa para la comisión del hecho (inc. 2º) y la autoría.

115 Sentencia CS (supra N° 98), pp. 1703 y ss. (par. 22 y ss.).

116 Sentencia CS (supra N° 98), p. 1708 (par. 28).

117 Cfr. Soler, *Derecho Penal Argentino II*, 3ª ed., 1963, pp. 250 y ss.; Núñez, *Tratado de Derecho Penal, Parte General II*, 2ª ed., 1978, pp. 280 y ss.; Bacigalupo, *La noción de autor en el Código Penal*, 1965; Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal IV*, 1982, especialmente pp. 319 y s.

118 Cfr., por ejemplo, Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 691 y ss. 713 y s.

119 Cfr. supra n. 2.

grandes empresas. Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son "accidentales".¹²⁰ Si la situación es diversa, es decir, si las "actitudes criminales"¹²¹ son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del "crimen organizado de modo similar a la mafia", y, por tanto, en el del grupo de casos aquí analizado. Si, por el contrario, se parte del "tipo normal" de la empresa legal, tampoco concurren los presupuestos materiales del dominio por organización.¹²² En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios «procesos reglados». Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y lineal, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse «procesos reglados» por instrucciones desde «arriba», no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad.¹²³

En lo que se refiere a las *organizaciones criminales per se* —incluyendo las de carácter terrorista—, la situación es muy poco clara. En este contexto, el dominio por organización tiene de acuerdo con Roxin¹²⁴ como presupuesto —aparte de los elementos ya mencionados¹²⁵ y de la problemática «desvinculación del Derecho» (sobre

esto, más adelante en el texto)— que los miembros actúen «como órganos de la cúpula dirigente, cuya autoridad reconocen». Sin embargo, para Roxin no puede hablarse de un aparato de poder «cuando se junta media docena de elementos asociales para realizar delitos en común y eligen... a uno de ellos como jefe», pues en este caso falta el presupuesto fundamental del dominio por voluntad, es decir, la «existencia independiente de los cambios en los miembros» de la organización. La doctrina restante rechaza tal ampliación del dominio de organización a la criminalidad no estatal sobre la base de consideraciones de principio¹²⁶ o en virtud de otras premisas.¹²⁷

Para realizar ulteriores diferenciaciones, puede resultar útil una distinción entre *aparato de poder formal* y *grupo informal*.¹²⁸ Desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un *aparato de poder formal*, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-lineal y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. Con ello se entra en el ámbito, apenas investigado en el plano empírico, de la *criminalidad organizada*. Parece claro que en los conceptos conocidos en Derecho Penal —«banda» (por ejemplo, 244 I N° 3 StGB) y «asociación criminal» (129 StGB)— por regla general falta una organización estrictamente jerárquica y que —a causa de un número reducido de miembros— también carecen del elemento de la fungibilidad de los ejecutores.¹²⁹ Cuando una «asociación criminal», más allá de la habitual conexión

120 Lampe, Z StW 106 (1994), p. 685 (708). V. también BGHSt 32, pp. 202, 206 (la fundación de una empresa "por sí sola" aún no constituye la formación de una asociación delictiva).

121 Schunemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 22.

122 Cfr. especialmente Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 104, así como *idem* (supra N° 41), pp. 61 y ss., indicando precisamente el peligro de desbordamiento de la responsabilidad jurídico-penal. En contra también Roxin, JZ 1995, p. 49 (51 y s.); Murmann, GA 1996, p. 269 (275, 278 y ss.); Shumann (supra N° 53), p. 76; a favor, sin embargo, Schünemann (supra N° 121), pp. 102 y s.

123 Otra cuestión, que aquí no ha de discutirse con mayor detalle, es la de en qué medida puede fundamentarse una responsabilidad jurídico-penal de la persona jurídica, es decir, una responsabilidad de la empresa como colectivo en contraposición con una responsabilidad jurídico-penal individual de sus miembros, sobre la base de un "dominio de organización funcional-sistémico" (cfr. Heine (supra N° 122), pp. 129 a 134, 250 y s., 254, 287 y s., 311 y s.); v. también Lampe, ZStW 106 (1994), pp. 683, 728 y ss.).

124 Roxin, *Täterschaft* (supra N° 1), pp. 250 y s.; *idem*, GA 1963, p. 205; *idem*, JZ 1995, p. 49 (51).

125 Cfr. supra II. 1.

126 Herzberg, *Täterschaft* (supra N° 23), p. 43; Shumann, *Handlungsunrecht* (supra N° 53), p. 76.

127 Así, especialmente, Murmann, GA 1996, pp. 269, 278 y s., al tomar como punto de referencia la relación entre Estado y ciudadano.

128 Con Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (687 y ss.) también cabe distinguir entre sistemas de injusto organizados y simples (asociación criminal, empresa y Estado frente a la mera coautoría).

129 Cfr. Göppinger, *Kriminologie*, 5ª ed., 1997, p. 552, Kaiser, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, pp. 411 y s., 518 y s.

poco densa en forma de red,¹³⁰ si presente estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, formará parte de la «criminalidad organizada» en sentido estricto.¹³¹ De este modo, sin embargo, ya nos encontramos plenamente en el campo de la criminología y de la política criminal (entre «mito y realidad»¹³²) y hemos de contentarnos con una mera definición de trabajo¹³³ y con un gran número de indicadores que en parte son muy indeterminados. Sin embargo, al menos cabe deducir de éstos que cuando los *miembros sean en gran medida intercambiables* y exista una estructura de organización *caracterizada por un estilo de mando estricto* hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada.¹³⁴ En este caso entra en consideración también un dominio por organización. Por tanto, en ningún caso puede afirmarse de manera genérica que con la concurrencia de criminalidad organizada —si es que ésta puede siquiera constatarse de modo claro— existirá dominio por organización. Por el contrario, ha de comprobarse en cada caso que ello sea así. En muchos casos, resultará difícil realizar esta constatación con total seguridad, pues, por un lado, «hasta el día de hoy no se ha logrado descubrir completamente la estructura interna, los ámbitos de actividad y el alcance de ésta respecto del crimen organizado»,¹³⁵ ni por otro lado, es indiscutido que exista una estructura jerárquica estricta.¹³⁶ En lo que se refiere a Alemania en cuanto lugar de comisión, habrá que partir de que existen más bien estructuras en forma de red como las antes mencionadas

que grupos organizados de modo jerárquico (como existen, por ejemplo, en Japón).¹³⁷ Estudios propios nos confirman que también en el caso de los llamados «cárteles de la droga» colombianos difícilmente podrá demostrarse la existencia de una estructura de organización de carácter jerárquico.¹³⁸

Por consiguiente, a pesar de todos los nuevos datos conocidos, queda una considerable magnitud de inseguridad que impide partir en el caso de la criminalidad organizada de modo genérico de que existe dominio de organización. Esta posibilidad, en todo caso, entra en consideración cuando concurren los indicios antes mencionados (estructura de organización estricta, posibilidad de intercambiar los miembros). En el caso concreto, sin embargo, será difícil constatar su concurrencia.

2. Dominio por organización y aparatos desvinculados del Derecho

Los grupos de casos antes formados permiten ahora plantearse de nuevo la cuestión acerca del sentido del criterio de la desvinculación del Derecho. *Roxin*¹³⁹ dice: «De la estructura del dominio de organización se sigue que sólo puede existir en aquellos casos en los que el aparato actúa en su conjunto fuera del ordenamiento jurídico». Según este punto de vista, sólo entonces —a falta de normas jurídicas que se opongan— la instrucción para la realización de

130 Sobre esto cfr. Göppinger (*supra* N° 129), pp. 552 y s. con ulteriores referencias.

131 Así hay que interpretar probablemente a Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (696 y s.) cuando identifica de modo general la asociación criminal con la criminalidad organizada.

132 Kaiser (*supra* N° 129), p. 409.

133 De acuerdo con la cual la criminalidad organizada en «la comisión planificada de delitos determinada por la persecución de beneficios y poder, siendo las infracciones por sí solas o en su conjunto de considerable relevancia y colaborando (bajo determinadas circunstancias) más de dos intervinientes durante un tiempo prolongado o indeterminado» (Publicaciones del Parlamento Federal 12/ 989, 24, Exposición de Motivos a la Ley de Criminalidad Organizada (OrgKG) de la RFA). Crítico en general con los intentos de definición, pero aportando al menos una «definición de mínimos» Krauthausen, *Moderne Gewalt. Organisierte Kriminalität in Kolumbien und Italien*, 1997, pp. 24 y ss.

134 Cfr. los indicadores de la Oficina Federal de Criminalidad Alemana (BKA, Bundeskriminalamt) enunciados en Kaiser (*supra* N° 129), p. 410.

135 Kerner, en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª ed., 1993, p. 377; con similar precaución también Göppinger (*supra* N° 129), p. 552; KAISER (*supra* N° 129), pp. 409, 412.

136 Cfr. Göppinger (*supra* N° 129), p. 553.

137 *Ibidem*, con ulteriores referencias. *Fundamental Sieber/Bögel, Logistik der organisierten Kriminalität*, 1993, pp. 23 y ss., 56 y ss.

138 Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien*, 1993, pp. 38 y s.; en sentido similar Krauthausen (*supra* N° 133), p. 26; desde una perspectiva más general, Kerner (*supra* N° 135), p. 380.

139 Roxin, *Täterschaft* (*supra* N° 1), p. 249.

acciones punibles puede tener un efecto fundamentador del dominio y poner en movimiento al aparato. Frente a ello, el cumplimiento de instrucciones antijurídicas en una comunidad organizada conforme a las reglas del Estado de Derecho sólo puede ser entendido como «empresamiento privado», pues el aparato en sí mismo sólo funciona dentro de los cauces del Estado de Derecho, por lo que no puede ponerse en marcha mediante una instrucción antijurídica; en tal caso, incluso, se estaría actuando en contra de él. Respecto de las modalidades de aparición, *Roxin* distingue en el *poder estatal* que opera en sí mismo de modo desvinculado del Derecho y las *organizaciones criminales no estatales*, que en cuanto «Estado dentro del Estado» desarrollan sus actividades en contradicción con el ordenamiento jurídico interno estatal. Considera que son ejemplos históricos de un poder estatal desvinculado del Derecho no sólo el sistema nazi, sino también la antigua RDA, al afirmar —al hilo del comentario de las más reciente jurisprudencia del BGH— que esa «estructura típico-ideal del dominio de organización» concurre también en este último caso «en una configuración clásica».¹⁴⁰

Este criterio de la desvinculación del Derecho no ha sido cuestionado en realidad nunca. El criterio es asumido o sometido a un ulterior desarrollo, por ejemplo, por parte de *Bottke*,¹⁴¹ quien considera que el aparato en cuestión se encuentra ubicado «fuera de la cultura jurídica de las naciones civilizadas» (sobre esto, v. infra b)). En lo que se alcanza, tan sólo *Schild*¹⁴² mantiene una discusión crítica al respecto. Argumenta frente a *Roxin* que lo decisivo es el dominio social, la «posición de poder social en el marco de la organización», y no una eventual desvinculación del Derecho. Esta conclusión ha de aplaudirse, pero la desvinculación del Derecho necesita de una crítica más pormenorizada.

La limitación de responsabilidad que implica el criterio de la desvinculación del Derecho (esto es, a aparatos de poder desvinculados del ordenamiento jurídico) necesita de una legitimación. La cuestión es si —y en caso

afirmativo, por qué razones— ha de estimarse que la desvinculación del Derecho es un presupuesto imprescindible del dominio por organización. Sólo podrá tener tal carácter si el dominio del hecho por parte del hombre de atrás deriva precisamente de la desvinculación del Derecho del aparato de poder que está a su disposición, al no verse el ejecutor impedido en la realización de la orden por normas jurídicas (previstas por el ordenamiento) que se opongan a ello. Esto, sin embargo, no es así. Más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aún: si el aparato no está «fuera del ordenamiento jurídico» (como requiere el criterio de la desvinculación del Derecho), sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho. Verifiquemos lo anterior —en orden inverso— con base en los grupos de casos antes formados.

a) *Aparato de poder de organización no estatal*

En este ámbito, el criterio de la desvinculación del Derecho parece ser convincente a primera vista, ya que se pretende separar así la paja criminal (¡criminalidad organizada!) del trigo legal (¡empresas!).¹⁴³ De este modo, la criminalidad organizada está fuera del ordenamiento jurídico estatal, pero ello sólo en la medida en que no mantenga una relación simbiótica con el Estado, como por ejemplo sucede en el caso de la mafia siciliana¹⁴⁴ o de los «cárteles de la droga» colombianos.¹⁴⁵ Si, en cambio, es éste el caso, si la criminalidad organizada opera como «para-Estado»,¹⁴⁶ es decir, no de modo desvinculado al Derecho, paralelo al ordenamiento jurídico existente o en contra de él, sino estando integrada en éste, como elemento del ordenamiento, aprovechando los «cauces del Derecho» (*Roxin*) para la común satisfacción de intereses. El hecho de que entonces ya no estemos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en nada el efectivo dominio del hecho y de los autores por parte de la cúpula dirigente.

¹⁴⁰ *Roxin*, JZ 1995, p. 49 (50).

¹⁴¹ *Bottke* (supra n.26), pp. 72 y s. (cfr. al respecto también más adelante en el texto).

¹⁴² *Schild* (supra N° 29), pp. 22 y s.

¹⁴³ En este sentido *Roxin*, *Täterschaft* (supra N° 1), p. 251; *idem*, JZ 1995, p. 49 (51).

¹⁴⁴ Cfr. *Hess*, *Mafia*, 1993, pp. VI, 157 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. *Ambos* (supra N° 138), pp. 56 y ss., 394 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. *Hess* (supra N° 144), pp. 200 y ss. (la «mafia como para-Estado»).

Posiblemente, la desvinculación del Derecho concurre en la mayoría de los casos, pero su ausencia no impide la apreciación de dominio de organización. Por tanto, es sólo un presupuesto *posible*, pero no necesario de ésta.

b) Aparato de poder de organización estatal

En este ámbito se aprecia con mayor claridad que las afirmaciones antes hechas son correctas. Ha de reconocerse que puede concurrir desvinculación del derecho en determinados casos. Si la destrucción de determinados grupos étnicos o de la oposición política no es ordenada por ley, si no está basada en una «orden del *Führer*» o en un plan de acción secreto de la dirección de *facto* del Estado (Argentina, Chile), existe un paralelismo de dos ordenamientos «jurídicos»: el ordenamiento «normal», que tiene como cometido luchar contra la criminalidad común, y el ordenamiento «anormal», «pervertido», que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. El único fin de éste es la ejecución del plan de destrucción. El aparato fascista del precedente argentino ofrece el ejemplo representativo:

«...mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de *facto*) estaba en vigor, al igual que el Código Penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues *uno suponía la negación del otro*. La *increíble* subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre de poder. Desde allí se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de la víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de

consecuencias hoy impredecibles.»¹⁴⁷

La situación es distinta, sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico en sí mismo es la base del terrorismo de Estado, es decir, es en sí mismo «criminal» y por ello no puede hablarse de una desvinculación del Derecho al menos en el sentido de una *desvinculación del Derecho positivo*. Si el reproche central, como en el caso de la sentencia de los juristas relacionados con el sistema nazi, en una participación en el delito «*in the name of law by the authority of the Ministry of Justice, and through the instrumentality of the courts*»,¹⁴⁸ ello significa que es el Derecho mismo el que ha intervenido en los asesinatos en masa, es decir, que fue instrumentalizado y usado como Derecho de dominación. En tal caso, «ni el Estado ni sus instituciones son...ilegales; por el contrario, siguen las leyes de acuerdo con las que han sido creados...».¹⁴⁹ También en otros Estados dictatoriales, como por ejemplo en las dictaduras militares de Argentina y de Chile,¹⁵⁰ cabe constatar tal juridificación de la represión.

Finalmente, rige lo mismo respecto del totalitarismo de corte real-socialista, como por ejemplo, la anterior RDA. Pues cuando la represión se halla regulada con tanta exactitud como en el caos de la antigua RDA —piénsese sólo en el régimen de fronteras, con una regulación jurídica exhaustiva—, ni hay un aparato de poder *paralelo* ni un ordenamiento jurídico paralelo; existe tan sólo *un* aparato de poder estatal de *competencia universal*. Lucha, como cualquier Estado, contra la criminalidad general, y reprime *simultáneamente*, como «Estado injusto», la resistencia política. Puede prever para estos «hechos abominables»¹⁵¹ un Derecho especial (por ejemplo, un Derecho Penal terrorista) y también órganos especiales (policía política, servicios secretos, etc.), pero se trata en todo caso de un aparato de poder estatal. También aquí falta, por tanto, la desvinculación del Derecho, pero ello no impide el dominio del hecho por los hombres de atrás. Incluso lo facilita. Pues mientras que el ejecutor subordinado en el caso del aparato de poder desvinculado del Derecho puede al menos orientarse con base en el ordenamiento jurídico (acorde al Estado de Derecho) que sigue existiendo en paralelo, cuando se da la concentración de Derecho e injusto en las manos de un aparato de poder estatal está sin posible orientación. Sólo hay un ordenamiento jurídico, y éste

147 Sentencia de la Cámara (supra Nº 97), p. 1603 (énfasis del autor).

148 Cfr. ya supra Nº 92 (sin cursiva en el original).

149 Lampe, ZStW 106 (1994), p. 683 (709, también 714 y s.: el Estado como creador de las leyes suele respetar el ordenamiento jurídico).

150 Cfr. Ambos, en: Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, pp. 86 y ss. (Argentina), 139 y ss. (Chile).

151 Jacobs, GA 1994, p. 1.

ordena también la realización de «hechos abominables», y ello en la forma o sobre la base de una ley emitida de modo correcto (en el marco del orden estatal predado). Este dominio del hecho, por tanto, es más completo («más total») que en el caso de ordenamientos jurídicos paralelos. Puesto que el ordenamiento jurídico «vivido» y el fin «injusto» del Estado son una misma cosa, existe una *estructura de instrucción y de mando vertical que no se ve perturbada por dudas jurídicas*.

En este caso, sólo puede afirmar la desvinculación del Derecho quien toma como punto de referencia valoraciones propias del Estado de Derecho, que en última instancia son supralegales y de Derecho, natural en el sentido de la fórmula de *Radbruch*.¹⁵² Es probablemente esto lo que *Roxin* tiene en mente de modo intuitivo cuando habla de garantías

propias del Estado de Derecho, de valores fundamentales y derechos humanos.¹⁵³ También *Bottke* va en esta dirección con la creación de un aparato injusto «a(anti)civil».¹⁵⁴ Un aparato estatal que se contrapone a la *lex naturalis* o *lex aeterna*, actúa de modo injusto y por tanto se separa del «Derecho».¹⁵⁵ Esto es convincente en el plano valorativo, pero resulta demasiado abstracto. Una desvinculación del Derecho entendida de este modo se diluye y la abstracción del Derecho positivo que comporta crea una situación jurídica que no puede oponerse al dominio del hecho por parte del hombre de atrás. Pues los principios no escritos supralegales no son evidentes para el ejecutor del hecho, y por ello no pueden constituir una barrera para la ejecución de la orden. Por tanto, también esta noción de desvinculación del Derecho pierde su base y razón de existencia.

Conclusión

El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una *organización estructurada de modo jerárquico* y estricto y un *dominio* del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores *fungibles*. Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida

en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La *desvinculación del derecho* de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por tanto, resulta *prescindible* en cuanto elemento estructural del dominio por organización.

¹⁵² Radbruch, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1946, p. 105 (107); sobre esto Arth. Kaufmann, *NJW* 1995, p. 81 (83), Sprenger, NJ 1997, p. 3 (5 y s.).

¹⁵³ Roxin, *Täterschaft* (supra N° 1), p. 250.

¹⁵⁴ Bottke (supra N° 26), pp. 72 y s.

¹⁵⁵ Jakobs, *GA* 1994, pp. 1 y s.