

Dirección de la organización como autoría mediata*

CLAUS ROXIN

Catedrático (emérito) de la Universidad de Múnich

I. INTRODUCCIÓN

La autoría mediata a través del empleo de aparatos organizados de poder, que también es denominada resumidamente como «dominio de la organización», constituye en la actualidad un tema básico de la discusión en la teoría penal de la autoría. Esto no solamente rige para la ciencia penal sino también para la jurisprudencia de los tribunales de las máximas instancias. Es más, la influencia de esta figura jurídica no solamente se limita a la práctica de los tribunales nacionales, sino se extiende cada vez más también a los tribunales internacionales con jurisdicción penal.

En el año 1963 desarrollé por primera vez esta forma de autoría (1). Ésta se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aun cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente

* Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile, los días 22 y 23 de setiembre de 2009 en Santiago y Viña del Mar, respectivamente, en el marco del ciclo de conferencias organizado con motivo del otorgamiento del título de doctor honoris causa en dicha universidad. Traducción de Dr. Manuel A. Abanto Vásquez.

(1) ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1963, pp. 193 y ss. Posteriormente el texto pasó a formar parte, en sus partes esenciales, de mi trabajo de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*, cap. 24, de la 1ra. ed., en 1963 hasta la 8.ª ed. en 2006.

responsables. En el lenguaje coloquial alemán se designa a estos maquinadores como «autores de escritorio». Mi idea consistía en volcar este concepto cotidiano en una categoría precisa de la dogmática jurídica. Detrás de estos esfuerzos se encontraba, como motivación directa, el proceso que acababa de culminarse en Jerusalén contra Adolf Eichmann; uno de los principales responsables de la matanza de judíos en la época nazi.

En las décadas siguientes, esta novedosa construcción jurídica se ha impuesto mayoritariamente en la literatura alemana (2) y en 1994 ha sido acogida por el Tribunal Federal alemán (3). En el fallo pertinente, se condenó, como autores mediatos de homicidios dolosos, a los miembros del llamado «Consejo Nacional de Defensa» del antiguo gobierno de Alemania del Este, porque ellos habían ordenado impedir, en caso necesario mediante disparos mortales, la ejecución de los planes de fuga de aquellos que querían traspasar el muro fronterizo de Alemania Oriental. Los soldados vigilantes de la frontera, los «tiradores del muro», que habían ejecutado de propia mano los disparos, también fueron condenados por homicidio doloso.

Esta jurisprudencia ha sido continuada en posteriores sentencias y, en Alemania, ha provocado una serie de trabajos científicos que apenas puede abarcarse (4). Pero también en el ámbito internacional, la figura del dominio de la organización ha tenido gran resonancia. Ella ya había sido invocada en los años ochenta del siglo pasado en el marco de las condenas a los miembros de la Junta Militar argentina (5). Y la figura también tiene importancia en el moderno Derecho penal internacional (6). Y es que el art. 25, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional no solamente reconoce una autoría mediata, sino enfatiza expresamente que ésta ocurriría sin importar si también el ejecutor directo resultare penalmente responsable («regardless of whether that other person is criminally responsible»).

En efecto, el Tribunal Penal Internacional, con sede en La Haya, ha asumido entretanto, en muchas de sus resoluciones, la figura jurídica del dominio de la organización y ha invocado expresamente la construcción jurídica desarrollada por mí. Aquí quiero exponer esto

(2) Cfr. las referencias bibliográficas en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, 2003, cap. 25, n. marg. 108.

(3) Sentencias del Tribunal Federal (alemán) en materia penal (por sus siglas en alemán: BGHSt), tomo 40, pp. 218 y ss.

(4) En la 8.^a edición alemana de mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft* se encuentra un análisis crítico de esta jurisprudencia, pp. 704 y ss.

(5) Cfr. al respecto ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 109, con una amplia cita del fallo del Tribunal de apelaciones.

(6) Cfr. ROXIN (como en la nota 2), cap. 25, n. marg. 112, nota 140.

basándome tan solo en la sentencia Katanga del Tribunal Penal Internacional de 30 de setiembre de 2008. En ella se dice lo siguiente (7): «En la doctrina del Derecho se ha desarrollado una concepción que reconoce la posibilidad de hacer responder penalmente a una persona que actuare a través de otro, y ello sin importar si el ejecutor (el que actuare de manera directa) también fuera responsable penalmente. Esta doctrina se basa en los trabajos tempranos de Claus Roxin (8). Páginas más adelante esto culmina con una cita textual de mi libro sobre «Autoría y dominio del hecho» (9), que el Tribunal hace suya. En el dominio de la organización no faltaría «ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer».

En abril de 2009, la Corte Suprema de Perú, apoyándose en mi teoría, ha condenado y penado al ex presidente Fujimori, como autor mediato, por homicidios, lesiones y secuestros que habían cometido las fuerzas de seguridad peruanas durante su período presidencial (10). La Corte Suprema dice: «Fue el jurista Claus Roxin quien a partir de mil novecientos sesenta y tres comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata a la que denominó “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. La Corte asume a continuación todos los presupuestos que yo exijo para el dominio de la organización y considera que ellos se habrían dado en el caso de Fujimori. Más adelante trataré estos presupuestos.

Antes de pasar a explicar con más detalle mi teoría, quisiera tratar aun y demostrar la inoperancia de dos modelos que compiten en la solución del problema y que todavía son defendidos en la literatura.

(7) ICC-01/04-01/07 176/226. El texto citado, al igual que la cita que sigue a continuación, es una traducción del texto original en inglés.

(8) El Tribunal remite aquí a uno de mis primeros artículos sobre el tema, en GA, 1963, pp. 193-207.

(9) Primera a octava ediciones, de 1963 a 2006, p. 245 [n. d. Tr.: se reproduce aquí el párrafo correspondiente de la versión española en la 7.^a edición del libro, traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 273]. En el original de la sentencia, la cita fue hecha en inglés.

(10) Parte tercera, capítulo segundo de la sentencia, pp. 629 y ss.

Esto rige tanto para la tesis de la coautoría como para la afirmación de una instigación [o inducción].

II. EL RECHAZO DE LA COAUTORÍA

Aunque renombrados autores (11) sostengan la tesis de que el sujeto de atrás no debería ser considerado autor mediato sino coautor, puede verificarse lo siguiente: no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios para admitir una coautoría entre el que da la orden en la central de un aparato de poder y el ejecutor «in situ» (p. ej. en el caso de los asesinatos en los campos de concentración o en los casos de los tiradores del Muro).

No hay una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta, de común acuerdo entre los coautores. La «identificación en el objetivo común» que invoca Otto (12) no es suficiente para ello. Y es que si acaso pudiera siquiera hablarse de ello, frente a una motivación del ejecutor que puede ser totalmente diferente, tal «identificación» puede presentarse por igual en la relación entre el instigador o el cómplice con el autor. Y también el hecho de que, tal como argumentan Jescheck/Weigend (13), la consciencia de que los hechos «van a ser cometidos siguiendo las instrucciones de la dirección» solamente puede transmitir la idea de que se tenga que cumplir con una orden y no fundamenta una resolución conjunta.

La coautoría se basa en una «obligación» recíproca y no en una vinculación unilateral solo por parte del que ha recibido la instrucción. No existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característico de la coautoría. Ésta tiene una estructura «horizontal». Allí donde se presentare una clara estructura «vertical», como ocurre en la jerarquía de los aparatos de poder, solamente puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo demás, el hecho de

(11) Están a favor de la coautoría, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11.^a ed., 2003, cap. 29, n. marg. 143; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, cap. 21, n. marg. 103 y allí en las notas 190, 191; ídem, Comentarios al fallo del Tribunal Federal alemán de 26-7-1994 (igualmente en BGHSt, tomo 40, p. 218), NSTZ 1995, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 670; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., 2004, cap. 21, n. marg. 92; ídem, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, Jura, 2001, pp. 753 y ss.

(12) OTTO en Jura 2001 (como en la nota 11), p. 759.

(13) JESCHECK/WEIGEND (como en la nota 11), p. 670.

que el que imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general ni siquiera se conozcan y tampoco vayan a conocerse, hace que una resolución conjunta resulte una mera ficción.

Pero también falta la ejecución conjunta del hecho. Y es que aquel que imparte la orden, no participa para nada en su ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios. Esto no puede ser suficiente para admitir una comisión conjunta ni siquiera según aquella postura que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. De otro modo podría afirmarse sin problemas la coautoría del inductor. Como es sabido y admitido, la coautoría consiste en una cooperación con división del trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí. Y aquí ya no puede hablarse de esto porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el «trabajo» (14). En el dominio de la organización tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango; algo que es característico de la coautoría.

III. EL RECHAZO DE LA INSTIGACIÓN

Antes que admitir una coautoría parecería más razonable la teoría que admite la instigación, teoría que en los últimos años ha sido nuevamente expuesta por seguidores comprometidos como Herzberg (15), Rotsch (16) y Zaczyk (17). Ella por lo menos coincide con el hecho de que el instigador pone en marcha el hecho, motiva al autor inme-

(14) También se pronuncian decididamente en contra de la coautoría las nuevas monografías de SCHLÖSSER y URBAN. Según SCHLÖSSER (*Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlin, 2004, p. 363) la presencia de una autoría mediata, que él admite, excluye la posibilidad de una coautoría entre el sujeto de atrás y el de delante [traducción libre]. Por su parte, URBAN (*Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Osnabrück, 2004, p. 45) sostiene: *En relación con las situaciones clásicas, en las cuales se manifiesta la soberanía sobre las órdenes de instancias superiores, lo cual es típico de los aparatos organizados de poder, queda excluida la coautoría ... como solución adecuada* [traducción libre].

(15) HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en: Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 33 y ss.

(16) ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, ZStW 112 (2000) p. 518 y ss.; ídem, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ, 2005, pp. 13 y ss.

(17) ZACZYK, «Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate und el Tribunal Federal Alemán (BGH)», en: *Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag*,

diato a ejecutar los hechos. Eso también lo dice Herzberg (18): «Hitler, Himmler y Honecker han motivado, no como autores sino como instigadores, los delitos de homicidio que ordenaron» [traducción libre]. No obstante, esta suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución conforme a ellas en el marco de aparatos de poder que operan al margen del Derecho.

Un instigador no está en el centro de la decisión. Él hace surgir la resolución al hecho, pero tiene que dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del instigado, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos. En el dominio de la organización se produce exactamente lo contrario: el sujeto de detrás, que tiene en sus manos la palanca del poder, decide sobre el «sí» del hecho, mientras que el ejecutor inmediato mayormente sólo por casualidad entra dentro de la situación concreta de la acción. Él no puede cambiar nada esencial del curso de acontecimientos delineado de antemano por el aparato, sino en todo caso modificarlo. Y por regla general tampoco la desobediencia de la orden ayudaría a la víctima porque las bases organizativas suelen prever que la orden también sea cumplida cuando se presentaren estas situaciones.

Luego, el sujeto de detrás tiene un «poder de hecho» mucho mayor y el «dominio configurador», tal como había sido reconocido ya por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso «Eichmann», al indicar que el que da la orden, estando situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos (19): «La medida de la responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando...». Se desconoce por completo las relaciones de dominio cuando se tiene al esbirro individual por autor principal y se juzga a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno.

Entonces, la instigación y el dominio de la organización son formas delictivas de cualidad totalmente diferente. Hitler y otros dictadores, con ayuda del aparato a su disposición, pudieron desencadenar un potencial destructivo y violador del Derecho que de lejos no puede compararse con el poder que pueda tener un instigador normal y corriente. Si se colocara al mismo nivel el poder de dominio de estos

editado por Wolter/Pötzt/Küper/Hettinger, como número 5/2006 de la revista *Goldammer's Archiv* (GA), pp. 414 y ss.

(18) HERZBERG (como en la nota 15), p. 48.

(19) Sentencia contra Adolf Eichmann, Strafakt [auto penal] 40/61, traducción no oficial, N° 197 [n. d. Tr.: se toma la traducción de la cita de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., Madrid, 2000, p. 274].

con el de un instigador, se allanarían normativamente y de manera simplista, diferencias objetivas enormes. Esto lo demuestra incluso el uso idiomático, en el cual se habla, de la manera más normal, de «autor de escritorio» y no de «inductor de escritorio».

IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS CASOS DE DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Tal como se ha mostrado antes, la admisión de una autoría mediata que yo propongo constituye la teoría dominante en la ciencia y la jurisprudencia de Alemania, así como también en la jurisprudencia de otros países y del Tribunal Penal Internacional. Pero, ¿cómo fundamentar la autoría mediata con suficiente fuerza persuasiva y exactitud? No bastan por sí solas la circunstancia de que tenga de mi parte a la concepción mayoritaria, las consideraciones generales de plausibilidad que he deducido hasta ahora de la importancia de la contribución al hecho, ni tampoco las buenas razones para rechazar la coautoría y la instigación. Y es que aquellos que rechazan una autoría mediata y abogan por la coautoría o la instigación, no lo hacen basándose en la especial fuerza persuasiva de sus propias suposiciones, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida porque creen que admitir una autoría mediata atentaría contra un principio irrevocable de la teoría de la autoría.

Este principio se basa en la suposición de que no podría existir un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Así, cuando el autor directo –por ejemplo los asesinos en los campos de concentración o los tiradores del Muro o el autor del comando especial de aniquilamiento en el caso peruano– como titular del dominio del hecho fuere plenamente responsable por sus acciones y se le responsabilizara como autor, sería inimaginable atribuir simultáneamente el dominio del hecho al sujeto de detrás. En tal medida, un «autor detrás del autor» constituiría una construcción jurídica inejecutable, un «no concepto», tal como ya Welzel había dicho anteriormente (20), antes de que más tarde cambiara de opinión. Ésta es una objeción seductora. Pero se basa en tres errores, que tras ser reconocidos, allanarán el camino para una fundamentación sólida de la autoría mediata.

En primer lugar, el «instrumento» que posibilita al sujeto de detrás el cumplimiento de sus órdenes no es solamente (y ni siquiera lo es en la mayoría de los casos) aquel que ejecuta de propia mano la muerte

(20) *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1947, columna 650.

de la víctima. Más bien el verdadero instrumento es el aparato como tal. Éste está conformado por un gran número de personas que se ubican en estructuras previas, operan según la organización con diferentes funciones, y cuya totalidad asegura al sujeto de detrás el dominio sobre el resultado. El ejecutor individual no juega un papel decisivo para el accionar de la organización porque ésta puede disponer de muchos ejecutores obedientes.

En segundo lugar, de esta forma de ver las cosas se deriva que el ejecutor y el sujeto de detrás poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. Quien de propia mano mata a la víctima, practica lo que yo llamo «dominio de la acción», es decir un dominio que se deriva de la ejecución de determinado acto. En cambio, el sujeto de detrás posee el dominio de la organización; es decir una posibilidad de ejercer influencia que le asegura, a través del aparato de poder del cual dispone, la producción del resultado sin que él tenga que ejecutar de propia mano el hecho. Esta seguridad que se tiene del resultado es la base del dominio del hecho. Este dominio se diferencia del dominio de la acción que tiene el ejecutor y puede coexistir con él sin problemas. El hecho de que, en el fondo, la posibilidad de un «autor detrás del autor» sea un sobreentendido, puede verse en un caso tan difundido como el de las coacciones en un estado de necesidad. Cuando alguien, mediante una amenaza contra su vida, es obligado a cometer un delito, el ejecutor ha tenido evidentemente el dominio sobre el hecho que él ha realizado de manera directa. Y aunque sea exculpado debido a su situación de necesidad, esto no cambia para nada la existencia del dominio del hecho que él ha tenido, puesto que este dominio es una forma de manifestación del injusto típico. Pero igualmente el sujeto de detrás ha tenido el dominio del hecho y es autor mediato debido a las coacciones. Luego, constituye un hecho innegable que las distintas formas de autoría pueden presentarse escalonadamente una detrás de la otra.

En tercer lugar, a partir de las circunstancias antes mencionadas puede obtenerse un conocimiento fundamental que hace plausible la autoría mediata en el caso que nos ocupa. En primer lugar, no se debe deducir la autoría y el dominio del hecho a partir de algún déficit del «instrumento», tal como se presenta sin embargo en el dominio de la coacción y del error, sino tiene que fundamentarse, de manera positiva, desde la posición del autor tomando en cuenta la totalidad de los hechos. Esto quiere decir, en el caso concreto de la dirección de la organización: el dominio del hecho del hombre de detrás se basa en que éste, a través del aparato a su disposición, puede hacer que se produzca el resultado con mayor seguridad que incluso en los casos de

dominio de la coacción y del error, casos que son reconocidos casi de manera unánime como de autoría mediata. Esto ya lo ha notado el Tribunal Federal Alemán cuando, refiriéndose al dominio de la organización, dice (21): «... al emplear instrumentos sometidos a error o inimputables, son frecuentes los casos en los cuales el autor mediato tiene mucho menos en sus manos la producción del resultado que en los casos del tipo descrito».

V. LOS PRESUPUESTOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Por lo tanto, si se reconoce al dominio de la organización como una forma autónoma de autoría mediata, queda pendiente la cuestión relacionada con los presupuestos en los cuales se basa este dominio. Esto plantea una serie de cuestiones polémicas. Hasta donde puedo entender, en el momento actual, el dominio del hecho de los sujetos de detrás puede basarse en cuatro factores.

1. *Poder de mando*

Sólo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente tiene poder de impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo. Entonces, el comandante de un campo de concentración nazi era autor mediato de los asesinatos que él ordenó, aun cuando él mismo actuó por órdenes de jerarquías superiores. Es por eso que, en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, pueden haber muchos autores mediatos, uno detrás del otro. Por el contrario, el personal de servicio en tal campo de concentración solamente puede ser penado por complicidad cuando, si bien ellos promovieron los delitos conscientemente a través de alguna acción, no ordenaron por sí mismos la comisión de homicidios ni tampoco participaron en su ejecución.

2. *El apartamiento del Derecho del aparato de poder*

Desde el principio he sostenido que el aparato de poder deba presentar un «apartamiento del Derecho» como presupuesto indispensable del dominio de la organización. Este requisito es discutido incluso entre los seguidores de mi teoría (22). No obstante, yo opino que se

(21) BGHSt, tomo 40, pp. 236 y s.

(22) Se manifiesta en contra de este criterio sobre todo AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», GA, 1998, páginas 226 y ss. (241 y ss.). Cfr. al respecto la discusión que sostuvo con AMBOS en «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en: *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 556 y ss.

puede y debe mantener esta exigencia después de eliminar los puntos críticos planteados por sus oponentes; para ello haremos las dos aclaraciones siguientes:

En primer lugar, el aparato de poder no tiene que haberse separado del Derecho por completo, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la República Democrática Alemana (RDA) e incluso las del Estado nacionalsocialista, en muchos ámbitos se movieron dentro del Derecho vigente, pero los ámbitos de actividad de «impedir la fuga de la república mediante disparos» o, para mencionar tan solo el caso más terrible, «la solución final de la cuestión judía», caracterizan actividades totalmente apartadas del Derecho. Y, en segundo lugar, para el apartamiento del Derecho no importa el punto de vista del anterior sistema, sino la actual evaluación jurídica. Entonces, los homicidios del Muro eran acciones al margen del Derecho, aun cuando la dirección estatal de la RDA hubiera tenido otra opinión al respecto. Por supuesto que los asesinatos en masa del régimen nazi también hubieran constituido hechos apartados del Derecho si la dirección estatal de entonces no los hubiera ordenado secretamente sino lo hubiera hecho «legalmente».

Pero sobre la base de ambas aclaraciones resulta evidente que el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder es un presupuesto necesario para el dominio del hecho de los sujetos de detrás. Si p. ej. hubiera estado prohibido, de manera general, matar a los fugitivos del Muro y el resultado solamente hubiera sido consecuencia de órdenes dadas por funcionarios que actuaron por su propia cuenta, tales sucesos hubieran constituido acciones aisladas que hubieran tenido que ser tratadas siguiendo las reglas de la instigación y de la autoría. El soldado fronterizo hubiera podido negarse a obedecer en cualquier momento respaldándose en la legislación de la RDA y en la práctica correspondiente a ella. Lo mismo rige para las acciones de aniquilamiento masivo de los nazis, que no hubieran podido ocurrir jamás si solamente se hubiera tratado de exabruptos de algunos sujetos y no de un aparato de gran magnitud que sistemáticamente, y empleando todas sus partes, había buscado realizar este objetivo. Luego, el sistema (o el subsistema de un Estado), como un todo, tiene que trabajar delictivamente («al margen del Derecho») para que las órdenes de los sujetos de atrás puedan tener la seguridad de tener éxito; esto es lo que fundamenta la autoría mediata.

3. *La fungibilidad de los ejecutores directos*

Para mí también ha constituido siempre un elemento esencial del dominio de la organización la «fungibilidad», o sea la sustituibilidad

de aquellos que, en el actuar delictivo de los aparatos organizados de poder, emprenden el último acto parcial que completa el tipo. La ejecución de órdenes de un sujeto de detrás –según mi tesis– se ve asegurada en gran medida precisamente por el hecho de que están a disposición muchos ejecutores potenciales, de manera que la negativa o cualquier otra indisposición de un individuo no pueda impedir la realización del tipo. Por cierto que esto es discutido, para lo cual se argumenta de distinta manera.

Renzikowski (23) admite, sin más, la «posibilidad garantizada» de que se produzca el resultado gracias a la intercambiabilidad del actor directo. Pero sostiene en contra que las «acciones hipotéticas de terceros», o sea la posibilidad de hacer intervenir a otros ejecutores, no podría fundamentar el dominio del que realmente actuó. Este argumento resultaría acertado si se considerara como instrumento solamente al ejecutor en la situación concreta. Pero ya he expuesto que tal perspectiva individualista que reduce los acontecimientos a una relación entre dos personas no hace justicia a la naturaleza del dominio de la organización. El instrumento es la organización, y para su intervención exitosa la existencia de muchos ejecutores posibles no es una mera hipótesis sino una realidad que garantiza el resultado.

Schroeder (24) ha aportado la objeción de que en caso de necesitarse a especialistas para ejecutar los hechos, estos no podrían ser intercambiables, pero aun así los sujetos de detrás tendrían que ser de todos modos autores mediatos. Pero con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, el cual ha sido elaborado a la medida del «automatismo» descrito y, por regla general, también para una serie de delitos que acontecen siguiendo el mismo esquema. Cuando un servicio secreto tiene que captar a un especialista que es el único capaz de realizar determinado delito, la forma específica de actuar de la organización no puede desarrollarse ya desde el principio. Incluso un autor individual podría contratar a tal sujeto. Luego, en tanto no se hubiera ejercido una presión coercitiva relevante según el art. 35 del Código Penal alemán, solamente se presentará una instigación.

Pero con ello solamente se ha demostrado que no todos los delitos provocados por una organización criminal fundamentarán ipso facto una autoría mediata. Esto yo tampoco lo he afirmado alguna vez. Para tomar un ejemplo cercano a la realidad, cuando una organización criminal sobre una base comercial y sin ninguna coacción, solicita pasa-

(23) RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 89.

(24) FR.-CHR. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 168.

portes falsificados a un taller especializado en ello aunque no perteneciente a la organización, esto no constituye una autoría mediata sino solamente una inducción a la falsificación de documentos. Mas con ello no se ve relativizada sino realzada la importancia de la fungibilidad del ejecutor para la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder.

Finalmente se hace valer en contra del criterio de la fungibilidad el hecho de que el ejecutor directo podría dejar a salvo a la víctima y permitir que se escape, de manera que él tendría el único dominio sobre la producción del resultado y no podría hablarse de fungibilidad (25). Pero en los asesinatos masivos en los campos de concentración, que es el caso que tuve en mente en primer lugar cuando desarrollé la teoría del dominio de la organización, el cómplice individual apenas hubiera podido impedir la muerte de las víctimas a través de su negativa o inactividad. En el caso de los tiradores del Muro, que Herzberg también invoca como ejemplo, a primera vista parece ocurrir algo distinto (26). ¿Acaso el soldado fronterizo no hubiera podido simplemente errar deliberadamente el blanco o mirar a otro lado? Pero en tales casos los hechos no ocurren por regla general así. Y es que cuando un régimen adopta previsiones organizativas para impedir la «fuga de la república» en caso necesario disparando a matar, esto no puede ocurrir de tal manera que se permita dejar pasar sin trabas y sin que nadie lo note a los fugitivos. No se trataría de una organización funcional. Más bien tiene que crearse un sistema de vigilancia mutua de los puestos, tal como también se produjo en la República Democrática Alemana. Entonces, puesto que el matar a tiros dependía de «algunos pocos soldados», cuando gracias a la inactividad saboteadora de los soldados fronterizos tenía éxito una fuga (habría que aclarar si tal caso se presentó alguna vez), esto era, desde la perspectiva de los detentadores del poder, un fallo de la organización, una «avería».

Pero este no-funcionamiento es mucho más raro en una organización criminal que en la intervención de un instrumento no culpable o uno sometido a error, casos en los cuales, a nadie se le ocurre poner en duda la autoría mediata sólo por el hecho de que el intento podría fracasar en casos aislados. Pese a todo, al comparar los casos de asesinatos masivos nazis y los de los tiradores del Muro, se nota que la fungibilidad puede tener una medida variada según la organización

(25) HERZBERG (como en la 15), pp. 37 y ss.

(26) LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen beim vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, 2002, pp. 151 y s., quien admite el criterio de la fungibilidad pero que rechaza también aquí una autoría mediata.

delictiva, de manera que resulta aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio y en los demás presupuestos ya mencionados.

4. *La esencialmente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*

Es por eso que, en los últimos años (27), a los tres presupuestos ya mencionados del dominio de la organización he añadido una cuarta exigencia, siguiendo en ello parcialmente a Schroeder (28), Manfred Heinrich (29) y los trabajos de Schlösser y Urban (30): la esencialmente elevada «disponibilidad al hecho del ejecutor».

La Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra Fujimori, ha tratado con más detalle este punto de vista al decir (31): «Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales Roxin apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho».

La Corte enfatiza que sobre este presupuesto hasta ahora no se habría alcanzado aun consenso, pero lo admite al señalar (32) que «el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizado de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho actúa con una motivación distinta de aquel otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito». Sólo que «la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí» (33).

Yo estoy de acuerdo con esto pero opino, después de reflexionar una vez más, que si bien es correcto, para fundamentar la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, invocar «la

(27) Últimamente en el artículo «Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft», en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, tomo 125, 2007, pp. 1 y ss.

(28) SCHROEDER (como en la nota 24), p. 150.

(29) HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, pp. 271 y ss. (273).

(30) Cfr. nota 14.

(31) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. Tr.: en la versión oficial publicada en la página web del Poder Judicial se trata de la página 649].

(32) Como en la nota 10, p. 649 [n. d. Tr.: página 650 en la versión oficial].

(33) Como en la nota 10, p. 648 [n. d. Tr.: no varía en la versión oficial].

considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor», no obstante esto no constituye un presupuesto autónomo sino que se deduce de los otros presupuestos del dominio de la organización.

Fueron muchos y variados los motivos que yo había hecho valer para la disposición esencialmente elevada al hecho del ejecutor en el marco de organizaciones delictivas (34). En primer lugar se tiene a la organización jerárquica, la cual ya por sí misma es idónea para provocar tal tendencia de adaptación. Luego está el «poder de mando» de los sujetos de detrás que, si bien no alcanza el grado de una coacción, puede acercarse a ella un buen trecho. Muchas veces el ejecutor dispuesto, en caso de negarse a obedecer, tendrá que temer la pérdida de su puesto, el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, y con ello se verá apremiado hacia una mayor disponibilidad al hecho. Adicionalmente, el «apartamiento del Derecho» del aparato puede elevar la disponibilidad al hecho haciendo que el ejecutor ceda ante sus pretensiones de hacer carrera, su necesidad de figurar, su ceguera ideológica o incluso a motivaciones sádicas u otras de carácter criminal, suponiendo que no sería perseguido penalmente. Y finalmente, incluso la fungibilidad de los individuos puede llevar a una disposición al hecho cuando alguien que por sí solo nunca cometería tales hechos, sí lo hace diciéndose a sí mismo: «Si yo no lo hago, otros lo harán de todos modos».

Entonces, en la «esencialmente elevada disponibilidad al hecho» se trata de un fenómeno que si bien es sostenido por los tres «pilares básicos» del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad), también refuerza la fundamentación para afirmar la existencia del dominio del hecho del sujeto de detrás. Y es que el dominio del sujeto de detrás depende de la seguridad con la cual pueda imponerse la orden. Este dominio se ve considerablemente incrementado cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, se pueda contar con una elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

VI. PALABRAS FINALES

Con esto he llegado al final de mi exposición, en la cual he tratado de presentar a ustedes la figura jurídica del dominio de la organización que yo he desarrollado. La influencia internacional que esta construcción especial de la autoría mediata ha alcanzado en las últimas

(34) Últimamente en *ZStrR*, tomo 125, 2007, p. 16.

décadas se debe a que las democracias reinstauradas, tras la caída de las dictaduras, están tratando cada vez más de superar los crímenes de los regímenes anteriores mediante procesos respetuosos de los principios del estado de Derecho, con los cuales se haga responder penalmente a los anteriores detentadores del poder. Creo que esto constituye un desarrollo digno de aplauso porque pone a la vista de los poderosos, de una manera que ojalá sea suficientemente preventiva, los riesgos que involucran el abuso de poder. También Chile ha experimentado diversas dictaduras en las últimas décadas. En este contexto tengo que dejar a juicio de ustedes el que la justicia chilena pueda sacar algún provecho de lo que acabo de exponer.

Agradezco la atención gentilmente dispensada.