

LA AUTORÍA MEDIATA CON APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

*José Fernando Reyes Cuartas**

El presente escrito se ocupa de explicar la nominada por CLAUS ROXIN *autoría mediata con aparatos organizados de poder*, en la cual se evidencia una separación de la doctrina dominante, que proclama la imposibilidad dogmática de la existencia de un autor mediato responsable, cuando el ejecutor instrumental de la orden delictiva ha actuado con responsabilidad (dolosa o culposa). ROXIN refina su tesis para tratar de probar cómo cuando median organizaciones con poder, jerárquicamente estructuradas, que actúan al margen del Derecho, los ejecutores materiales se tornan en fungibles dado el funcionamiento automático de la organización; tales pueden contar con que la orden se cumpla de todas maneras, reputándose entonces autor mediato el centro de poder que ha dado la orden, pero posibilitándose que también sea punido como autor quien ha realizado materialmente el tipo.

Temas relacionados: autoría y participación, autoría mediata, coautoría, dominio por organización, autoría accesoria, inducción, responsabilidad en el ámbito de la empresa, criminalidad organizada.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Fue R. FRANK quien postulara, hacia 1925, lo siguiente: “hay condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia [...] rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no

* Procurador Delegado para la Moralidad Pública, profesor de Derecho Penal.

son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado”¹.

No tener al inductor como autor se fundamenta precisamente en que este último tiene un margen de libertad de acción que le permite escoger entre realizar o no aquella conducta que le dibuja el inductor. La teoría tradicional ha enseñado entonces que existe un principio de *propia responsabilidad* en virtud del cual cada quien debe ser penado sólo por aquello que es obra suya y en la extensión que ese ejercicio de la libertad ha demarcado. Un tal principio ha permitido delinear la extensa y elaborada discusión sobre la autoría y la participación. Y así, el Derecho Penal perfila un conjunto conceptual que permite diferenciar el inductor, el cooperador, el autor, el coautor, el cómplice, etc., estrechando unos límites, esclareciendo unos requisitos, demarcando unas fronteras, que permitan configurar el grado o clase de atribución a cuyo título puede ser llamado a responder en juicio un destinatario de la norma penal.

Pero fue ROXIN, hacia 1963² y ante la evidencia de hechos que de solucionarse de la manera tradicional comportarían evidente injusticia, quien ideó la llamada *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*; se trata de una constelación de casos en los cuales, no obstante que un autor de manera directa realice el tipo, imputándose el hecho al mismo, merced al principio de propia responsabilidad, es posible sin embargo pregonar la existencia de un autor mediato, esto es, predicar que éste también ha realizado el tipo.

II. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

En Derecho Penal “la autoría” es la categoría juspenal que procura el discernimiento de criterios que permitan atribuir una conducta punible a una persona como su autor; empero, al ser posible que varias personas, desempeñando diversos roles, actúen dentro de un *iter* criminal, la dogmática penal debe encontrar criterios razonables y proporcionados que permitan “diferenciar”³ la actuación de cada interviniente en el hecho, a los efectos de la aplicación de la pena que, justamente, a cada uno corresponde.

La autoría básicamente se define como la realización de “un hecho propio”; la participación, como contribución “en el hecho ajeno”⁴. Desde luego que tan elemental

1. Citado por J. HRUSCHKA “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”, PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ (trad.), *Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 5, Madrid, UNED, 2000, pp. 189 y ss. Una explicación plausible sobre la teoría tradicional de la “prohibición de regreso” de FRANK en R. ROBLES PLANAS. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 82 y ss.; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*, Granada, Edit. Comares, 1999, pp. 20 y ss.
2. Cfr. K. AMBOS. *Domínio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, MANUEL CANCIO M. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 11.
3. Algunos modelos de derecho penal entienden que todos los que participan en el delito son autores. Tal es el llamado sistema unitario; las tesis que reconocen diferencias dan lugar al llamado sistema diferenciado. Cfr. CAROLINA BOLEA BARDÓN. *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 35.
4. Así, *ibíd.*, p. 38. De esta cuestión también se desprende la consideración de la autonomía y la dependencia entre la autoría y la participación en el delito. Cfr. *ibíd.*, p. 39.

forma de definir encubre el problema fundamental, cual es hallar los ya anotados *criterios* para esclarecer cuándo un hecho puede ser tenido como propio y cuándo como ajeno. Puede asentarse que sobre la respuesta de tal cuestión, se construye toda la teoría dogmática de la autoría y la participación.

Las teorías ensayadas pretenden dar respuestas suficientes a esta problemática. Un primer momento se identifica con el llamado “concepto extensivo de autor”; se entiende que todo aquel que participe en la dinámica delictiva pone una condición del delito y por ende ha de tenerse en principio como su autor, pero la ley obliga a establecer “grados de responsabilidad”, lo que no es sino afirmación del principio de “proporcionalidad”. Por ello, siendo todos los intervinientes causa del resultado, es lo cierto que deben introducirse “criterios de valoración”⁵. Se discute sin embargo si un concepto extensivo de autor pueda mantenerse sin acudir a las teorías subjetivas⁶; tales son las llamadas “teoría del dolo” y “teoría del interés”, basadas en la voluntad de autor o de partícipe, la cual llevó a soluciones político-criminalmente insostenibles, como tener como partícipe a quien de propia mano daba muerte a otra persona, pero sin ánimo de autor.

El “concepto restrictivo” de autor procura explicar que no todo “interviniente” en el hecho es autor, sino sólo aquel que reúne los requisitos que permiten afirmar que “ha realizado” un tipo de la parte especial⁷. Las teorías “objetivo formales”, por su parte, dicen que es autor sólo quien ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones ejecutivas descritas expresamente en cada tipo de la parte especial. Como se ve, una teoría así expuesta deja impune la participación de aquel que no realiza ninguna acción en el sentido descrito por el tipo. Ello ocurre p. ej., en el caso de la autoría mediata y la coautoría.

Las “teorías objetivo materiales”, para diferenciar autor de partícipe, remiten al peso o dimensión objetiva del aporte efectuado. La autoría será el aporte mayor u objetivamente más trascendente; en fin, se acude a la mayor o menor peligrosidad del aporte respecto del hecho; varias *subteorías* trataron de afinar la discusión (teoría de la necesidad, de la simultaneidad, de la supraordenación, etc.); se pretende no introducir criterio subjetivo alguno y fundar todo en la “causalidad”. Ello originó que prontamente la doctrina y la jurisprudencia la desecharan pues, ciertamente, no es posible diferenciar la autoría de la participación, “sin acudir a valoraciones”.

Por su parte, la teoría objetivo-subjetiva del “dominio del hecho” se hizo mayoritaria. El matiz subjetivo de la teoría hace referencia al dominio de la acción en el entendido que es autor quien decide el *si* y *el cómo del hecho*; el partícipe será quien, sin gobernar el proceso, “contribuye” al mismo. ROXIN, sin embargo, introducirá la

5. Ello fue así expresado por MEZGER, según lo cita BOLEA B. *Autoría*, cit., p. 44.

6. Así, *ibíd.*, pp. 45 y ss.

7. Así, *ibíd.*, p. 50.

variante para los delitos de infracción de deber, en los cuales sólo es posible que sea autor quien infringe un especial deber⁸.

ROXIN distingue así tres formas de dominio del hecho:

Por dominio de la acción (autoría única inmediata)⁹.

Por dominio de la voluntad (autoría mediata, sea por coacción, utilización de inimputables)¹⁰.

Por dominio funcional (coautoría)¹¹.

El dominio del hecho por “dominio de la voluntad” puede darse a su vez:

Mediante utilización de un agente no libre (coacción)¹².

Utilizando un ejecutor material que obra por error (error)¹³.

Utilizando la superioridad derivada de elementos síquicos o intelectuales (sobre inimputables y menores)¹⁴.

Cuando el sujeto de atrás opera con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, dominando el curso del suceso (dominio por organización)¹⁵.

Es del caso entonces indagar por qué esta última categoría no es posible de encuadrar dentro del dominio por coacción, o por qué no tenerla como una forma de coautoría o inducción. ROXIN muestra cómo el dominio del hombre de atrás puede asentarse en el error o en la coacción de quien opera como ejecutor material, pero siente que no están colmadas así todas las posibilidades, restando una que hasta el momento de escribir su especializada obra no habían desarrollado ni la jurisprudencia ni la doctrina: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas¹⁶.

8. Sobre las variaciones introducidas a esta concepción por SCHÜNEMANN, cfr. BOLEA BARDÓN. *Autoría*, cit., p. 65.

9. ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 149 y ss.

10. *Ibíd.*, pp. 163 y ss.

11. *Ibíd.*, pp. 303 y ss.

12. *Ibíd.*, pp. 165 y ss.

13. *Ibíd.*, pp. 192 y ss.

14. *Ibíd.*, pp. 257 y ss.

15. *Ibíd.*, pp. 267 y ss.

16. *Ibíd.*, p. 268. Incluso se dice que la teoría elaborada en su día por ROXIN no ha experimentado desarrollos ulteriores satisfactorios y apenas si se le trata de acomodar al derecho penal socioeconómico, pero a costo de cercenar uno de sus requisitos, a saber, la actuación al margen del derecho. Cfr. AMBOS. *Dominio*, cit., p. 11.

III. POSTULACIÓN INICIAL

La construcción de la respuesta se hace a partir de los juicios de Nuremberg, en los cuales no se estableció jamás que se hubiese castigado a algún servidor del nazismo por haberse negado a ejecutar una orden, pues a lo sumo, o no se les ascendía de grado o se les trasladaba de puesto de trabajo; asimismo ROXIN¹⁷ halla que no es susceptible predicar frente a los ejecutores materiales la justificante de la obediencia debida ni un error sobre tal causal de justificación; así entonces, se construye la autoría mediata por dominio de organización, caracterizada por:

1. Utilización por el hombre de atrás de una maquinaria personal con cuya ayuda puede ejecutar sus crímenes sin acudir a la delegación a un tercero que ejecuta la orden autónomamente, pues
2. Se trata de una organización que obra “automáticamente”¹⁸ sin que importe la persona individual del ejecutor material el cual es “fungible”¹⁹, esto es, múltiples personas pueden remplazarle de no llevar adelante la ejecución material;
3. Conciencia por el hombre de atrás de la fungibilidad del ejecutor material que le permite asegurar que si uno elude el cumplimiento de la orden otro la llevará a cabo, no afectándose así el plan global de su ejecución.
4. El aparato de poder debe funcionar globalmente fuera del marco del orden jurídico²⁰.

17. ROXIN. Ob. cit., p. 271.

18. El operar automático de la organización no significa ausencia de libertad en los ejecutores, pues entonces cabría simplemente hablar de individuos coaccionados, y esto nos ubicaría ya dentro de las conocidas formas de dominio del hecho por dominio de la voluntad. Que la organización obra de manera automática significa que, “con independencia de que se dé o no la predisposición a cometer el delito por parte de un ejecutor concreto, el funcionamiento del aparato de poder y, consecuentemente, la realización típica están asegurados”: FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal*, p. 95. Más detalles sobre este punto en ibíd., pp. 92 y ss.; también, ibíd., pp. 106 y ss., donde se explica la postura de HERZBERG, quien procura demostrar un *injusto de organización* a diferencia de un “injusto personal”. Para ello insiste en la intercambiabilidad de los autores directos como elemento preponderante, pero hace ver que estos son apenas miembros de una cadena, dado que en verdad quien ejecuta la orden no es el instrumento sino el mecanismo de poder que funciona de manera casi automática, mismo que no puede ser detenido por la negativa a actuar de uno de esos eslabones (cursiva original). Sobre la distinción “injusto por organización” e “injusto individual”, también BLOY. Ob. cit., p. 110; AMBOS. Ob. cit., p. 31.

19. Se dice, empero, que el número no es nunca ilimitado. En realidad ello es así, el requisito ha de entenderse en el sentido de que el resultado (o el éxito del plan) no depende en exclusiva de una persona, sino que un número plural de personas-engranaje podrían tomar las riendas del hecho para llevarlo a su fin de manera alternativa o acumulativa si se quiere. Críticas en este sentido en AMBOS. Ob. cit., p. 23.

20. Tal requisito se explica ante todo dentro del contexto de la génesis de la teoría, pensada para delitos propios del DIH en los cuales es evidente que se abusa del poder por organismos o autoridades estata-

Se concluye que no falta “ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de atrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”²¹.

En la teoría de ROXIN y que ha sido reafirmada por otros autores, la fungibilidad del autor material es elemento *sine qua non* de la teoría²²; no es preciso que se conozcan uno y otro, que acuerden un plan, que distribuyan roles; no; aquí es basilar tener claro que ese autor material poco pesa en el buen resultado del plan, pues si él se negara a llevar a cabo la ejecución material de inmediato sería cambiado por otro que lo haría, pues el autor de atrás tiene todo el poder para así disponerlo. Esto es, el plan no fracasa porque un ejecutor material decida obstaculizar o no colaborar. Aquí cobra vigencia entonces el llamado “dominio por organización”, pues es el entramado de poder lo que permite que el hombre de atrás gobierne, dirija y prescriba el si y el cómo del resultado²³.

En tal sentido, es del caso insistir en que el criterio del dominio por organización funda su posibilidad de aplicación ante todo en la fungibilidad de los ejecutores materiales²⁴, por lo que apelar a la incondicionada voluntad del ejecutor como requisito fundador no sólo equipara en este punto la autoría mediata con la inducción, sino que deja expósita la capacidad de rendimiento del concepto, pues, si precisamente esa voluntad del ejecutor desaparece, y no se tuviera la posibilidad del intercambio, la realización del hecho delictivo fenecería.

El dominio por organización en estructuras de poder organizado no se asimila, en la teoría original de ROXIN, al caso del concierto para delinquir en el cual el si y el cómo

les, que deberían actuar según el principio del Estado social y democrático de Derecho, mismo que se irrespeta cuando, precisamente, en lugar de auspiciar la promoción y garantía de los derechos fundamentales se atenta de manera diversa contra ellos (secuestros, torturas, desapariciones forzadas, eliminación sistemática de opositores, etc.). Este requisito, que, como se dijo, se plantea ya en la versión original de ROXIN de 1963, modernamente se ha pretendido retirar, para posibilitar la aplicación de la teoría dentro del ámbito de la responsabilidad empresarial; a ello se ha opuesto ROXIN, arguyendo que cuando en la empresa el jefe da una orden delictiva, lo que el Derecho espera es que el subordinado se niegue. Autores como AMBOS. *Domínio*, cit., pp. 49 y ss., procuran demostrar su no necesidad.

21. ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 271 y ss.

22. Opina que en lugar de tan elevada importancia la fungibilidad opera como argumento a favor de la inducción y en contra de la autoría mediata, J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Edit. Comares, 1996, p. 275.

23. Es importante hacer notar que se trata de un auténtico dómine y no apenas de un actor secundario, de un simple asesor o de un dispensador de instrumentos de comisión del delito, pues, si tal fuere el caso, apenas se estaría hablando de un partícipe no obstante hallarse imbricado dentro de una estructura de poder. Ello no es más que la consecuencia de la afirmación del ya anotado principio de proporcionalidad. De tal opinión, FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal*, cit., p. 116.

24. No lo considera así el Tribunal Supremo Federal alemán, que apenas lo entiende un medio para obtener el dominio del hecho, cfr. *ibíd.*, p. 77.

del hecho se fundan en relaciones individuales de quienes son actores del hecho, entre sí.

ROXIN concibió su tesis ante todo para los delitos que aluden al Derecho Internacional Humanitario. Se dice, en efecto, que el genocidio resulta impensable como hecho individual. En estos delitos las formas comunes de autoría y participación, pensadas para hechos individuales, no tienen suficiente capacidad de satisfacción dogmática.

Así entonces, la teoría de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder es pensada en inicio ante todo para solucionar los problemas que son observables en materia de delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en estos delitos las formas comunes de autoría y participación, pensadas para hechos individuales, no tienen suficiente capacidad de satisfacción dogmática²⁵. Pensado así el asunto en sus inicios, resulta pertinente observar si la tesis puede extrapolarse al fenómeno de la delincuencia socio-económica en el ámbito de la criminalidad de empresa, como se verá más adelante.

ROXIN entiende que la teoría es aplicable (i) en aquellos casos en que el Estado utiliza el poder que le es consustancial así como las organizaciones que le están subordinadas para cometer delitos (forma propia de actuación del totalitarismo) y (ii) en aquellos eventos que se cometen dentro de organizaciones secretas, bandas delictivas y otras de similar estirpe, en tanto exista una rígida organización independiente del cambio de los individuos que la integran, con la pretensión de atentar contra el ordenamiento jurídico vigente²⁶.

La pregunta que inquieta es: ¿y por qué acudir a una nueva teoría si *prima facie* pueden observarse dos cuestiones problemáticas, a saber, se rompe la teoría al uso imperante en materia de autoría, donde se tenía claro que “si existía un autor inmediato responsable” los demás serían partícipes o coautores, y esta nueva tesis nos viene a generar ahora un autor detrás del autor? ¿En qué queda entonces el principio de la *propia responsabilidad*?

En efecto, si tal principio informa que se es responsable sólo de aquello que voluntariamente hemos realizado, ¿cómo imputar a un sujeto la autoría de un delito que otro diferente ha realizado responsablemente? De otra parte, ¿para qué una teoría como esta, cuya capacidad de rendimiento dogmático apenas si operaría en unos pocos delitos de la parte especial?

Bien puede decirse que una tesis como esta se genera en la aspiración de ROXIN, relativa a que a la hora de resolver problemas ha de procurarse el logro de un equili-

25. Cfr. CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 6.^a ed. por CUELLO CONTRERAS SERRANO-GONZÁLEZ, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 277.

26. ID. “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1985, p. 407.

brio entre *lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio*²⁷. Ciertamente, no parece *satisfactorio* que quien decide el sí, el cómo y el cuándo del delito, que además actúa tras la mampara del ejercicio del poder, que hace cumplir su voluntad a pesar de los obstáculos u oposiciones que un equipo de subordinados pudiera exhibir, que, en fin, desde la seguridad de un escritorio al cual se ha encumbrado incluso merced a favores de la democracia, apenas sea tratado como un partícipe del delito y no como su señor y dueño.

Por ello la fungibilidad de los ejecutores materiales, plenamente responsables, en cuanto elemento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, significa ante todo poner el acento y el rol protagónico del delito en el hombre de atrás, sin que ello quiera decir que el ejecutor material no sea importante, que en efecto lo es, o si no poner de relieve que quien es “decisivo” en la realización del delito no sea considerado como simple accesorio, sucedáneo o *actor de segunda* en el evento delictivo²⁸.

Ciertamente el principio de propia responsabilidad tan absolutamente necesario para fundamentar la autoría, y desde luego mayoritario, al parecer impediría una construcción de esta jaez²⁹; no se niega pues la quiebra sistemática que significa la admisión de esta teoría —lo cual ha sido puesto en evidencia por la doctrina³⁰—, empero, ROXIN —entre otros—³¹ no duda en postular que de manera excepcional se tiene que admitir tal posibilidad; la excepción la constituye, ciertamente, la autoría por medio de estructuras de poder organizadas.

En efecto, el principio de propia responsabilidad indica que cada quien es responsable sólo de su propia actuación (¡queda por determinar cuáles son los criterios para esclarecer cuándo la actuación es propia y cuando ajena!). Ello es clara consecuencia de entender que cada persona actúa dentro del ejercicio del libre desarrollo de su personalidad y que su decisión por incidir en derechos ajenos ciertamente permite imputarle actos como suyos, pero es claro también, que el principio de interdicción del exceso proscribe traspasar el límite de la propia actuación; de suerte que el indi-

27. Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 68.

28. HERZBERG dice que no se le puede reducir a la condición de comparsa. Cfr. P. FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal*, cit., p. 108.

29. Con todo, BOLEA BARDÓN. *Responsabilidad penal*, cit., p. 103, procura demostrar que quien instrumentaliza a otro en realidad responde por esa, su propia conducta, y no por lo que el instrumento haya realizado, de suerte que aún así es posible afirmar de la aplicación del principio de responsabilidad, sin excepcionarle. Sin embargo, la afirmación, que parece convincente, desconoce el hecho de que quien actúa de manera plenamente responsable en lugar de ser un instrumento es más un eslabón de la cadena delictiva, pues un tal concepto parece ser de uso aconsejable únicamente en aquellos casos que se obra sin voluntad o conciencia (dígase coacción, error inevitable o inimputabilidad). Que esto es así lo tiene claro la propia FARALDO. Ob. cit., p. 110, cuando replica a BLOY la utilización del giro “instrumento” en el sentido que aquí hemos anotado. Es pues evidente la contradicción.

30. Cfr. *ibíd.*, p. 101, n.º 163.

31. Cfr. *ibíd.*, p. 102, n.º 164; también p. 108, n.º 177.

viduo movido por una norma subjetiva de determinación que dimana del Estado y que ha volcado su actuar de manera contraria al querer de aquél es responsable de ese acto que se le imputa como suyo. Así, la decisión de participar en hecho ajeno no se funda en un injusto ajeno sino en un injusto propio³².

Es clave, pues, hacer ver cómo el origen de esta postura procura limar las injusticias que la teoría tradicional propicia; por supuesto que las tesis llegan a ser aquello que los desarrollos dogmáticos propician y no apenas lo que sus mentores pretenden, y esto es del caso decirlo porque hoy se le busca una mayor capacidad de rendimiento al concepto, tratando de anclarle en el derecho penal económico para construir soluciones al problema de la autoría en el ámbito empresarial y, de otra parte, en el seno de la llamada *criminalidad organizada*.

IV. LOS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES DE LA TEORÍA

La autoría mediata con aparatos organizados de poder ha sido examinada en su capacidad de rendimiento en varias oportunidades.

1. En nuestro contexto, son de citar las sentencias de la Cámara Nacional de apelaciones en lo criminal y correccional de Buenos Aires del 9 de diciembre de 1985 y de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del 30 de diciembre de 1986. Se ocuparon los tribunales judiciales en tal ocasión de las conductas de los “comandantes en jefe” de las fuerzas armadas argentinas en la época de la dictadura sufrida en la década de los 70-80 por tal nación. Debe recordarse que las fuerzas armadas derrocaron a la autoridad constitucionalmente legítima, haciéndose al poder, y por supuesto a partir de allí se inicia todo un entramado cuyo fin es permanecer en el ejercicio de la autoridad. Para ello era menester detectar los focos de oposición, aislarlos, someterlos a procedimientos que asegurasen la obtención de información (tortura), todo ello dentro de la más absoluta clandestinidad, lo cual se demuestra con la ausencia de registros y en general la imposibilidad de entregar información a sus familiares. Las órdenes venían de los jefes y se ejecutaban por subordinados de menor rango.

Fue del Ministerio Fiscal la tesis de que los comandantes eran autores mediatos de los delitos ejecutados por sus subordinados pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder en el cual el delito se asegura en su resultado merced a

32. Sobre ello, P. FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 41, n.º 52; pp. 105 y 106; también, BOLEA BARDÓN. *Autoría*, cit., pp. 116 y ss. Con claridad dice esta última que “Del aspecto fundamentador del ‘principio de propia responsabilidad’ se deriva que el sujeto que crea activamente peligros para intereses ajenos queda sometido al criterio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador, originador de peligros para terceros. La responsabilidad se basa así en la creación de riesgos que parten de la propia esfera de organización”. Y así, es posible distinguir diversas categorías merced al criterio limitador que inspira este principio, pero sin olvidar que “cada persona responde por su propia conducta”, de suerte que el autor mediato aun sin realizar de propia mano el hecho descrito en el tipo “realiza su propia conducta delictiva”.

tratarse de ejecutores fungibles. Basta observar las alegaciones del ente público, para observar cómo la construcción del caso se hace siguiendo uno a uno los requisitos que en su oportunidad expusiera ROXIN³³.

El fallo, luego de desechar la teoría formal objetiva como la aplicable y replicar la imposibilidad de autoría mediata en los jefes al existir ejecutores materiales responsables, acoge directamente la teoría de ROXIN en punto a la autoría mediata por aparatos organizados de poder, y así manifiesta que se trata de ejecutores fungibles que obran como parte de un engranaje, bastando al jefe controlar los resortes del aparato, de tal manera que ante la renuencia de alguno de aquéllos bastará remplazarle, sin que se afecte el plan total. Se hace hincapié en que el autor mediato en realidad no se vale de una persona sino de un *sistema* compuesto de personas fungibles en función de un fin, lo que hace que el autor directo pierda toda trascendencia al ser su papel “secundario”.

Como es fácil concluir, al lado de un Estado de Derecho que gobierna (que no Estado Constitucional de Derecho), da órdenes y organiza el ejercicio del poder, camina un para-Estado que ordena exterminar, torturar, etc. pero sin dejar huella; que niega esas actuaciones y que muestra a los denunciantes como contradictores y opositores al establecimiento. En ROXIN es clave detallar que esa organización funciona separada de los cánones del Estado legítimo³⁴, y tal es uno de los puntos que halla controversia entre quienes se ocupan de la posibilidad de aplicación de esta teoría³⁵.

2. Así mismo, en su oportunidad el Tribunal Supremo alemán se ocupó del llamado caso del “rey de los gatos” (1988). Se trata de una pareja de personas que se aprovecharon de la mente absolutamente influenciable de un policía que creía en toda clase de magias y supercherías; la mujer integrante de aquella pareja, de quien el policía se hallaba muy enamorado, empezó a *divertirse* con éste, le convenció de la existencia de un “rey de los gatos”, amo de la maldad y de la desgracia del mundo; enterada de que su ex novio se había casado, convenció al policía de que debía dar muerte a la esposa de su ex novio como un acto de sacrificio al “rey de los gatos” por las faltas que el propio policía había cometido. Negándose el policía por sus convicciones religiosas, se lo convenció de que la prohibición de matar no regía para él por cuanto se trataba de un encargo divino. El policía apuñaló, sin lograr matar, a la mujer. El tribunal de primera instancia condenó a las tres personas como autores de una tentativa de homicidio, ordenando que el policía se internase en un hospital psiquiátrico. Para el Tribunal Supremo Federal es claro en este caso que la pareja ha provocado un error de manera deliberada en el policía, pero son ellos quienes han dirigido el paso

33. En Argentina se publicó en 1985 en *Doctrina Penal*, Edit. Depalma, el artículo “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, pp. 399 y ss. Por supuesto, habrá de recordarse que la inicial postulación de ROXIN data de 1963.

34. *Ibíd.*, p. 406.

35. Cfr. AMBOS. *Domínio*, cit., pp. 49 y ss.

de los hechos (dominio por organización) y por ende el ejecutor es un instrumento, pero que actúa culpablemente, pues es predicable la existencia de un error vencible de prohibición. Se trata pues de un autor detrás del autor. Sin embargo, es del caso matizar que no construye una regla definitiva para casos de esta estirpe, esto es, que siempre que se actúe bajo error evitable de prohibición por el ejecutor inmediato, los de atrás serán autores mediatos; el criterio se blinda expresando que para que se pueda predicar autoría mediata es necesario que ello se deduzca “en el caso concreto, de la forma y la trascendencia del error y de la intensidad del influjo del hombre de atrás”³⁶.

Con todo, es observable que si bien es loable el esfuerzo argumentativo del Tribunal Supremo, al tratar de asentar la decisión del caso como autoría mediata, no apenas sobre la base del principio de propia responsabilidad, sino extrapolando hacia criterios de carácter valorativo que remiten al grado de influencia y peso sobre el hecho delictivo, es lo cierto que tal forma de solucionar el caso introduce un amplio grado de inseguridad jurídica.

3. El caso de los disparos sobre el muro. Se ocupó en su momento (1994) el Tribunal Supremo Federal alemán del caso de los llamados disparos en el muro. Se consideró a los integrantes del Consejo de Defensa Nacional³⁷ (CDN) autores mediatos de los homicidios producidos por los guardias de frontera quienes impedían “hasta con la muerte por disparo de fusil, pues se trataba de auténticos enemigos”, la huida de quienes intentarían traspasar el muro de Berlín. Según consta en el fallo³⁸, la idea de impedir con el muro esas huidas data de 1961 y surgió como remedio para evitar las masivas salidas de ciudadanos que trataban de escapar de la RDA. Se autorizó, si no había otra forma de evitar las huidas, la muerte de quienes lo intentarían. Así las cosas, la frontera se constituía en un intangible protegible a toda costa y quizá –implícitamente– de un superior valor a la vida humana. Se intentó mantener en reserva estos actos, lo que dificultó acciones de salvamento o asistencia médica; sí es claro, en cambio, que hubo mociones de felicitación a los soldados que impidieron las huidas. El tribunal de primera instancia condenó a las personas inculpadas miembros del CDN como “inductores” de homicidio pues, en su sentir, los soldados eran plenamente responsables. Ello impedía tener a aquéllos como coautores (pues los miembros del CDN no ejecutan personalmente ningún elemento del tipo); tampoco eran cómplices, pues es claro que la decisión de cometer el hecho es de los miembros del CDN.

El Supremo Federal modificó el fallo considerando que se trataba de autoría mediata. En efecto, se considera que, no obstante existir un ejecutor inmediato responsable, es posible hablar de un autor mediato dado que el legislador bien ha dicho que *se puede realizar el hecho a través de otro*; para el caso se considera que quien merced a su

36. Cfr. FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal*, cit., p. 55.

37. Órgano del Estado central que se ocupaba de la dirección de las medidas de defensa y seguridad de la RDA.

38. Una amplia reseña en FARALDO CABANA. Ob. cit., pp. 60 y ss.

mando jerárquico domina el curso del suceso típico, debe ser autor mediato por cuanto la fungibilidad del ejecutor otorga al hombre de atrás el dominio del hecho. El tribunal considera que puede mantenerse que si el ejecutor actúa sin error y de forma responsable, el hombre de atrás *no* es autor mediato, pues éste domina el hecho de manera completa, mas ello no ocurre si puede considerarse que el hombre de atrás conduce de forma casi automática a la realización del tipo. Lo que acaece en caso de estructuras organizadas del tipo estatal o empresarial, en las cuales se aprovecha la disposición sin condiciones del ejecutor, siendo posible decir que el hombre de atrás *quiere* el resultado como consecuencia “de su propia acción”; aclara entonces el fallo que la autoría mediata se predica aquí por cuanto el hombre de atrás domina el hecho porque sabe que están puestas las condiciones estructurales para que el delito tenga realización, dado que el ejecutor instrumental con seguridad la realizará. Considerar algo diferente de autoría mediata en un caso como estos no haría justicia a la dimensión y trascendencia objetiva del aporte.

La sentencia pone en evidencia un punto importante, para destacar que esta forma de autoría mediata no sólo es predicable en casos de abuso del poder estatal sino además en organizaciones de tipo mafioso en las cuales la lejanía del jefe al subordinado, tanto geográfica como temporal y jerárquica, impide hablar de coautoría con división de trabajo.

Debe resaltarse además que esta tesis ha sido reiterada por el Tribunal Supremo Federal alemán en varios casos, todos ellos a partir de 1996³⁹.

V. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA

En este apartado trataremos de reseñar las críticas que algunos importantes autores han hecho a esta especial forma de autoría mediata, críticas que remiten a enseñar los yerros de la misma, ora a probar que la problemática planteada es solucionable por la vía de la inducción o la coautoría.

A. LA COAUTORÍA

En Derecho Penal colombiano son coautores “los que ‘mediando un acuerdo común’, actúan con ‘división del trabajo criminal’ atendiendo ‘la importancia del aporte’” (num. 2 art. 29). Ha recalcado ROXIN que los coautores *codominan* el hecho y puede asentarse que son sus dueños, no apenas de una porción del mismo, sino de su totalidad; en efecto, ambos son imprescindibles para el éxito del plan global trazado, pero la sola voluntad de uno de ellos hace que el proyecto fracase. Por ello entonces, “es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo

39. FARALDO CABANA. *Responsabilidad penal*, cit., p. 73, n.º 117.

pretendido. Nada importa al respecto de su disposición subjetiva hacia el acontecer⁴⁰. No es preciso, sin embargo, que el coautor ejecute actos materiales de los descritos en el tipo para ser tal; es preciso observar si la empresa fracasa si el interviniente retira su aporte, para determinar la coautoría.

Resaltados estos elementales aspectos, salta a la vista que la autoría mediata con aparatos organizados de poder no puede ser vista como una forma de coautoría, pues es lo cierto que en aquellos casos no existe en multitud de ocasiones siquiera contactos mínimos entre quien decide y quien ejecuta; sea por la lejanía en la jerarquía, sea por la distancia geográfica, en fin, por factores de especie diversa que incluso explican cómo la orden va de boca en boca, desde el grado supremo al de menor rango (lo cual plantea el agudo problema de cuándo comienza la tentativa en esta forma de autoría mediata); pero aquello que cobra más vigencia para una respuesta negativa lo constituye sin duda el hecho de que el ejecutor instrumental de la orden puede decidirse a no seguir adelante con el plan delictivo y, sin embargo, otro dentro de la organización tomará su lugar y la ejecutará, y en su defecto otro lo hará, hasta encontrar dentro de la jerarquía quien cumpla con la orden que *viene de arriba*. Por supuesto que una tal posibilidad hace imposible hablar de coautoría en la temática que nos ocupa⁴¹.

Asimismo, acorde con el principio de legalidad del Código Penal colombiano, al no mediar acuerdo común expreso (incluso es de discutir si quien cumple órdenes *acuerda* algo con quien las da), al no realizar quien da la orden actos materiales de realización del tipo (aunque esto no demarca la existencia de coautoría) y al ser sumamente matizable la importancia (por lo menos material) del aporte de quien da la orden, el operador jurídico encontraría serias dificultades para incardinar la autoría en estructuras de poder organizadas, como una forma de coautoría. Y si esto ocurre por la simple confrontación con la norma, de otra parte resulta político-criminalmente insostenible equiparar la responsabilidad del ejecutor material con la deducible al hombre de atrás; en efecto, si alguna justificación tiene el discutir la tesis propuesta por ROXIN es precisamente el chocante resultado al que se arriba al arropar con el mismo manto el actuar de uno y otro.

Para JAKOBS, empero, es esta la solución plausible para la problemática que se alberga en la autoría mediante aparatos organizados de poder. Discute el llamado funcionamiento automático pues, ciertamente, quien ejecuta una orden superior se deja co-

40. ROXIN. *Autoría*, cit., pp. 308 y ss. Postula como requisitos de la coautoría DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 652, los siguientes: 1. Un nexo subjetivo entre los actuantes, denominado plan común, constituido por un mínimo acuerdo (que puede ser tácito), una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho; 2. La esencialidad de la contribución, y 3. La contribución en fase ejecutiva.

41. Por ello agrega FARALDO CABANA. *Responsabilidad*, cit., p. 139, que es difícil atribuir el dominio funcional del hecho conjuntamente al ejecutor y al hombre de atrás, pues éste difícilmente actualiza su función en la fase de ejecución, sin contar además con que puede resultar de imposible comprobación la concurrencia de acuerdo común.

romper por la orden, lo cual dista mucho del funcionamiento automático; JAKOBS entiende que la conciencia común sobre el ilícito con la cual han de actuar el hombre de atrás y el ejecutor material es suficiente para dar por satisfecho el acuerdo común sobre el hecho⁴²; sin embargo, como bien lo apunta AMBOS⁴³, la lejanía entre quien da la orden y quien la ejecuta, la imposibilidad de acordar la forma de ejecutar el hecho, en fin, de “repartir tareas”, hace imposible hablar de coautoría.

B. AUTORÍA ACCESORIA

Nuevamente los argumentos vuelven sobre la imposibilidad de reputar autoría mediata cuando existe ejecutor responsable merced al principio de propia responsabilidad⁴⁴. Al no constatarse la existencia de un acuerdo común pero sí una actuación que converge en un resultado criminal, desplegado por varias personas que no unifican un plan o que en todo caso sólo es conocido por una de ellas, es posible hablar entonces de una autoría accesoria⁴⁵. Empero, si algo resulta claro en el evento que se analiza es que precisamente el ejecutor instrumental tiene clara conciencia de que “cumple” órdenes superiores dentro de una estructura vertical organizada a la cual está unido, esto es, bien sabe qué hace y por qué lo hace. Por lo demás, resulta de evidencia que en la autoría accesoria todos realizan actos materialmente típicos, lo que no puede decirse ocurre en el hombre de atrás que puede limitarse, solamente, a dar las órdenes e instrucciones.

C. INDUCCIÓN

En la inducción, bien se sabe, una persona “directamente” genera en otro la decisión de realizar el hecho delictivo. El mandatario “deberá” confiar en que su mandante lleve a *feliz* término su plan; empero, es claro que la decisión contraria del mandatario hará fracasar el plan y será menester que el inductor le reemplace, reiniciando así de cero su plan criminal. En la autoría mediata por aparatos organizados de poder es claro que el autor mediato, que actúa a través del dominio de la organización, tiene la seguridad de que uno de los encargados de adelantar el hecho cumplirá su orden; y así, si uno o algunos de ellos se opusieren, siempre estará la opción del reemplazo dentro de la jerarquía. Por otra parte, ya hemos anotado cómo en esta especie de la autoría mediata el hombre de atrás no necesariamente tiene siquiera que conocer al ejecutor. Igualmente, resulta de claridad meridiana en el tema que ahora se analiza

42. Acerca de la construcción del fundamento de la responsabilidad a título de coautoría como un momento de la imputación objetiva, poniendo de relieve la existencia de un objetivo común como fundamento de la actividad única colectiva y en contra de una interpretación sicologizante de ese objetivo común, cfr. H. H. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, J. SÁNCHEZ-VERA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 84 y ss.

43. AMBOS, *Dominio*, cit., p. 29.

44. FARALDO CABANA, *Responsabilidad*, cit., p. 160.

45. Sobre el concepto de autoría accesoria, cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, Akal, 1996, p. 74.

que dejar como simple inductor a quien urde el plan criminal y lo gobierna desde el inicio, comporta una solución irrespetuosa de elementales criterios de justicia material, pues no puede obviarse que en el aparato organizado de poder el hombre de atrás no es apenas un partícipe en un hecho ajeno⁴⁶.

D. COMPLICIDAD

Se aduce asimismo que el conjunto de personas que transmiten la orden criminal (p. ej., caso EICHMANN) son apenas cómplices⁴⁷, teniendo por inductor al último eslabón que entrega la orden al ejecutor material⁴⁸. Se dice entonces que el hombre de atrás apenas domina negativamente el hecho –posibilidad de detenerle–, pero se entiende tal dominio como insuficiente para tenerle como autor. Sin embargo, y como tuvo oportunidad de resaltarse con anterioridad, esta postura desconoce que el hombre de atrás, merced a su poder en la organización, al gobierno de la misma y a la disposición de un aparato presto a cumplir su orden, no domina apenas negativamente el hecho, sino, por el contrario, decide el si y el cómo de la realización criminal. Decir que apenas se domina negativamente el hecho constituye una visión disminuida de la extensión del caso, que no repara suficientemente en el poder e incidencia que sobre la cadena de intervinientes posee el hombre de atrás.

VI. EL RENDIMIENTO DE ESTA TESIS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA Y EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

ROXIN, como se advirtió atrás, pensó esta categoría para aquellas actuaciones en que se veían comprometidos los derechos humanos ante actuaciones de un poder estatal que actúa al margen del Derecho. Quizá el mejor ejemplo de ello lo constituya el caso juzgado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 30 de diciembre de 1986, pero asimismo todos los ejemplos conocidos de terrorismo de Estado y de prácticas de *guerra sucia* tan comunes entre nosotros. De igual manera, otros tipos de organizaciones con dirigencias fuertes y sólidas que incluso se ponen en pie de negociación con el Estado, como acaece con los grupos guerrilleros, paramilitares y terroristas.

Una teoría como la propuesta por ROXIN implica entonces esclarecer qué *organizaciones* pueden estimarse aparatos organizados de poder, pues ciertamente no toda asociación para delinquir caería bajo el espectro dogmático de esta tesis. Por ello la doctrina⁴⁹ ha estimado que esa *organización* ha de integrarse por miembros que voluntariamente se han afiliado a ella, porque sin duda una estructura vertical como ésta precisa de roles claramente diferenciados (quién dirige y quién es subordinado); la afiliación es crucial

46. FARALDO CABANA. Ob. cit., p. 188.

47. GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, p. 329.

48. FARALDO CABANA. Ob. cit., pp. 189 y 191.

49. *Ibíd.*, pp. 196 y ss.

pues la integración de voluntades da nacimiento a la organización y diferencia a los individuos del ente, de tal suerte que es posible predicar que constituida la organización como cuerpo, sus integrantes son fungibles e intercambiables⁵⁰.

Este aspecto reviste importancia pues las posibilidades de aplicación de la tesis de ROXIN consisten en encontrar un macizo aparato organizado, en el cual el ir y venir de los asociados, su lejanía o cercanía a la cabeza de la organización, el cambio de las dirigencias, etc., sea menester de menor importancia, pues, ciertamente si lo que apenas tenemos es un *jefe de la banda* la trascendencia de la tesis se diluye y los casos son solucionables con las teorías generales al uso⁵¹, ciertamente no exentas de controversia pero con algún grado de aceptación.

Así entonces, enseña la doctrina⁵² que es el Estado criminal la organización que mejor se aviene con la postulación de ROXIN; se llega incluso a decir que tal tesis ofrece rendimiento exclusivamente para esta clase de organización. En efecto, el *Estado criminal*, esto es, aquel que ha abandonado materialmente todos los cauces del Estado de Derecho y apenas conserva su estructura formal como Estado bajo la ley, acude a formas antijurídicas de solución de los conflictos, y así, en lugar del debido proceso, ocurre a formas paralelas de lucha contra la criminalidad o contra la disidencia, ora por medio de agentes oficiales que encubren esa calidad, ya creando, auspiciando o financiando grupos paramilitares. Tal es la forma predilecta de los totalitarismos y autoritarismos de erradicar las críticas al ejercicio del poder, esto es, a los enemigos del sistema. Ciertamente una tal forma de Estado, que en lugar de promover la prosperidad general y defender los derechos fundamentales actúa en contravía de los más elementales principios de la democracia, “actúa al margen del Derecho”, identificándose éste con aquellos principios suprapositivos que configuran un Estado, no apenas *per lege*, sino también *sub lege*⁵³.

También es reconducible al ideal de aparato organizado de poder el actuar de organismos estatales⁵⁴ que atendiendo órdenes superiores inician una lucha sistemática contra los enemigos del *statu quo*. Aunque la doctrina encuentra algunas diferencias entre este grupo y el Estado criminal, parece ser que en la medida que estos grupos actúan bajo el auspicio o la aquiescencia estatal no se halla una gran diferencia, apenas si observable en los totalitarismos que asumen el terror como una forma de ejercicio del poder, siéndoles indiferente la nula legitimidad de que puedan gozar interna o externamente. Y se dice esto por cuanto es siempre el centro del poder o en todo caso un alto mando aquel que da las órdenes ilegales, mismas que se cumplirán por todo un andamiaje de subordinados prestos a cumplirlas.

50. Así, FARALDO CABANA. *Responsabilidad*, cit., p. 197.

51. Sobre el jefe de la banda, cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*, cit., p. 683.

52. FARALDO CABANA. Ob. cit., pp. 199 y ss.

53. LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, P. A. IBÁÑEZ et ál. (trads.), Madrid, Edit. Trotta, 1995, pp. 856 y ss.

En punto de las mafias y grupos terroristas, el asunto se torna un poco más complejo, pues las fronteras entre el concierto o la asociación para delinquir como tipo *per se* generan problemas a la hora de discernir si esta categoría resulta necesaria, esto es, si con las herramientas dogmáticas al uso es o no posible solucionar el asunto en cuestión. El tema ofrece más perplejidades, pues ciertamente no es lo mismo tratar con una banda de delincuentes con alguna solidez, un cabecilla, una estructura, dedicados p. ej., al asalto en las carreteras, que ocuparnos de la mafia siciliana con una estructura y una organización cimentadas y definidas.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada (Palermo, diciembre de 2000) ha definido en su artículo 2.a al grupo criminal organizado como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Una definición como esta resulta ciertamente funcional para la criminalización de las personas asociadas, incluso ya por el simple hecho de la asociación, como ha ocurrido en el ámbito colombiano; como se ve, su rendimiento se agota en los delitos contra la propiedad⁵⁵. Empero, mucho hay que dudar que tal definición sirva para los efectos del estudio de la autoría en estructuras de poder organizadas, pues ciertamente un número tan precario de asociados impediría hablar de la fungibilidad como elemento indispensable o de la esencia de esta forma de autoría. Ni qué decir de la limitación del objeto delictivo que las anima, pues en el fenómeno que se analiza, más que el lucro, las organizaciones se hallan dinamizadas por el monopolio del poder *in toto*.

Así las cosas, no es posible concluir de entrada que la simple existencia de una organización de personas que actúan al margen del Derecho sea suficiente para colegir la existencia de un aparato organizado de poder. Se requiere, por el contrario, que amén de esa persistencia en el fin de cometer delitos, para así hablar de *actuación separada del Derecho*, posean una estructura jerárquica dentro de una configuración de amplia dimensión, manifiesta en un número de miembros considerable, que facilite la fungibilidad entre ellos de tal suerte que las órdenes que emanan de la cabeza tengan siempre un receptor dispuesto a cumplirlas⁵⁶.

En esta conceptualización, como ya se habrá detectado en otras, la categoría de la autoría mediante aparatos organizados de poder refleja serias deficiencias en su estructura que hacen inocultables los problemas de seguridad jurídica que de entrada ya son visibles cuando se enlistan los requisitos que en su día concibiera ROXIN. En efecto,

54. Así, FARALDO CABANA. Ob. cit., p. 232.

55. Algunos dirán que la misma puede funcionar en los delitos socioeconómicos, para lo cual habría que entender que los delitos contra el patrimonio se involucran en tal categoría, lo cual no colabora mucho con las pretensiones de especialización del derecho penal socioeconómico.

56. Cfr. FARALDO CABANA. Ob. cit., p. 302

la apertura conceptual y las dificultades de reconducir a postulaciones más o menos exactas preñan de un elevado intuicionismo las soluciones que se pudieran elaborar.

Sin embargo, un tal defecto no resulta suficientemente fuerte como para desechar una tesis que ha ofrecido una relativa capacidad de rendimiento. Igual ha sucedido cuando el Derecho Penal ha tenido que solucionar problemas como los relativos a los elementos normativos del tipo, esclarecer en qué consiste una norma objetiva de cuidado, definir los elementos del deber jurídico y un largo etcétera. De tal suerte que sólo nos encontramos ante un problema más en el cual es necesario reducir a mínimos los márgenes de lo decidible⁵⁷.

Y si esto es así en tratándose de organizaciones que acuden a la violencia como instrumento genérico de actuación, un problema anejo es el alusivo a la criminalidad de la empresa, al cual se vuelve con reiteración en el último tiempo y en frente del cual se discute si es predicable el tema de la autoría mediata con aparatos organizados de poder. Ello se ha hecho más latente a partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo alemán al ocuparse del llamado caso de los disparos en el muro (sentencia del 26 de julio de 1994) en el cual hizo esta afirmación:

Por regla general el hombre de atrás no tiene, entonces, el dominio del hecho. Sin embargo, hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir cuando mediante estructuras organizadas el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares. Tales condiciones macro con desarrollos regulares se presentan especialmente en estructuras organizativas de tipo estatal, empresarial o similares a estas últimas, y en jerarquías⁵⁸.

Bien es cierto que ya hoy no se discute la posibilidad jurídica de deducir responsabilidad penal a las empresas⁵⁹. Una empresa, en efecto, puede asumir la configuración legal de tal, pero pervertir su objeto que por fuerza, para acomodarse a las normas, tendrá que ser un objeto lícito. Dígase p. ej., de la empresa que tiene por fin comercializar productos químicos pero cuya verdadera destinación es servir de fachada para poder importar insumos destinados a producir narcóticos.

Algunos piensan que en una empresa no es posible hablar de la fungibilidad de ejecutores, pues su fin es en inicio lícito; pero esta forma de pensar no repara en el argumento que se ha antepuesto: es posible que la empresa sea una mera tapadera. Asimismo, esa fungibilidad bien es posible predicarla si se trata de un gran complejo integrado por su matriz y varias filiales, en el cual sería posible predicar la existencia

57. Cfr. FERRAJOLI. *Derecho y razón*, cit., pp. 62 y s.

58. Cfr. FARALDO CABANA. *Responsabilidad*, cit., p. 70.

59. Cfr. P. GARCÍA CAVERO. *Derecho Penal económico. Parte general*, Lima-Piura, ARA Editores EIRL, 2003, pp. 651 y ss.

de un ejecutor dispuesto a cumplir las órdenes superiores. Sin embargo, la insistencia de ROXIN no deja de tener relevancia: si el superior de la empresa da órdenes criminales, lo de esperar es que los subordinados se nieguen. Por ello se afirma que si de lo que se trata es de una actitud generalizada, dispuesta a desarrollar actos criminales dentro del seno de una corporación, en efecto no nos hallamos ante un tema de responsabilidad penal en la empresa sino de una estructura de poder organizado como las analizadas enantes⁶⁰. No puede olvidarse que uno de los caracteres básicos de esta forma de discernir la autoría mediata es que se tenga por norma una actuación al margen del Derecho, de suerte que si en la empresa lo que se hace es sesgadamente incurrir en violaciones normativas pero a la par se desarrollan actividades *secundum jus*, lo pertinente es solucionar los problemas planteados según las reglas generales de la responsabilidad en el ámbito de la empresa⁶¹.

Con todo, no es este un tema cerrado, y aunque son identificables con claridad sectores en la doctrina a favor y en contra de trasladar la tesis de ROXIN⁶² al ámbito de la empresa, ello sólo será posible haciendo al lado por lo menos el requisito de la *actuación al borde del Derecho*, sin contar con que el requisito de la fungibilidad apenas será hallable en grandes corporaciones; en todo caso, tal traslado se lograría redefiniendo en un sentido absolutamente novedoso las propuestas de ROXIN, lo cual hasta ahora no se ha logrado de manera suficientemente convincente⁶³.

VII. LAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN EN DERECHO COLOMBIANO

Una teoría como la analizada obliga a observar sus posibilidades de aplicación en Derecho colombiano⁶⁴. Y esto no apenas por la afición dogmática de los penalistas colombianos sino porque quizá pocos países como el nuestro ofrecen un arsenal de casos tan particular. Las muestras al canto: organizaciones policiales y militares insertas en la estructura del Estado, debidamente capitaneadas, encargadas de desplegar *guerras sucias* en contra de grupos políticos (caso del exterminio del grupo político U. P.⁶⁵); grupos paramilitares⁶⁶, fuertemente atados en estructuras de mando y subor-

60. Sobre ello, cfr. FARALDO CABANA. *Responsabilidad*, cit., p. 317.

61. Cfr. BERND SCHÜNEMANN. “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas”, en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid, Edit. Tecnos, 2002, pp. 129 y ss.

62. Acerca de las posiciones a favor y en contra, cfr. E. MARÍN DE ESPINOSA C. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 69 y ss. 97 y ss.

63. Amplias referencias en *ibíd.*, pp. 85 y ss.

64. Cree que esta teoría no es aplicable en el sistema de derecho penal colombiano, A. HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externando de Colombia, 2002, p. 274.

65. JAHEL QUIROGA CARRILLO. “La Unión Patriótica: el exterminio de una esperanza”, en *Memorias seminario taller sobre el proceso de búsqueda de solución amistosa en el caso de la Unión Patriótica que se adelanta ante la CIDH*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2003, pp. 133 y ss.

66. De la misma opinión, A. E. MÁRQUEZ CÁRDENAS. *La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 239.

dinación, con capacidad operativa y económica que les permite excluir de amplios territorios cualquiera otra organización armada legítima o ilegítima; grupos guerrilleros con idénticas características al anterior tipo de organización, pero además con capacidad para exigir actitudes de negociación por parte del Estado legítimamente constituido; grupos mafiosos que tan hoy como en otras épocas recientes *han puesto de rodillas* al establecimiento, merced a su actitud terrorista, a su capacidad ofensiva y de penetración de todos los poderes. Recuérdese el caso del precio puesto por un capo de narcotráfico a cada policía de la República, de tal suerte que quien le diese muerte, sin importar quién y cómo, podría cobrar dos millones de pesos a la organización por haber cumplido ese designio del *capo de todos los capos*.

El artículo 29 C. P. colombiano ha dicho que es autor “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

La locución que alude a realizar el hecho *mediante instrumento* obligaría en principio a sostener que es preciso que el ejecutor inmediato obre sin culpabilidad; en efecto, una tal forma de pensar remite a la actitud propia del hombre de atrás de valerse de la insania, la coacción o el error de quien acomete materialmente la realización del tipo, y en tal sentido valdría la expresión *instrumentalizar* a un tercero.

Sin embargo, la consideración de la figura desde aristas normativas obligaría también a entender que es instrumento⁶⁷, no apenas quien obra sin voluntad o merced a error, sino también aquél que haciendo parte de un engranaje actúa de manera casi automática dada la compleja estructura y las condiciones que hacen particular ese ente complejo. Y es que, en efecto, el instrumento lo es no apenas por actuar sin voluntad o por error, sino además porque en una estructura de poder organizado todos sus integrantes son apenas piezas intercambiables (fungibles), de tal suerte que es el propio hombre de atrás el que ya le ha quitado su condición de persona digna por mucho que el ejecutor obre con responsabilidad⁶⁸.

67. En idéntico sentido KORN, citado por AMBOS. *Dominio*, cit., p. 20.

68. En contra de la posibilidad de hablar de instrumento en la autoría mediante aparatos organizados de poder se manifiesta G. JAKOBS. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, MANUEL CANCIO M. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 93, cuando asevera que, “Por consiguiente, ‘instrumento’ es naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro elemento de cualificación. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero precisamente de las fuerzas instrumentales no responsables”. Empero, no se entiende cómo JAKOBS, contrario a lo mantenido en su sistemática, acoge en este caso, tan definitivamente, un paradigma claramente ontologicista. En contra de eso, y con más coherencia a pesar de procurar construir con innegable originalidad su concepto del delito desde las orillas del ilustre profesor de Bonn, MANUEL S. GROSSO GARCÍA. *El concepto de delito en el nuevo Código Penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 228, ha proclamado: “Una concepción social-valorativa, p. ej., entiende que en los eventos de control de los aparatos organizados de poder el concepto instrumento tiene un alcance funcional mucho más amplio en el que no se excluye el actuar voluntario, doloso, culposo o indiferente de quien realiza materialmente el delito,

Estas consideraciones por supuesto ofrecen reparos, los cuales deben ceder ante consideraciones que aluden a la intensidad del injusto del autor mediato y a las evidentes soluciones irrespetuosas de los principios de proporcionalidad, razonabilidad (art. 3.º C. P.) e igualdad (art. 7.º C. P.) con que ha de operarse en Derecho Penal. Exigen un trato mesurado y que se observe de manera suficiente el grupo al cual pertenecen el ejecutor instrumental y el hombre de atrás, para comprobar si aquél satisface las expectativas que permitan tenerle como una organización que actúe al margen del Derecho, con solidez, complejidad, intercambiabilidad de sujetos para las tareas por acometer, pues de lo contrario se caería en una seria perversión del tratamiento de la intervención de varias personas en el delito.

Esto es de importancia resaltarlo pues la aplicación de esta tesis ha de ser residual; ciertamente invocar su aplicación sin reparar las vicisitudes del caso que habrían permitido un tratamiento de menor intensidad punitiva comporta un atentado contra los principios fundamentales que en la aplicación de la pena ha dispuesto el legislador (arts. 1.º a 13 C. P.).

Nótese p. ej., cómo la solución planteada en el caso del jefe de la banda de sicarios que da la orden de matar a un tercero se puede resolver de diversas maneras (coautoría, inducción e incluso autoría mediata), y de hecho así sucede en la doctrina colombiana⁶⁹. Pero el éxito de la argumentación está signado en que pueda discernirse la existencia o no de una estructura de poder organizada, que no sea apenas una simple banda de malhechores o un conjunto de concertados para delinquir. Sobrepasar con éxito tal barrera permitirá argumentaciones plausibles. Esto por cuanto en el caso planteado la decisión de no matar por el sicario hará que el plan fracase y deba entonces el jefe de la banda dar nuevas órdenes al sicario. Esto de entrada deja ver que, p. ej., esa cercanía entre quien da las órdenes y quien las recibe, pero asimismo la posibilidad de reconfigurar la orden o no adelantarla por el ejecutor material, impone que

por lo que resultaría válido, aun con la fórmula del Código, predicar allí autoría mediata por dominio instrumental de la voluntad". Que esta interpretación resulta viable "pensando en la necesidad de instrumentos que luchen contra el crimen organizado, por supuesto sin olvidar los riesgos expansionistas que en veces propicia el normativismo" puede ser reforzada con una lectura de lo dicho por C. GÓMEZ RIVERO. "Criterios normativos y nuevos problemas dogmáticos", en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 2, enero-marzo de 2003, Bogotá, Legis, p. 86.

69. Cfr. P. POSADA ECHEVERRI. "Una visión del 'dominio de voluntad por organización' y su aproximación al derecho penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 62, Bogotá-Medellín, Edit. Temis y Universidad de Antioquia, 1999, pp. 35 y ss. Dice el autor en cita: "si se repara en que el autor de escritorio (capo) dispone de un aparato personal con cuya ayuda podía realizar el homicidio (grupo de sicarios incluido su jefe) y aunque no tenía propiamente el dominio del hecho, mas al disponer de la organización, contó con la posibilidad de convertir sus órdenes en la ejecución del delito, ha de concluirse que estamos en presencia de la figura dogmática de la autoría mediata. Constátase acá un verdadero dominio de la voluntad, pues que el sicario viene a ser un instrumento doloso de quien se halla en la cúpula del aparato (capo) siendo su intercambiabilidad (el sicario seleccionado bien podía en cualquier momento ser sustituido por otro; si fracasa, entra el siguiente en su lugar, y precisamente esta circunstancia transforma al autor en una simple herramienta del inspirador, sin perjuicio del propio dominio de sus actos) el fundamento de la tesis postulada en este trabajo".

la solución se busque en las formas comunes al uso para la solución de este tipo de casos. La ausencia de esa complejidad organizativa, la lejanía entre jefes y subordinados, la distancia geográfica incluso, entre otros, que está ausente en el ejemplo, recomienda el manejo del tema con los instrumentos ordinarios. Por ello ha dicho FARALDO CABANA: “Cuando nos encontramos ante un aparato organizado de poder estamos hablando de una estructura organizada, que opera al margen del ordenamiento jurídico, compuesta por un número de personas suficiente para afirmar la fungibilidad de los ejecutores y con una fuerte jerarquización. No se trata de una banda de delincuentes, sino de mucho más que eso”⁷⁰.

Algo distinto acaece, p. ej., con los grupos guerrilleros y paramilitares. Un caso de todos conocidos permite explorar la situación. Hace un poco más de dos años, un conocido dirigente de la guerrilla conocida como FARC dio la orden a todos los miembros de esa organización⁷¹, dividida en varias docenas de frentes distribuidos a lo largo y ancho del país, de que secuestrasen y, si era del caso, diesen muerte a cuanto dirigente político, miembro del Ejecutivo o de la administración fuese posible, en fin, que asumieran tal actitud en contra de quien simbolizara el ejercicio del alto poder del Estado. La tarea, hasta hoy, la ha venido cumpliendo esa guerrilla con empeño y dedicación, hasta el punto que cuenta con un elevado número de secuestrados pertenecientes al Congreso, al Ejecutivo, al cuerpo de jueces y fiscales, y también a las fuerzas militares y de policía. Hay que recalcar que a algunos de ellos se les ha dado muerte, ya porque han tratado de huir o se les ha tratado de rescatar.

La organización de las FARC⁷² cuenta con una estructura jerárquica bastante clara, posee un secretariado que marca sus directrices de acción, cuenta con apoyos en el extranjero, se nutre financieramente de manera diversa (secuestros, extorsiones, narcotráfico), actúa de manera indiscriminada contra población civil y fuerzas armadas por medio de instrumentos de destrucción masiva⁷³ y cuenta con dirigencias en cada frente.

Es, pues, una estructura de poder organizada, con cerca de cuarenta años de antigüedad; con varias decenas de miles de integrantes; el superior puede contar con que sus diversos frentes subordinados de actuación desarrollarán las órdenes dadas en la cúspide. Su decisión de actuar por medios masivos de destrucción, con miras a sustituir el ejercicio del poder legítimo, les ubica claramente al margen del Derecho. Sus miem-

70. FARALDO CABANA. *Responsabilidad*, cit., p. 159.

71. Una referencia sobre el tema en [<http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Bol2002/Julio/bol246.htm>].

72. Referencias en [<http://www.farcep.org/>].

73. Por ello hoy se discute la pervivencia de un delito político, porque la configuración del mismo encuentra un obstáculo serio en los medios por mucho que sean muy otros los fines. FARALDO CABANA. *Ob. cit.*, p. 296, expresa al respecto: “He de insistir en que las organizaciones terroristas se definen como tales por razones técnicas relativas a su estructura, repertorio de actividades y sus objetivos, con independencia de la orientación ideológica que profesen, y en este sentido se ha de advertir que el terrorismo supone un extremismo de los medios, no necesariamente de los fines”.

bros son intercambiables de manera absoluta, pues su configuración fuertemente jerarquizada permite sustituir de manera inmediata a aquel que no cumple la orden o, en todo caso, saben los integrantes de la organización que las órdenes deben cumplirse por todos y cada uno, no obstante la lejanía geográfica, la distancia entre jefes y subordinados, incluso el inexistente conocimiento personal.

En fin, bien puede decirse que existe una “superioridad del dominio de la decisión”; en efecto, el dirigente guerrillero citado “ocupa dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, y da órdenes a un miembro de la organización que ostenta un rango inferior para que cometa un delito [y] puede 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 aquél existe, muy probablemente su orden será cumplida”⁷⁴. Tal conclusión puede reforzarse con ROXIN, cuando afirma: “cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles”⁷⁵.

En efecto, pues, una teoría como la que aquí se ha tratado de reseñar permite que actuaciones tan evidentemente delictivas de quienes ostentan posiciones de dirección en un aparato de poder organizado sean correctamente tratadas como autoría mediata, pues la tesis de la coautoría –entre otras– encuentra reparos dogmáticos serios que podrían propiciar tratamientos más benignos punitivamente, para quienes con claridad no son apenas actores de segunda en el evento criminal, sino sus más directos protagonistas.

Como hemos insistido, ante la quiebra sería que significa esta postura respecto de la teoría dominante que niega la existencia de un autor mediato si existe un ejecutor material culpable, merced al principio de responsabilidad, y por ende ante los problemas de seguridad jurídica que ello comporta, lo plausible es aplicarla de manera residual.

74. Ob. cit. pp. 85 a 98.

75. ROXIN. *Autoría*, cit., p. 273.

