

XIV<sup>F</sup>, 1670

AMBOS / BARRETO GUZMÁN / BLANCO CORDERO / BOLEA BARDON / CUELLO  
CONTRERAS / DONNA / FEIJÓO SÁNCHEZ / GÓMEZ MARTÍN / GÓMEZ-JARA DÍEZ  
/ MARAVER GÓMEZ / PÉREZ ALONSO / ROBLES PLANAS / SALAZAR SÁNCHEZ /  
URQUIZO OLAECHEA

# DOGMÁTICA ACTUAL DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ  
[COORDINADOR]

Colaboradores:

*Madelaine Reyes Gastelú*

*David Rosales Artica*

*Walter Infante Urquizo*



Lima - Perú

---

DOGMÁTICA ACTUAL DE LA  
AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN  
CRIMINAL

---

Derechos reservados conforme a ley  
Junio 2007

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora  
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es  
jml\_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102  
Tel (01) 427-2128  
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106  
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201  
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2007-05686  
ISBN: 978-603-45039-0-8

---

*Queda terminantemente prohibida la  
reproducción total o parcial de esta obra por  
cualquier método o forma electrónica,  
incluyendo el sistema de fotocopia, sin  
autorización escrita de los editores y el autor.*

---

IMPRESO EN PERÚ  
PRINTED IN PERU

## PRESENTACIÓN

### I

Sin lugar a dudas, el tema de la autoría y la participación criminal es uno de los tópicos más complejos y polémicos de la teoría del delito, pues así lo demuestra la historia del Derecho penal y los trabajos que se publican en esta obra. Esta complejidad se incrementa cuando se trata de configurar dichas instituciones en el seno de la delincuencia moderna. En este contexto, las clásicas teorías de la autoría y la participación entran en una encrucijada, debido a que su contenido y estructura, están diseñados en base a la delincuencia de clave individual. Esto, ha originado que la doctrina y, sobre todo, la praxis judicial se hayan visto encerradas en ciertos callejones sin salida, puesto que las soluciones tradicionales carecen de utilidad y eficacia. Formulados, en otros términos, en el marco de la moderna criminalidad —como correctamente sostiene FEIJÓO SÁNCHEZ— la teoría tradicional del delito, con sus habituales categorías de imputación de hechos delictivos parece haber encontrado una especie de “trampa mortal”<sup>1</sup>.

En este horizonte aparece la publicación del libro colectivo: “Dogmática actual de la autoría y la participación delictiva”. Con sólo leer el título de la obra, el lector ya puede tener una idea clara de que los temas de autoría y participación, aquí tratados, se caracterizan por estar referidos a temas actuales y complejos. En efecto, los temas que se abordan en esta magnífica producción colectiva están referidos a temas de autoría y participación dentro de la perspectiva del Derecho penal moderno. Así, el desarrollo de las instituciones mencionadas se realiza, unas veces, en el marco de las organizaciones empresariales (v. gr. FEIJÓO SÁNCHEZ, GÓMEZ-JARA DIEZ); y otras, en el contexto de los aparatos organizados de poder (por ejemplo, AMBOS, DONNA, BLANCO CORDERO, BARRETO GUZMÁN); del mismo modo, otros autores como ABOSO, CUELLO CONTRERAS, BOLEA BARDÓN, ROBLES PLANAS, SALAZAR SÁNCHEZ, GÓMEZ MARTÍN, URQUIZO OLAECHEA, MARAVER GÓMEZ Y PÉREZ ALONSO, desarrollan los temas de la autoría y participación — sea en el campo de los delitos de domino, sea en el ámbito de los delitos de infracción de deber— a partir de un riguroso análisis del ontologismo y/o normativismo.

---

<sup>1</sup> Vid., infra, la sección I (primer párrafo) del artículo que Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ publica en el presente libro.

- WINKELBACH, ANDREAS: *Die Strafbarkeit des Anstifters beim error in persona des Täters*. Zugleich ein Beitrag zur Kontroverse um Kausalabweichung, aberratio ictus und error in objecto, Verlag Dr. Kovaè, Göttingen, 2004.
- ZAFFARONI, EUGENIO, ALAGIA, ALEJANDRO, Y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal*, Parte general, Ediar, 2000.

## DOMINIO POR ORGANIZACIÓN ("ORGANISATIONSHERRSCHAFT"). ESTADO DE LA DISCUSIÓN\*

KAI AMBOS  
UNIVERSIDAD DE GÖTTINGEN  
[ALEMANIA]

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Dominio por organización versus libertad del hombre de adelante ["Organisationsherrschaft:- Freiheit des Vordermanns"]. III. Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía. IV. Una vez más: el criterio de la desvinculación del derecho. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

El estado de la discusión sobre de la teoría del dominio por organización y su importancia para la fundamentación de la autoría mediata en el caso de acciones criminales estatales ya fue analizado en otro lugar<sup>1</sup>. Desde ese momento han aparecido numerosas posturas que seguidamente deberán ser analizadas.

En una extensa contribución, ROXIN<sup>2</sup> ha retomado nuevamente los usuales argumentos en contra de su teoría y ha intentado refutarlos. En ese lugar él ha

\* Publicado originalmente en *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin (Duncker und Humblot), 2nd ed. 2004, § 18 II. 3. c) = pp. 590 y ss. Traducción de Ezequiel Malarino. El título original fue modificado.

1 Cfr. AMBOS, GA 1998, pp. 226 y ss. = Dominio (1998). Ver también AMBOS/GRAMMER, RP 12 (2003), 27 (29 ss.).

2 ROXIN, FS Grünwald (1999), pp. 549 y ss.; ver también *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 105 ss. (113 ss.).

rechazado también mi crítica al criterio de la desvinculación del derecho. FIGUEIREDO DIAS<sup>3</sup> se ha adherido a su opinión. KÜPPER<sup>4</sup>, MUÑOZ CONDE<sup>5</sup> y en el resultado también HEINE<sup>6</sup>, ROGALL<sup>7</sup>, VEST<sup>8</sup> y SCHLÖSSER<sup>9</sup> reconocen igualmente el dominio por organización para el ámbito que aquí interesa de la criminalidad del Estado<sup>10</sup>. Por el contrario, son críticas las posiciones de FREUND<sup>11</sup>, ROTSCH<sup>12</sup>, RENZIKOWSKI<sup>13</sup>, HOYER<sup>14</sup> y, sobre todo, HERZBERG<sup>15</sup> quien abandona por completo el dominio por organización<sup>16</sup>. En la doctrina española –junto a MUÑOZ CONDE– se han de indicar especialmente GIMBERNAT<sup>17</sup>, HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>18</sup> y más recientemente FARALDO CABANA<sup>19</sup>.

- 3 FIGUEIREDO DIAS, en: Ferré/Anarte (editores), *Delincuencia* (1999), pp. 99 y ss. (103 s.)
- 4 KÜPPER, GA 1998, pp. 523 y ss.
- 5 MUÑOZ CONDE, en: Ferré/Anarte (editores) *Delincuencia* (1999), pp. 151 y ss. (153 s.); *el mismo*, RP 6 (2000), pp. 104 y ss. = FS Roxin (2001), pp. 609 y ss. (sobre este autor también infra, punto cc).
- 6 HEINE, JZ 2000, pp. 924 y s., quien propone, desde luego diferenciando, una “responsabilidad por autoría para el injusto originario de sistema o de organización” (925, resaltado en el original); cfr. también S/S-CRAMER/HEINE (2001), § 25, nm. 25a.
- 7 ROGALL, FS BGH IV (2000), pp. 424 y ss., quien sin embargo comparte en algunos puntos la crítica de Herzberg (al respecto infra).
- 8 VEST, ZStW 2001, pp. 492 y ss.; *el mismo*, Genozid (2002), pp. 30, 236 y ss., 359 y ss.
- 9 SCHLÖSSER, *Verantwortlichkeit* (2004); *el mismo*, *Tatherrschaft* (2004). Sobre su modelo del dominio social del hecho (*soziale Tatherrschaft*) cfr. ya AMBOS, *Parte general* (2005), p. 164 con nota 154 (en este libro en el texto sobre “Imputación (objetiva) y dpi” en nota 153).
- 10 También STRATENWERTH/KUHLEN, AT I (2004), § 12, nm. 65 ss.
- 11 FREUND, AT (1998) §10, nm. 90 y ss., 102 y s.
- 12 ROTSCH, NSTZ 1998, pp. 492 y s.; *el mismo*, wistra 1999, 327: “sumamente dudoso”; *el mismo*, ZStW 2000, pp. 518 ss.
- 13 RENZIKOWSKI, *Täterschaft* (1997), pp. 87 y ss., quien con base en su “principio de autonomía” rechaza la posibilidad de un dominio por organización, afirmando una inducción; en contra Roxin, *Täterschaft* (2000), pp. 665 y s.
- 14 SK-HOYER (2000), § 25, nm. 90 s.; cfr. infra en el texto por la nota 67.
- 15 HERZBERG, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 33 y ss.
- 16 HILGERS, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 132 y ss., 154, 235 y s., 241, quien, por un lado, rechaza la teoría del dominio por organización en el ámbito que aquí interesa y con ello también en el caso por él investigado de la responsabilidad del empresario, pero, por el otro, propone un tipo de “autoría por organización” con el cual, en el resultado, se debe alcanzar una responsabilidad por autoría cuando el autor “para la comisión de un delito utiliza una organización que funciona regularmente”. Con razón, rechazando una autoría mediata por omisión *sobre la base del dominio por organización*, BRAMMSEN, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 140 y ss. (143).
- 17 GIMBERNAT, *Autor* (1966), pp. 174 y ss. (187 ss.).
- 18 HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata* (1996), pp. 257 y ss. (273 ss.).
- 19 FARALDO CABANA, *Responsabilidad* (2004).

FREUND reconoce en principio la responsabilidad en calidad de autor del hombre de atrás en las organizaciones formales, pero la fundamenta con base en una responsabilidad general por la esfera de organización y en la “responsabilidad especial” de allí resultante. Una argumentación de este tipo es poco satisfactoria hasta tanto no se proporcione una definición más precisa de esta responsabilidad por la esfera de organización y una delimitación de las esferas de responsabilidad<sup>20</sup>.

En su más reciente toma de posición, HERZBERG emprende una crítica esencial al “dualismo fundamental en el entendimiento del dominio del hecho”<sup>21</sup> y propone reemplazar el punto de vista “fáctico naturalista” de un “dominio por control” por un “dominio por responsabilidad” normativo. En este sentido, afirma inequívocamente: “El intento de determinar la autoría por medio de un poder real de control debe abandonarse totalmente”<sup>22</sup>. Con ello, debería también abandonarse la idea del dominio por organización, cuyos criterios de la desvinculación del derecho y de la fungibilidad no serían convincentes<sup>23</sup>. A causa del punto de vista puramente fáctico, la “implementación práctica (...) del dominio por organización” acabaría “en la arbitrariedad”; según HERZBERG, sería dudoso que la teoría a causa de su “contradictoriedad interna y de la discrecionalidad de muchas decisiones” pueda ser en realidad “científicamente utilizable”<sup>24</sup>. Por estos motivos, quienes dan las órdenes en organizaciones formales sólo podrían ser penados como inductores.

“Hitler, Himmler y Honecker no han cometido los delitos de homicidio que ellos ordenaron como autores, sino que los han provocado como inductores. Pues, entre la orden y el resultado se intercalaba la comisión dolosa y autorresponsable de otro, es decir, del asesino u homicida que como autores individuales o coautores actuaban al fin y al cabo (...) con propia responsabilidad (...)”<sup>25</sup>.

La delimitación entre autoría mediata e inducción debería determinarse, por tanto, únicamente desde el punto de vista normativo según “que entre la orden y el resultado delictivo se intercale un delito responsable y doloso de

- 20 Crít. respecto de FREUND también SCHÜNEMANN, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), *Dogmatik* (1995), pp. 51 y ss.; HILGERS, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 96 y ss., 126 y s.
- 21 HERZBERG, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 40.
- 22 Idem, p. 48.
- 23 Idem, pp. 36 y s., 37 y ss. Sobre estos argumentos cfr. infra II y IV.
- 24 Idem, pp. 59 y s.
- 25 Idem, p. 48.

otro<sup>26</sup>. Esto, habría de aceptarse en cuanto decisión legislativa -a pesar de la "convicción intuitiva" contraria que en general existe-<sup>27</sup>; la dogmática tendría que ser al respecto "neutral"<sup>28</sup>.

De modo similar a HERZBERG, también ROTSCH<sup>29</sup> ha rechazado recientemente los criterios de la fungibilidad -por falta de concreta intercambiabilidad del ejecutor- y de la desvinculación del derecho<sup>30</sup>. Una extensión de la teoría a las personas jurídicas fracasaría ya por la falta de estructura jerárquica de éstas<sup>31</sup>. En favor de esta teoría existirían únicamente argumentos de política criminal, los cuales sin embargo conducirían a inconvenientes dogmáticos intolerables. Por ello, en definitiva, sólo entraría en consideración una inducción<sup>32</sup>.

GIMBERNAT analiza el caso Eichmann y niega su dominio del hecho<sup>33</sup>. Como autores (directos) sólo entrarían en consideración los ejecutores del hecho, pues ellos poseerían una mayor energía criminal que los hombres de atrás<sup>34</sup>. Éstos podrían ser sólo inductores<sup>35</sup> y los intermediarios que transmiten sus órdenes criminales sólo cómplices<sup>36</sup>. Un intermediario *à la Eichmann*, situado en el nivel de jerarquía alto o medio, podría ser autor (por inducción) sólo si cambiase la orden recibida, provocando en los ejecutores del hecho un exceso desde el punto de vista del vértice de la organización. Si bien GIMBERNAT no considera satisfactoria su solución, sólo ve una mejor *de lege ferenda* con un tipo independiente de genocidio<sup>37</sup>.

HERNÁNDEZ PLASENCIA rechaza la solución de la inducción de GIMBERNAT, porque faltaría la relación (directa) -necesaria para la inducción- entre el hombre

26 Idem, p. 51.

27 Idem, p. 48.

28 Idem, p. 53.

29 ROTSCH, ZStW 2000, pp. 518 y ss.

30 Cfr. sobre la fungibilidad, ROTSCH, ZStW 2000, pp. 526 y ss. (528), 536, 552, 561; sobre la desvinculación del derecho idem, pp. 533 y ss., 561.

31 ROTSCH, ZStW 2000, pp. 532 y s., 556, 561; asimismo HEINE, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 104.

32 ROTSCH, ZStW 2000, pp. 561 y s.

33 GIMBERNAT, Autor (1966), p. 187.

34 Idem, pp. 188 y s.

35 Idem, pp. 189, 192.

36 Idem, pp. 191 y s; 193.

37 Idem, p. 193.

de atrás y el ejecutor del hecho<sup>38</sup>. Por lo demás, el hombre de atrás sólo podría tener un dominio del hecho negativo, así que también fracasaría una autoría mediata o una coautoría. En su lugar, él recurre a la figura de la cooperación necesaria -por lo demás muy criticada en la doctrina española- para fundamentar la responsabilidad de los hombres de atrás<sup>39</sup>. Sobre su crítica a la teoría del dominio por organización se volverá en lo siguiente.

Recientemente, FARALDO CABANA en su profunda investigación sobre la "responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" expone ampliamente el estado de la discusión en jurisprudencia y doctrina<sup>40</sup>, y discute detalladamente las posiciones contrarias a la doctrina del dominio por organización<sup>41</sup>. Especial atención merecen sus consideraciones sobre los aparatos organizados de poder<sup>42</sup>; al respecto FARALDO CABANA realiza una diferenciación entre organizaciones estatales y para-estatales (mafiosas y terroristas) e investiga respecto de las primeras especialmente su implicación en la guerra sucia<sup>43</sup>. En definitiva, también FARALDO CABANA sigue en lo esencial la doctrina del dominio por organización de ROXIN; por tal razón, se volverá sobre sus reflexiones en lo siguiente.

A pesar de la acertada crítica de HERZBERG y ROTSCH a los criterios de la fungibilidad y de la desvinculación del derecho, de los cuales se ocupará enseguida, el completo abandono de una autoría mediata en virtud del dominio por organización va demasiado lejos en los casos que aquí interesan de criminalidad provocada y organizada por el Estado. La "convicción intuitiva" de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado, sin más, con los argumentos "normativos" alegados por Herzberg. Pues ella se funda en la incomparabilidad, arraigada en los hechos, de la conducta del organizador y de quien ordena la comisión de crímenes de masa respecto de aquella de un mero inductor a cometer determinados hechos. La acertada crítica de que no es satisfactoria una mera fundamentación fáctica-instrumental del dominio por organización no debe llevar -en este sentido se le ha de dar la razón a ROXIN- a que las "grandes diferencias" en la conducta criminal que existen fácticamente sean "allanadas simplificándolas normativa-

38 HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata (1996), pp. 272 y s.

39 En favor de una cooperación necesaria o una inducción en estos casos, LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad (1997), pp. 403 y ss. (405).

40 FARALDO CABANA, Responsabilidad (2004), pp. 25 y ss., 88 y ss.

41 Idem., pp. 128 y ss.

42 Idem, pp. 195 y ss.

43 Idem, pp. 230 y ss.

mente"<sup>44</sup>. Con otras palabras: la deficiente fundamentación de una figura jurídica, entretanto generalmente reconocida -también fuera de Alemania<sup>45</sup>- ["Organisationsherrschaft:- anerkannte Rechtsfigur"], que según el sentimiento jurídico general comprende adecuadamente una conducta delictiva -o, en todo caso, de modo más adecuado que la alternativa de la inducción- no debe conducir al abandono de la figura reconocida en favor de la alternativa ya "intuitivamente" menos convincente. Por el contrario, la figura jurídica generalmente reconocida debe ser asegurada y fundamentada mejor normativamente, aceptando también la limitación de su ámbito de aplicación. Además, precisamente desde el punto de vista normativo tampoco la autoría mediata y la inducción pueden ser plenamente equiparadas. Esto se muestra especialmente -pero no sólo- en la punibilidad de la tentativa de autoría mediata y en la impunidad -en principio- de la tentativa de inducción. HERZBERG<sup>46</sup> reconoce esto, pero argumenta que con ello sólo se expresaría la accesoriadad de la inducción. Sin embargo, este argumento no elimina la diferencia normativa. Por el contrario, la muestra aún con mayor nitidez, pues el vínculo de la inducción con el hecho principal manifiesta la *dependencia* de la participación frente a la *independencia* de la autoría<sup>47</sup>.

Con la siguiente exposición no se trata por tanto de "abandonar" -tanto debemos anticipar ya en este lugar- la teoría del dominio por organización, sino de una crítica constructiva, con la cual se debe colaborar a su perfeccionamiento y mejor fundamentación teórica<sup>48</sup>. Al respecto, las posturas mencionadas dan motivo para someter tres aspectos a un examen más profundo. Por un lado, todavía no ha sido

44 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 555. En el resultado, también Rogall, FS BGH IV (2000), p. 427.

45 Cfr., por un lado, la jurisprudencia argentina y chilena (pp. 234 y ss., 241 vers. al.; AMBOS, Dominio [1998], pp. 39 y ss.; FARALDO CABANA, Responsabilidad [2004], pp. 32 y ss.; a favor de una aplicación de la teoría en el caso de la desaparecida alemana Elisabeth Käsemann AMBOS/GRAMMER, RP 12 (2003), pp. 27 y ss., y, por el otro, los nuevos Códigos Penales, especialmente el art. 33 apartado 3 del CP ruso (1996) -punibilidad separada del "organizador" -, pero también el art. 18, § 1 del CP polaco (1997) -autoría por la conducción o estimulación del hecho. Por el contrario, el CP croata (1998) ha abolido la figura del organizador; sin embargo, ha incorporado una norma idéntica al § 25 (1), StGB, de modo que la teoría del dominio por organización puede obtener por medio de ella importancia práctica.

46 HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), pp. 49 y s.

47 En idem, p. 52. El mismo HERZBERG expresa algo sorprendente: "La relevancia práctica de la decisión en favor o en contra de la autoría mediata es mayor de lo que a primera vista parece".

48 Al respecto, persisto con mi posición originaria (GA 1998, p. 234 = Dominio [1998], p. 32): "Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción [la de Roxin] como punto de partida".

explicado satisfactoriamente cómo la plena responsabilidad y libertad del hombre de adelante puede ser superada a través del dominio de una organización [sub aa)]. Además, relacionado con esto, se plantea el interrogante de si todo aquel que interviene en un aparato de organización impartiendo órdenes de realizar conductas delictivas puede realmente ejercitar tal dominio de la organización [sub bb)]<sup>49</sup>. Por último, se debe tomar posición nuevamente respecto del criterio de la desvinculación del derecho, especialmente de las réplicas de ROXIN y FIGUEIREDO DIAS [sub cc)] a las críticas a este criterio.

## II. DOMINIO POR ORGANIZACIÓN VERSUS LIBERTAD DEL HOMBRE DE ADELANTE ["Organisationsherrschaft:- Freiheit des Vordermanns"]

La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la *fungibilidad*. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes. Así, decía hace poco el antiguo dictador chileno Pinochet en relación con sus órdenes al antiguo jefe del servicio secreto chileno Manuel Contreras:

"(...) there are many things I ordered him to do, but which things? I had to exercise power. But I could never say that I was actually running DINA. [They] were under the orders, under the supervision of all of the junta, the four members of the junta ... And I would like you to understand the following. The chief of the army always asks 'What are you going to do?' The question of 'How', 'How am I going to do it?' is a question for the chief of intelligence rather than the Chief of the Army. This is what civilians (...) don't understand"<sup>50</sup>.

No interesa por consiguiente tanto el "cómo" de la ejecución de la orden cuando el "si" está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá confiar en que *alguna* persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fundamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos. La "autoría secundaria" de éstos, es indiferente desde el punto de vista moral<sup>51</sup>. La elocuente fundamentación por ROXIN del crite-

49 Así, ROXIN, Täterschaft (2000), p. 248.

50 Interview, Daily Telegraph, London, 19.7.1999, caso Pinochet.

51 Cfr. SOEFFNER, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 28: Quien actúa en organizaciones formales percibirá su propia conducta ni como algo bueno, ni como algo malo. "Puede someterse a criterios de valoración funcionales, dirigidos a un fin, pero no morales" (refiriéndose a ZYGMUNT BAUMAN).

rio de la fungibilidad posee una contundencia tal, que hace resultar inconsecuentes incluso a los defensores de una teoría del dominio del hecho centrada esencialmente en la autonomía de la persona que actúa. Así, M.-K. MEYER<sup>52</sup> intenta llegar a una *falta* de libertad de acción relativa del ejecutor, argumentando "que los motivos de inhibición no surgen, porque la eventual negación de una persona determinada a ejecutar el hecho no perjudica el homicidio por cualquier otro". La realización de la resolución a cometer el hecho funcionaría como un causalismo natural no sólo por la previa autovinculación del ejecutor directo, sino a causa de la exclusión de motivos de inhibición en la situación de actuar. Aunque MEYER se quiera aferrar a un principio de responsabilidad estricto<sup>53</sup> y recurra a puntos de vista relacionados con la coacción<sup>54</sup>, siendo, por tanto, su concepción de la autonomía contradictoria<sup>55</sup>, queda la impresión, sin embargo, de la fuerza persuasiva de la concepción de ROXIN.

Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*. Pues, si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quienquiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretizada en la libertad del hombre de adelante. Entonces, un dominio del hecho tan sólo se podría fundamentar con la ayuda del dominio por coacción o por error, lo que presupone, sin embargo, algo más que el mero dominio del aparato, esto es, el dominio *concreto* del hombre de adelante. Por otra parte, de la dependencia del dominio por organización del criterio de la fungibilidad se sigue que tal dominio no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor. Aquí se trata, ante todo, de un puro problema empírico, esto es, de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo. Como es sabido, esto ya ha sido negado por SCHROEDER<sup>56</sup>, advirtiendo sobre la posible especialización del ejecutor. También los casos recientes de macrocriminalidad

52 MEYER, *Autonomie* (1984), p. 102.

53 *Idem*, p. 108: seguiría vigente el contenido material del principio "quien actúa libre y con dolo no podría ser instrumento de otro".

54 *Idem*, pp. 105 y s.

55 Cfr. la acertada crítica de RENZIKOWSKI, *Täterschaft* (1997), p. 89, nm. 154.

56 SCHROEDER, *Täter* (1965), p. 168; *el mismo*, JR 1995, 178; asimismo FREUND, AT (1998), § 10, nm. 92. Resumiendo las posturas críticas a la fungibilidad FARALDO CABANA, *Responsabilidad* (2004), pp. 88 y ss.

estatal, especialmente el caso Pinochet, muestran que un aparato de represión moderno no puede funcionar sin "especialistas"<sup>57</sup>. A SCHROEDER se le puede objetar solamente que por lo general las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora al ejecutor que se niega a realizar el hecho. Desde luego, abstractamente esto no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario. De todos modos, ello tampoco tiene importancia, pues la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en *todos los casos posibles*.

A esto se añade que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto. Por ejemplo, si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de *ese* fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización. También HERZBERG<sup>58</sup> comparte esta crítica a la fungibilidad al constatar respecto de los guardias de frontera con relación a un caso concreto:

*"La orden no habría sido cumplida por nadie y G se habría evadido si los dos soldados de frontera se hubieran comportado decentemente y hubieran obedecido al llamamiento del derecho en lugar de a la orden homicida. El hecho de si con el homicidio de G, quien ya había escalado el muro, se alcanzaba la meta delictiva de los acusados, dependía de la decisión de ambos individuos para quienes se actualizaba la orden de disparar en vista de la huida de G. Su fungibilidad, su intercambiabilidad claramente no existía"<sup>59</sup>.*

57 Piénsese, por ejemplo, solamente a la utilización de las técnicas de tortura chilenas, a las cuales se ha hecho referencia en repetidas ocasiones en los documentos de la investigación española en el proceso contra Pinochet (cfr. AHLBRECHT/AMBOS [editores], *Pinochet* [1999], pp. 54 y ss. y *passim*).

58 HERZBERG, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 37 y ss.; crít. también MURMANN, GA 1996, p. 273, a quien se remite expresamente HERZBERG; RENZIKOWSKI, *Täterbegriff* (1997), p. 89; ROTSCH, NStZ 1998, p. 493; *el mismo*, wistra 1999, p. 327; *el mismo*, ZStW 2000, pp. 526 y ss. (528), 536, 552, 561; SK-HOYER (2000), § 25, nm. 90; BRAMMSEN, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 142; HILGERS, *Verantwortlichkeit* (2000), pp. 132 y s.; HEINE, JZ 2000, 925; ROGALL, FS BGH IV (2000), pp. 425 y s.; Para un análisis concreto también HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata* (1996), p. 275.

59 HERZBERG, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 37 y s.

Del mismo modo, tampoco el muchas veces citado agente secreto STACHYNSKI era en cuanto a la comisión *concreta* del hecho, sin más, una ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder soviético<sup>60</sup>. Ello, pues si él se hubiese negado a ejecutar el encargo homicida, los agentes de reemplazo habrían llegado al lugar en todo caso más tarde y quizás demasiado tarde, de modo que la víctima habría escapado a la muerte. Similarmente se puede pensar en un ejecutor directo que se niega a utilizar la tortura para forzar una declaración, aunque ésta haya sido ordenada por la autoridad superior. El dominio del hecho por parte del vértice de la organización en virtud de su aparato de poder sólo estaría dado en la situación concreta del hecho si la tortura hubiera podido ser comenzada o continuada por otros ejecutores. Por más que en este caso se pueda partir con mayor facilidad que en el caso de los guardias de frontera de una fungibilidad concreta -y justamente por ello este caso es especial y no típico-, él pone también de manifiesto que el dominio del curso *concreto* del suceso sólo puede ser afirmado en presencia de una fungibilidad *inmediata*. Estos ejemplos se podrían continuar a voluntad. Ellos dejan en claro que la fungibilidad en la situación *concreta* del hecho sólo rara vez estará presente y que existen buenos argumentos para negarla ya desde un punto de vista empírico.

En los casos de la responsabilidad de los intervinientes en el delito que no pertenecen al vértice directo de la organización, por ejemplo los "autores de escritorio" a la *Eichmann*, la problemática del criterio de la fungibilidad se muestra aún más claramente. Si tales personas son realmente imprescindibles para la realización del plan total de exterminio, no se podría partir de su fungibilidad en relación con sus superiores. Por tanto, aquí se está de frente a un doble problema: Por un lado, se necesita también de la fungibilidad de estas personas para poder fundamentar el dominio por organización del verdadero vértice de la organización; pero, por el otro, la afirmación de su fungibilidad se opondría a la posibilidad de su dominio por organización y, con ello, de su autoría mediata. Una argumentación similar se puede sostener respecto de Höß, comandante del campo de concentración de Auschwitz<sup>61</sup>. También él podía decidir sobre la vida o la muerte de miles de personas, sirviéndose para ello del personal del campo a sus órdenes. Sin embargo, también aquí mucho habla en favor de una precisa división de las tareas dentro del campo y, por ello, en contra de una fácil intercambiabilidad de los ejecutores directos en la situación concreta del hecho. Aquí se hace notar de

60 Asimismo, ya JAKOBS, AT (1993), 21/103, nm. 190; también HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

61 Cfr. también HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), pp. 38 y s.

manera recriminatoria que la teoría del dominio por organización hasta el momento no ha delimitado claramente según esferas de responsabilidad y niveles de jerarquía, es decir, no ha explicado satisfactoriamente hasta que nivel de mando se puede realmente suponer un dominio de la organización. Sobre este aspecto se volverá más adelante<sup>62</sup>.

De todo esto se sigue que el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato *como tal* continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado. Por tanto, una fungibilidad no es posible por lo general simultáneamente, sino sólo *sucesivamente*<sup>63</sup>. En palabras de HERNÁNDEZ PLASENCIA: "la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás"<sup>64</sup>. Con ello, la fungibilidad -notablemente relativizada- se transforma en una "exigencia de movilidad personal": "El dominio por organización está sujeto a que la orden de cometer un delito se dé en una jerarquía, la cual en caso de una negativa *declarada a tiempo* tenga *normalmente* a disposición enseguida un hombre de reemplazo"<sup>65</sup>. En todo caso se puede decir que el hombre de adelante aumenta el riesgo de la producción del resultado en el sentido de una "fungibilidad incompleta" o abstracta<sup>66</sup> y que el dominio por organización se convierte, así, en un "dominio de las causas de reemplazo"<sup>67</sup>. ["Organisationsherrschaft:- Ersatzsachenherrschaft"] Pero una fungibilidad tan debilitada no puede servir más -o por lo menos por sí sola - para fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás que emite la orden. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.

La otra objeción, realizada por MURMANN, basada en la expectativa normativa frente al hombre de adelante, no es más necesaria para demostrar la fragilidad de la fundamentación del dominio por organización por medio de la fungibilidad<sup>68</sup>. Sin embargo, su concepción teórica, que he rechazado anteriormente en razón de

62 Infra, III.

63 Acertadamente JAKOBS, AT (1993), 21/103, nm. 190; también HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

64 HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata (1996), p. 275.

65 HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), pp. 58 y s.

66 HEINE, JZ 2000, 925.

67 SK-HOYER (2000), § 25, nm. 90. Para un concepto más amplio de la fungibilidad también FARALDO CABANA, Responsabilidad (2004), pp. 206, 236.

68 Cfr. al respecto MURMANN, GA 1996, pp. 273 y s.



haber partido de un punto de vista fáctico-instrumental<sup>69</sup>, puede proporcionar una fundamentación del dominio del hecho que va más allá del mero dominio instrumental del hecho, ayudando a superar, por consecuencia, el déficit empírico de fundamentación que se ha constatado. Este autor transporta, en definitiva, la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad<sup>70</sup>. Así, el Estado aparece -en cuanto garante de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante- como especial *obligado* frente a los ciudadanos y posee frente a ellos un *poder de lesión* especial. El Estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona.

La relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable, porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante.

En el caso de una orden estatal antijurídica, la dependencia -también normativa- del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el *dominio del hecho* de éste. Este dominio es ejercitado por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre

69 AMBOS, GA 1998, pp. 230 y s.; aprob. mi posición en este sentido ROTSCH, wistra 1999, p. 327, quien sin embargo critica, con razón, que mi posición "sigue sin explicar la posibilidad de la libre responsabilidad en el *hombre de adelante*" (resaltado en el original). Similar ya Rotsch, NStZ 1998, p. 493.

70 Cfr. MURMANN, Nebentäterschaft (1993), pp. 160 y ss (181 s.); *el mismo*, GA, 1996, pp. 275 y ss. (278 remitiéndose a JAKOBS en la nota 42). La concepción de MURMANN se funda en la teoría de la libertad de ZACZYK (Unrecht [1989], pp. 128 y ss. [1939], pp. 194 y ss.), la que, por su parte, se basa en KANT y FICHTE. Según esto, el fundamento del derecho residiría en un reconocimiento mutuo de los individuos como personas autónomas con uso de razón. La *relación de reconocimiento*, que al mismo tiempo sería una relación jurídica, estaría constituida por conductas mutuas prácticamente correctas y, de este modo, se realizaría la libertad de todos (pp. 165, 193, 326). Frente a este trasfondo, el injusto consumado sería "la opresión realizada de la libertad concreta reconocida por la comunidad jurídica, en tanto se encuentren afectados bienes jurídicos del individuo o de la sociedad". A través de ello se personalizaría que el individuo lesiona la libertad del otro o de los otros como titulares de los bienes jurídicos respectivos y así abandonaría la relación mutua de igualdad para determinar por sí solo (subjektivamente) lo general (pp. 326 y s.). Esta posición se diferencia, sin embargo, de la originaria teoría del reconocimiento individual, por cuanto con ésta se trataría del reconocimiento de la norma por el individuo, mientras que ZACZYK se funda en el reconocimiento mutuo de los individuos entre sí (cfr. con más detalles KRÜGER, Versuchsbeginn [1994], pp. 153 y ss., con otras referencias; sobre la teoría del reconocimiento kantiana también BIELEFELDT, Philosophie [1998], pp. 158 y ss.).

Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de la organización estatal se presenta como un "*dominio sobre la cualidad de la relación*"<sup>71</sup>, esto es, de la *relación de reconocimiento* entre el Estado y sus ciudadanos<sup>72</sup>. Lo importante en esta relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí -aquí: entre el autor que ejecuta la orden y la víctima- lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Por consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atener solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración -por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí-. La obligación especial del Estado frente al ciudadano -que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación- proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad ya por motivos empíricos. De este modo, no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. No es relevante en este contexto -y, por ello, pueden ser obviadas en este lugar mayores consideraciones- la cuestión de si la posición de deber especial del Estado y su dominio sobre la relación de reconocimiento excluyen un dominio por organización en el marco de organizaciones (criminales) no estatales<sup>73</sup>.

La fundamentación normativa expuesta no reemplaza sin embargo al punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Pues, del mismo modo que un punto de vista meramente fáctico no puede explicar convincentemente un dominio por organización, tampoco el punto de vista normativizante basado en una fundamentación normativa es idóneo por sí sólo para comprobar una situación de dominio por organización. Esto se pone de manifiesto en un método práctico orientado a casos, tal como el que se sigue en este trabajo. Así se expresa, por ejemplo, en el auto de procesamiento del juez instructor BALTASAR GARZÓN del 10 de diciembre de 1998 en la investigación preliminar 19/97 contra PINOCHET:

71 MURMANN, Nebentäterschaft (1993), p. 181; *el mismo*, GA 1996, p. 276.

72 MURMANN, Nebentäterschaft (1993), pp. 168 y ss.

73 Así, MURMANN, GA, 1996, pp. 278 y ss.

*“Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material [de propia mano] de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado.*

[...]

*La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara [...];*

*a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas.*

*Como jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA;*

(...)

*g) es seguida de la ejecución del delito convenido [...].*

*Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla [...] toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos “roles o papeles” que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la “teoría de los bienes escasos”. En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplirían las órdenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptualización de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte (...).”<sup>74</sup>*

Con prescindencia de la dudosa apreciación jurídica, basada evidentemente en la “teoría de los bienes escasos” de GIMBERNAT<sup>75</sup>, que en definitiva -si se quiere solucionar la contradicción de una inducción y una coautoría que operan al mismo tiempo- acaba en una inducción en coautoría, el pasaje citado pone de manifiesto que a una apreciación jurídica correcta debe preceder un análisis fáctico de las relaciones de intervención al hecho. Las constataciones fácticas constituyen la base de la apreciación jurídica y esta obviedad -que vale en general- habla deci-

74 En: AHLBRECHT/AMBOS (editores), Pinochet (1999), pp. 136 y s. (las notas al pie han sido omitidas y el resaltado agregado).

75 GIMBERNAT, Autor (1966), pp. 151 y ss., 194 y ss. Ver también, Ambos, Parte general (2005), p. 180 con nota 58.

sivamente en favor de un punto de vista preferentemente fáctico, que luego, dado el caso, se deberá completar y asegurar con una fundamentación normativa. En cuanto a la misma responsabilidad jurídicopenal de PINOCHET, que aquí sin embargo no es de mayor importancia y a falta de constataciones fácticas más precisas sólo puede ser juzgada provisionalmente, de los pasajes citados se pueden deducir absolutamente argumentos para la fundamentación de una autoría mediata con base en el dominio de la organización: PINOCHET no sólo habría impartido órdenes criminales, sino a veces incluso habría controlado “con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa” del crimen. Los crímenes acordados habrían sido, sin más, ejecutados y PINOCHET habría sido el “conductor” del plan delictivo.

Todo esto muestra también que, precisamente, el dominio del hecho no es sólo un fenómeno jurídico o normativo, como opina JAKOBS<sup>76</sup>, sino ante todo también un fenómeno fáctico. Esto se muestra con el hecho de que la fungibilidad es un criterio problemático justamente desde el punto de vista empírico. Por tal razón se necesita de la fundamentación normativa *complementaria* del dominio por organización como aquí se ha expuesto. En este sentido, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un “*entrelazamiento*” (“*Verflechtung*”)<sup>77</sup> de componentes normativos y fácticos. Desde un punto de vista fáctico, junto con el criterio del dominio por control, brinda un elemento para determinar la figura central del suceso. El empleo de consideraciones *normativas* permite -excepcionalmente- atribuir ese rol también a un autor de atrás del autor. De este modo, se clarifica la combinación de componentes fácticos y normativos en el sentido del mencionado entrelazamiento. En los casos problemáticos, el poder de control se reparte entre el hombre de atrás y el ejecutor material. En cuanto al ejecutor material, este poder se funda en su cercanía al hecho. En relación con el hombre de atrás que emite la orden, resulta de su influencia sobre la organización en la cual está integrado el ejecutor. Quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado mediatamente el ejecutor material. En esta influencia *indirecta* sobre el ejecutor reside también una diferencia decisiva con la inducción. El poder sobre la organización de quien da las órdenes, hace al ejecutor por ello y *en tal medida* intercambiable y sin importancia.

Vale la pena enfatizar que la falta de fungibilidad *concreta*, constatada con acierto por HERZBERG<sup>78</sup>, y la existencia de una fungibilidad abstracta o posterior

76 JAKOBS, NStZ 1995, 27.

77 ROXIN, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55.

78 Cfr. supra nota 58 ss y texto.

no es un argumento idóneo –ni mucho menos decisivo– contra la teoría del dominio por organización. Sólo hace evidente que un punto de vista puramente naturalista-descriptivo en el sentido de la determinación de la figura central no puede proporcionar una solución convincente. Más bien, consideraciones normativas hacen autor a quien ordena. Su poder fáctico de control es sólo el punto de partida. Este poder tiene carácter abstracto, no es en todos los casos demostrable y por eso es considerablemente relativizado.

Así, la autoría del hombre de atrás resulta de las siguientes consideraciones normativas basadas en un modelo de imputación normativizante en el sentido explicado en otro lugar<sup>79</sup>: la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida que aumenta la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando (punto de vista denominado *Top-down*). Esta valoración fundamental<sup>80</sup>, orientada a la responsabilidad, determina la solución de los casos problemáticos. Con base en esta valoración es posible considerar como autores a dirigentes como Hitler, Himmler, Honecker, Videla y Pinochet. El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente<sup>81</sup>. El BGH también eligió esta argumentación al fundamentar la autoría en los casos de los disparos del muro<sup>82</sup>.

Con esto no se debe ver una recaída en la teoría subjetiva, sino un perfeccionamiento de la teoría de la intervención en el delito en vista de nuevas formas colectivas de criminalidad. Frente a este trasfondo, son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una *independización* o por lo menos una *fundamentación autónoma*. De acuerdo al punto de vista tradicional, ella es una entre varias subformas de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad. Se la entiende como una excepción del “autor detrás del autor”. Su relevancia práctica creciente ha generado, sin embargo, más y más opiniones doctrinarias que reclaman con argumentos dignos de

79 Ver AMBOS, Parte general (2005), pp. 163 y s. (en este libro en el trabajo sobre “Imputación (objetiva) y dpi” al final); ver también VOGEL, ZStW 114 (2002), pp. 406 y ss.

80 Cfr. MÜKo-StGB/KREß, §220a nm. 100 con mayores referencias bibliográficas.

81 En este sentido, entendido como correctivo, HEINE tiene razón al hablar de un abandono de la idea de la figura central del suceso (JZ 2000, p. 924).

82 BGHSt 40, 218, 237: “En tales casos, no considerar como autor al autor de atrás, sería injusto en relación con el peso objetivo de su contribución al hecho, especialmente porque con frecuencia la responsabilidad crece y no disminuye con la mayor distancia respecto del lugar del hecho”.

atención una emancipación de la dogmática tradicional de la intervención en el delito, al menos en el ámbito del derecho penal internacional signado por formas de comisión colectivas. Sea como fuere, esta discusión confirma, en todo caso, que la teoría del dominio por organización es el punto de partida acertado para los casos que aquí se analizan.

KREß<sup>83</sup> extrae del § 357 apartado 1 del StGB (inducción del subordinado por el superior) el punto de partida para un dominio por organización independiente. HILGERS<sup>84</sup> propone una codificación separada como tipo penal. HEINE<sup>85</sup> aboga por la consideración del injusto de la organización y del sistema originario creado con el establecimiento de un aparato de poder y compuesto de riesgos sistémicos concretos para determinados bienes jurídicos. VEST<sup>86</sup> va aún más allá y considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contendría más que la suma de los dominios individuales de los intervinientes. Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total* (“Zurechnungsprinzip Gesamttat”), según el cual, la organización criminal como un todo se convierte en punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho<sup>87</sup>, los cuales deben ser evaluados a la luz de sus repercusiones sobre el plan criminal total o en función del fin perseguido por la organización criminal. Se puede hablar de un *dominio de la organización escalonado*, en donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización<sup>88</sup>. La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención en el delito: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por conducción* (“Führungstäter”) pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto pueden ser designados como *autores por*

83 MÜKo-StGB/KREß, §220a, nm. pp. 99 y ss.

84 HILGERS, Verantwortlichkeit (2000), p. 241.

85 HEINE, JZ 2000, pp. 925 y ss.

86 VEST, Genozid (2002), pp. 236 y ss.

87 Cfr. fundamentalmente DENCKER, Kausalität (1996), pp. 125 y ss., 152 y ss., 229, 253 y ss. y *passim*; *el mismo.*, FS Lüderssen (2002), pp. 525, 534 y ss. VEST, Genozid (2002), pp. 214 y ss., 236 y ss., 303, 304 y ss., 359 y ss. desarrolla su pensamiento especialmente en cuanto al crimen de genocidio.

88 Cfr. ya AMBOS, GA 1998, pp. 237 y s.; aprob. VEST, Genozid (2002), p. 239.

organización ("Organisationstäter"); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos* ("Ausführungstäter") que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal total<sup>89</sup>. En una dirección similar se encuentra SCHLÖSSER con su modelo de imputación funcional-social<sup>90</sup>, a partir del cual desarrolla una doctrina del dominio social del hecho<sup>91</sup>. Según ésta, la falta de libertad del autor directo es derivada de su relación (subordinada) respecto del superior; éste se convierte en razón del rol institucionalizado a él asignado en "causa última de defecto". Desde un punto de vista sociológico de la organización, el motivo del sometimiento habría de verse en la inferioridad jerárquica<sup>92</sup>. La relación de supra y subordinación interpersonal actuaría como factor constitutivo del dominio<sup>93</sup>. Visto desde el punto de vista de la filosofía jurídica, la libertad en este sentido habría de entenderse siempre sólo como libertad en las relaciones interpersonales<sup>94</sup>.

### III. SOBRE LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA SEGÚN NIVELES DE JERARQUÍA

La doctrina no se ha ocupado realmente de la cuestión de hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador el hecho<sup>95</sup>. La jurisprudencia alemana acepta una autoría mediata en virtud del dominio de la organización, apoyándose en la teoría de ROXIN, también respecto de acusados situados por debajo del vértice de la organización o del Estado<sup>96</sup>. Independientemente del poder fáctico de mando o de organización del hombre de atrás, aquí se repite como una letanía la conocida fórmula según la cual existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás "mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución al

89 Cfr. VEST, Genozid (2002), pp. 29 y s., 240 y ss., 302.

90 SCHLÖSSER, Verantwortlichkeit (2004), pp. 33 y ss. (39); cfr. ya § 7 II. 7 con nota 154.

91 SCHLÖSSER, Verantwortlichkeit (2004), pp. 59 y ss. (61).

92 Idem, 67.

93 Idem, p. 72

94 Idem, pp. 73 y ss. (75).

95 Crít. de todos modos JAKOBS, AT (1993), 21/103, en la nota 190; en contra ROXIN, Täterschaft (1994), p. 654, en donde, sin embargo, sólo repite su conocida opinión según la cual autor es todo aquel "que en el marco de una relación de jerarquía transmite la orden criminal con autónomo poder de mando". Últimamente, VEST, ZStW 2001, pp. 493 y s.; *el mismo*, Genozid (2002), pp. 230 y ss. y *passim*.

96 BGHSt. 42, 65 = NJW 1996, 2042 (p. 247 vers. al.).

hecho desencadena procesos reglados"<sup>97</sup>. Según esta jurisprudencia, incluso un ciudadano alemán occidental que con su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antigua DDR causa la detención antijurídica de éste puede ser penado por privación de la libertad en autoría mediata "particularmente si el autor se aprovecha conscientemente de un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de fines personales"<sup>98</sup>. De qué modo un simple ciudadano podría dominar un aparato estatal —además extranjero—, resta aquí, sin embargo, sin respuesta. El dominio de la organización no se supedita siquiera a la pertenencia del acusado a la organización en cuestión<sup>99</sup>. Sin embargo, difícilmente se podrá afirmar que el juez, el agente de seguridad o el oficial de policía que causan en concreto la detención antijurídica representan una ruedecilla en el engranaje del aparato estatal extranjero intercambiable a voluntad por el denunciante.

En este contexto también es problemático el caso Eichmann. Al respecto, ROXIN ha partido de una autoría mediata con la fundamentación de que Eichmann no sólo habría sido ejecutor, sino simultáneamente quien daba las órdenes en relación con las personas a él subordinadas, "así que, en este sentido, también valen para él los criterios que convierten en autores mediatos a sus hombres de atrás"<sup>100</sup>. Sin embargo, mientras la autoría de Eichmann está fuera de discusión<sup>101</sup>, no lo está en absoluto la clase de autoría. Como es conocido, el Tribunal de Distrito de Jerusalem ha afirmado incluso una coautoría<sup>102</sup>. Yo he manifestado dudas respecto del dominio del hecho de Eichmann en virtud del dominio de la organización, sin que ello me haya decidido finalmente a una posición opuesta<sup>103</sup>. Me sigue pareciendo correcta bajo todo punto de vista la tesis de que con Eichmann se ha reconocido la posibilidad de un *dominio por organización de varios niveles y que este dominio se condensa y acumula al ir aumentando el poder de decisión y la disponibilidad de los recursos personales*<sup>104</sup>. Frente a la expansión del dominio

97 BGHSt 40, 218 (236).

98 BGHSt 42, 275 (278).

99 Cfr., al respecto, la pertinente crítica de ARNOLD, NJ 1999, pp. 289 y s. a la sentencia Havemann del BGH del 10 de diciembre de 1998 con la cual la teoría del dominio por organización fue implícitamente introducida en los casos de prevaricación.

100 ROXIN, Täterschaft (2000) (249), pp. 246 y ss (246); *el mismo*, GA 1963, pp. 201 y ss.

101 Cfr. AMBOS, Parte general (2005), pp. 176, 180. De otra opinión, sin embargo, GIMBERNAT, *supra*, en la nota 34.

102 Cfr. AMBOS, *supra* nota \*, pp. 184 y s.

103 AMBOS, GA 1998, pp. 236 y ss. = Dominio (1998), pp. 34 y ss.

104 Idem, 237, 238.

por organización en la jurisprudencia (federal alemana) parece necesario *diferenciar* claramente entre el vértice de la organización y los funcionarios que –aunque de alto rango– están situados por debajo de éste. Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como *junta* o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto *por medio de y sobre* el aparato organizado de poder que de él depende<sup>105</sup>. Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal “perturbación” es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como EICHMANN: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo. Lo mismo se puede decir respecto del ya nombrado comandante de campo de las SS, HÖB<sup>106</sup>. Tampoco él era “hacia abajo” el único dueño de los sucesos, ni tenía “hacia arriba” completa autonomía e independencia. La falta de dominio del hecho de los intervinientes que no pertenecen al vértice directo de la organización, pero que sin embargo poseen un alto nivel de mando resulta también de las declaraciones del ya mencionado MANUEL CONTRERAS que, como antiguo jefe del servicio secreto, estaba directamente subordinado a PINOCHET:

*(...) el ejercer el Mando Pleno en una Institución Militar, no involucra ser independiente, por cuanto todos los Comandantes tienen un Mando Superior del cual dependen, al cual deben rendirle cuenta permanentemente del cumplimiento de sus misiones y de las órdenes recibidas. En mi caso particular ese era el Presidente de la República, y es por eso que digo, que yo no me mandaba solo y cualquier*

105 Así también VEST, ZStW 2001, pp. 493 y s.; en contra FARALDO CABANA, Responsabilidad (2004), pp. 204 y s., que considera esta posición “extremadamente restrictiva” y sigue a ROXIN “en el sentido de que debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente”. Sin embargo, esta posición, al igual que la jurisprudencia alemana, puede ser cuestionada, porque no explica cómo el mero hecho de poder transmitir una orden podría significar un dominio del aparato.

106 Cfr. ya supra nota 61 y en el texto.

*misión a cumplir tendría que haber venido, como siempre vino, del presidente de la República*<sup>107</sup>.

Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan “*sin perturbación alguna*”. Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales (“los generales”) que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización *dentro* del aparato a lo sumo respecto de *sus* subordinados<sup>108</sup>. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo sumo una *parte* de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una *coautoría* fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “solución final”. Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo HÖB. En este sentido, no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos por último y una vez más por ROXIN<sup>109</sup>.

Ante todo, tampoco en estos casos debe ser reemplazado el criterio de la *resolución común a cometer el hecho*, como proponen JAKOBS y sus discípulos, por una mera decisión de inserción (*Einpassungentschluss*)<sup>110</sup>. Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes<sup>111</sup>. A ROXIN se le debe conceder, por cierto, que en caso de

107 Citado según el auto de procesamiento de la justicia española en el proceso contra Pinochet, mencionada ya supra (nota 74), en: *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 124.

108 Cfr. también VEST, ZStW 2001, p. 493 y s.

109 ROXIN, FS Grünwald (1999), pp. 552 y ss.; asimismo KÜPPER, GA 1998, p. 524.

110 Cfr. al respecto AMBOS, Parte general (2005), p. 185 con nota 93.

111 Cfr. AMBOS, Parte general (2005), p. 184 con nota 88.

delitos en el marco de un aparato organizado de poder *por lo general* -¡pero esto no es siempre así!- quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente<sup>112</sup>. Sin embargo, ello tampoco tiene importancia, pues para un acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente<sup>113</sup>.

Por otra parte, la *realización del tipo* en coautoría no se debe entender de manera estricta, como ya se ha expuesto en otro lugar<sup>114</sup>, en el sentido de excluir toda *acción preparatoria*. Para citar a ROXIN: tampoco el jefe de la banda se "ensucia las manos, sino que él se sirve de los órganos ejecutivos"<sup>115</sup>. Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el "autor de escritorio" planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida<sup>116</sup>. Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros intervinientes.

Finalmente, en cuanto al argumento de la *diferencia estructural* entre la autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida<sup>117</sup>, con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite, tales como de los que aquí se trata. En nuestro contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del

112 Cfr. ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 553.

113 ASIMISMO, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata (1996), p. 266: "El acuerdo común (...) puede producirse a través de actos *concluyentes*" (el resaltado es del autor).

114 Cfr. AMBOS, Parte general (2005), pp. 192 y ss.

115 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 553.

116 En contra de la interpretación estricta de ROXIN, recientemente también MUÑOZ CONDE, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), pp. 155 y ss., quien entre otras cosas por ello aboga en el resultado por una coautoría mediata en caso de organizaciones criminales no estatales (también *el mismo*, RP 6 [2000], p. 113 = FS Roxin [2001], pp. 622 y ss.).

117 Cfr. AMBOS, Parte general (2005), p. 193 con nota 147 y p. 196 con nota 164.

hombre de atrás. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar un *déficit de dominio* del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Precisamente el caso del jefe de la banda muestra que también en la coautoría puede existir una relación jerárquica entre los intervinientes<sup>118</sup>.

*Last but not least*, también la Sala de Apelaciones del ICTY en *Tadic* ha defendido la opinión de que en los casos de comisión sistemática de crímenes en un determinado contexto organizado -como los llamados casos de campos de concentración en el marco de su segunda categoría (jce II)- son responsables como coautores los organizadores o líderes responsables<sup>119</sup>. Aunque la Sala se haya limitado allí a delimitar la coautoría de la complicidad, dejando abierta la cuestión de la posibilidad de una autoría mediata, esta sentencia de apelación representa, sin embargo, -no sólo a causa de su efecto vinculante para la primera instancia- otro argumento importante en favor de la aceptación en estos casos de una coautoría en lugar de una autoría mediata.

#### IV. UNA VEZ MÁS: EL CRITERIO DE LA DESVINCULACIÓN DEL DERECHO

Yo he sostenido el punto de vista de que el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originariamente por ROXIN, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización<sup>120</sup>.

118 ASIMISMO, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata (1996), p. 267.

119 Cfr. AMBOS, Parte general (2005), p. 194 con nota 154.

120 Cfr. AMBOS, GA 1998, pp. 241 y ss. (242, 245); aprob. ROTSCHE, wistra 1999, 327; probablemente también MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), pp. 106 y s., 109 = FS Roxin (2001), pp. 613 y s., 617; cfr. también SCHILD, Täterschaft (1994), pp. 22 y s.; GROPP, JuS 1996, 16. Por el contrario, en favor de la desvinculación del derecho BRAMMSEN, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 142, quien ve en este criterio la única posibilidad de "concebir la forma más particular de intervención" (134) del dominio por organización "y [de] crear materialmente, con libre apoyo en el principio del '*versari*' y en el 'principio de la vergüenza', un fundamento en cierto modo lo suficientemente sólido" (las notas al pie han sido omitidas). Si se entiende a la desvinculación del derecho como un "desprendimiento de las normas (fundamentales) del derecho" (idem), entonces debe objetarse la crítica que se le ha hecho como "interpretación



También HERZBERG<sup>121</sup>, rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito. Lo determinante sería el dominio de la organización por medio de la fungibilidad y sería "secundario interrogar[se] aún también acerca de si los miembros de la organización no respetan el ordenamiento jurídico en su conjunto y están dispuestos a ordenar y a ejecutar todo tipo posible de delito". Una postura similar defiende también ROTSCH<sup>122</sup>. Este autor, señala con acierto especialmente que la fungibilidad es independiente de la desvinculación del derecho, pues el aparato tendría siempre a disposición ejecutores que no tienen ningún escrúpulo en ejecutar la orden criminal a pesar de normas jurídicas que se opongan a ello.<sup>123</sup>

ROXIN<sup>124</sup>, ha objetado a esto que "una desvinculación del derecho de la actividad del aparato respectivo" necesitaría "referir[se] sólo a los hechos incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización". Según su opinión, yo habría negado la necesidad de la desvinculación del derecho "también en este sentido limitado". Esta crítica parece basarse en un malentendido, pues yo he partido de una comprensión amplia de la desvinculación del derecho, tomada de su libro "Täterschaft und Tatherrschaft" (Autoría y dominio del hecho), cuestionándome a este respecto sobre su sentido. Para Roxin, el sentido de la desvinculación del derecho residiría en que con ella se anularía el derecho que se opone al actuar del ejecutor y en consecuencia éste no estaría impedido a ejecutar la orden:

*"Pues, mientras la dirección y los órganos de ejecución permanezcan ligados en principio a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, la orden de cometer delitos no puede operar fundamentando el dominio, porque las leyes tienen un valor norma-*

del derecho formalista-positivista". (así BRAMMSEN, loc. cit., en la nota 222 en contra de mi opinión). También, según HEINE, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 103 la exigencia de la desvinculación del derecho tiene "completo sentido en vista del principio de la autorresponsabilidad" (en favor de esto probablemente también S/S-CRAMER/HEINE (2001), § 25, nm. 25a). También FARALDO CABANA, Responsabilidad (2004), pp. 96 y ss. (100), proponiendo distinguir entre la organización delictiva *per se* y la organización lícita en cuyo ámbito se cometen delitos sólo ocasionalmente.

121 HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), pp. 36 y s.; 57, 59.

122 ROTSCH, ZStW 2000, 533 y ss., 561; ya también *el mismo*, wistra 1999, 327.

123 ROTSCH, ZStW 2000, 535.

124 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 556 (el resaltado es del autor); aprob. ROGALL, FS BGH IV (2000), p. 425.

*tivo más alto y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del hombre de atrás*"<sup>125</sup>.

En mi opinión, una desvinculación del derecho entendida de este modo no puede ser un presupuesto obligatorio del dominio por organización, porque también existen -en el ámbito de la criminalidad de Estado- aparatos organizados de poder que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho -al menos sin desvincularse del derecho positivo, sino a lo sumo del derecho suprapositivo (derecho natural)-. Si se acepta esto -y también ROXIN parece hacerlo- se debe diferenciar entre dos formas de desvinculación del derecho: Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, *positivo*, que representaría el caso normal, pudiéndose la designar como desvinculación del derecho "*positivo*". Por el otro, una desvinculación del derecho no escrito, *suprapositivo*, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se la puede nombrar como desvinculación del derecho "*suprapositivo*". La desvinculación del derecho positivo conduce a dejar sin efecto normas de prohibición de derecho positivo, no pudiendo éstas, en consecuencia, impedir (más) -en el sentido de una barrera normativa- la ejecución concreta del hecho. En el caso de la desvinculación del derecho suprapositivo, el derecho positivo rige sin restricciones, y puede incluso ordenar o permitir la conducta criminal; pero el aparato organizado de poder se ha desvinculado del derecho suprapositivo, el cual es infringido por el derecho positivo y, con ello, también por la conducta criminal basada en éste. La barrera normativa para el ejecutor directo que ha de ser eliminada por la desvinculación del derecho no es puesta por el derecho positivo, sino, a lo sumo, por el derecho suprapositivo. Sin embargo, esto debe ser reconocible para el ejecutor del hecho.

Pero, no sólo se debe diferenciar entre desvinculación del derecho positivo y del derecho suprapositivo, sino ahora también -según la reciente toma de posición de Roxin- entre desvinculación del derecho *en sentido amplio* y *en sentido restringido*. Cuando Roxin me objeta en cuanto a la criminalidad no estatal que una autoría mediata en virtud del dominio por organización sólo entra en consideración naturalmente "si la conducta en cuestión es punible según el ordenamiento jurídico existente"<sup>126</sup>, y si la desvinculación del derecho de un aparato de poder no estatal que actúa delictivamente no se encuentra "influenciada por la intervención de autoridades estatales en esa clase de criminalidad", entonces él parece partir de una desvinculación del derecho en sentido restringido, a saber, una desvinculación del derecho positivo específica del delito, de una desvinculación del

125 ROXIN, Täterschaft (2000), p. 249 (el resaltado es del autor).

126 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 557.

derecho como mero actuar injusto punible<sup>127</sup>. En un principio, ROXIN partía, sin embargo, como ya fue expuesto<sup>128</sup>, de una desvinculación del derecho en sentido amplio, según la cual “el aparato en su conjunto actúa fuera del ordenamiento jurídico”<sup>129</sup>.

Ahora bien, en cuanto concierne a la criminalidad estatal, Roxin considera inaceptable mi punto de vista por lo siguiente:

*“Pues, cuando el Estado actúa de modo ‘criminal’ -y este es el presupuesto para la punibilidad como autor mediato del detentador del poder- la conducta incriminada no puede estar cubierta por el ‘derecho positivo’. Una disposición que la autorice sería necesariamente nula, si esto se deriva de una infracción contra el derecho nacional estatal de rango superior, contra acuerdos internacionales del Estado en cuestión, contra la costumbre internacional o contra los derechos humanos basados en el derecho natural”<sup>130</sup>.*

A mi objeción anterior<sup>131</sup>, que aquí se reitera, de que no tendría ningún sentido una comprensión de la desvinculación del derecho abstraída del derecho positivo, ya que las prohibiciones suprapositivas serían demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho, Roxin opone ahora que no se trataría de si la desvinculación del derecho es concreta o abstracta “sino únicamente de si una acción ordenada desde el Estado es o no un injusto punible. Si es un injusto punible, entonces existe una desvinculación del derecho sin que en ello nada se ‘desdibuje’ ”<sup>132</sup>. Con prescindencia de que con ello Roxin renuncia definitivamente a la desvinculación del derecho en sentido amplio en favor de la desvinculación del derecho en sentido restringido<sup>133</sup>, no se trata, sin embargo, de si existe o no la desvinculación del derecho, sino de cómo repercute su existencia en la ejecución concreta del hecho. Es decir, si la circunstancia de que un aparato organizado de poder actúe desvinculado del

127 Similar en su réplica a HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55: “... desvinculado de la prohibición de cometer homicidios...”.

128 AMBOS, GA 1998, 241 y s.

129 ROXIN, Täterschaft (2000), p. 249.

130 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 557.

131 AMBOS, GA 1998, 244 s. = Dominio (1998), pp. 49 y ss.

132 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 558.

133 También MUÑOZ CONDE, RP 6 (2000), 106, nota 18bis = FS ROXIN (2001), p. 612, nota 19 reconoce esta desviación de ROXIN de su interpretación originaria. ROGALL, FS BGH IV (2000), p. 425, sin embargo, la pasa por alto.

derecho, repercute de tal modo en la ejecución concreta del hecho como para que las órdenes criminales sean ejecutadas sin titubear ni vacilar por el autor directo -por falta de una barrera normativa-. La diferencia entre la llamada desvinculación del derecho en sentido restringido y aquella en sentido amplio reside manifiestamente en que en aquella infracción es más clara y palpable que en ésta y, por ello, se puede hablar realmente de una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar. Mientras que la lesión del derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio o, en todo caso, debe ser considerada reconocible -en el sentido de una ficción necesaria para el Estado-, no se puede afirmar lo mismo de ninguna manera respecto de una lesión del derecho suprapositivo. Quien quiera partir por tanto -de frente a la problemática de los francotiradores del muro de manera del todo comprensible- de una desvinculación del derecho en sentido amplio, no sólo deberá soportar la crítica general relativa a la precisión de su concepción, sino que se deberá interrogar acerca de si el derecho suprapositivo puede en verdad servir como límite normativo, para poder así ser eliminado por la desvinculación del derecho suprapositivo en sentido restringido. Desde luego, quien parte con ROXIN<sup>134</sup> de “que las violaciones más graves a los derechos humanos (...) son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto” y quiera limitar la desvinculación del derecho suprapositivo a tales violaciones a los derechos humanos, será naturalmente de esa opinión, es decir, partirá de que también el derecho suprapositivo (“¡no lesiones los derechos humanos fundamentales!”) representa para el receptor de la orden que ejecuta directamente el hecho una barrera normativa y que, por consecuencia, puede ser eliminado por medio de la desvinculación del derecho.

Sin embargo, esto me parece dudoso. Tomemos el caso de los francotiradores del muro de la DDR<sup>135</sup>. Si hoy se le reprochase a la DDR -en cierto modo *ex post facto*- haber actuado desvinculada del derecho en sentido amplio, ese reproche no se podrá sostener más allá de la lesión de la prohibición de cometer homicidios y no se podrá decir que el aparato de poder de la DDR *como un todo* se ha desvinculado de las normas del derecho (suprapositivas). En todo caso, la DDR ha actuado según su propio entendimiento conforme a derecho y, en consecuencia, los guardias de frontera como autores directos no se han -al menos no conscientemente- desvinculado del derecho<sup>136</sup>. La desvinculación del derecho en sentido amplio que hoy le reprochamos a la DDR no ha tenido ningún rol, al menos en el momen-

134 ROXIN, FS Grünwald (1999), p. 558.

135 Cfr., al respecto, similar HERZBERG, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37.

136 Con acierto idem.



to de la comisión del hecho, ni desde el punto de vista de los hombres de atrás, ni desde el del ejecutor. ¿Cómo pudo ella, entonces, haber repercutido en la ejecución concreta del hecho y de este modo en el dominio de la organización del hombre de atrás? ¿Cómo pudo haber sido de importancia para el guardia de frontera que el aparato que se sirve de él haya actuado presuntamente desvinculado del derecho en sentido *suprapositivo*, si él mismo ha actuado conforme a los presupuestos del § 27 de la Ley de fronteras de la DDR -por tanto, sin actuar justamente desvinculado del derecho en sentido *positivo*-? Al menos llama la atención que *Roxin* jamás haya designado a la DDR, en cuanto evidente, como un aparato de poder desvinculado del derecho en el sentido de su teoría.

Naturalmente, si se prescinde del caso especial de la DDR, se puede coincidir con *Roxin* cuando considera que existe desvinculación del derecho siempre que "una conducta ordenada desde el Estado represente un injusto punible". Sin embargo, con ello sólo se dice algo que resulta por sí sólo del ocuparse con el derecho penal, es decir, que una conducta determinada es o no un injusto punible. Resta igualmente el siguiente interrogante: ¿Qué aporta una desvinculación del derecho en sentido restringido así entendida para la fundamentación del dominio por organización? *Roxin* afirma al respecto:

*"La importancia práctica del criterio de la desvinculación del derecho reside en que, junto a aquél de la fungibilidad, posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructuras jerárquicas"*<sup>137</sup>.

Con ello *Roxin* quiere decir, como se sigue de las explicaciones siguientes, que se está en presencia de una autoría mediata siempre que exista la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder en cuestión. Sólo si el aparato no actuase desvinculado del derecho, podría esperarse que no se cumpla una orden antijurídica. Es, por tanto, tal como se corroboró al comienzo: La desvinculación del derecho elimina el obstáculo puesto por el derecho positivo para cumplir con la orden antijurídica y convierte, por ello, a aquel que domina el aparato desvinculado del derecho en autor mediato. Sin embargo, este mecanismo conviene únicamente en los ejemplos elegidos por *Roxin*, esto es, en caso de organizaciones que se mueven en principio dentro del ordenamiento jurídico estatal y que en un caso determinado no respetan mediante la emisión de una orden antijurídica el derecho positivo impuesto por este ordenamiento. Tratándose de criminalidad estatal y de un aparato que actúa conforme a derecho -de acuerdo al derecho positivo- (DDR) se presentan los problemas arriba descritos. La divergencia de opiniones parece extenderse únicamente en este ámbito. Se trata, sin embargo,

137 *ROXIN*, FS Grünwald (1999), p. 558.

sólo de la pura cuestión de valoración -no verificable empíricamente- de si el derecho suprapositivo se considera reconocible para el ejecutor, de modo que la desvinculación del derecho le quite a éste toda inhibición normativa -por medio de la barrera puesta por el derecho suprapositivo- en la situación concreta del hecho.

También *FIGUEIREDO DIAS* me reprocha que parto de un falso entendimiento de la desvinculación del derecho<sup>138</sup> y opina, en lo esencial siguiendo a *ROXIN*, que a pesar del entremezclamiento por mi aceptado "el Estado y la organización criminal se mantienen, en esencia, como entidades separadas y opuestas", de modo que la desvinculación del derecho de las organizaciones criminales quedaría en pie. También *FIGUEIREDO DIAS* parte en los casos en que el Estado ha positivizado por ley actos ilícitos de una fundamentación suprapositiva de la desvinculación del derecho y parece, como *ROXIN*, considerarla, sin más, reconocible. No se trataría aquí de la cuestión del dominio del hecho, sino solamente de la aceptación de un reproche suprapositivo de culpabilidad. Sin embargo, al fundamentar de este modo *FIGUEIREDO DIAS* pasa por alto lo que aquí he intentado mostrar, a saber, que la desvinculación del derecho también, y justamente, en su variante suprapositiva sólo tiene sentido si ella todavía puede representar razonablemente un presupuesto de la teoría del dominio por organización, es decir, si ella le puede quitar al ejecutor del hecho las eventuales inhibiciones normativas.

En resumidas cuentas, el criterio de la desvinculación del derecho -al menos como desvinculación del derecho suprapositivo- me parece que crea más confusión que utilidad práctica. La "importancia práctica" que *ROXIN*<sup>139</sup> atribuye a este criterio para la delimitación entre autoría mediata e inducción la puede conseguir únicamente la desvinculación del derecho *positivo* en sentido restringido. La desvinculación del derecho *suprapositivo* en sentido restringido, relevante en nuestro contexto, padece de las incertezas propias del derecho suprapositivo y, por ello, no es idónea como criterio seguro de delimitación para la fundamentación del dominio por organización. Probablemente, también éste sea el motivo del porqué la jurisprudencia jamás ha mencionado a este criterio en los casos pertinentes. En definitiva, considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.

138 *FIGUEIREDO DIAS*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), pp. 104 y s.

139 *ROXIN*, FS Grünwald (1999), p. 558.

## V. CONCLUSIÓN

El *dominio por organización* requiere de una fundamentación normativa adicional, puesto que ya por razones fácticas no se puede partir en todos los casos de la *fungibilidad* del ejecutor en la situación concreta del hecho. Tal fundamentación normativa se centra en el dominio del Estado -obligado de modo especial a la protección de los ciudadanos- sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos. Al impartir a un ciudadano (el autor) la orden antijurídica de dañar a otro (la víctima) esta relación de reconocimiento es lesionada de manera doble: Por un lado, el Estado lesiona su deber especial de protección de sus ciudadanos y por el otro la relación entre éstos es lesionada por la injerencia de un ciudadano en la libertad de otro. Esta injerencia en la libertad ajena 'materializa' el dominio del hecho por el Estado.

El dominio de la organización y, con ello, la autoría mediata sólo puede tener lugar respecto de los intervinientes que pertenecen al *vértice de la organización* del aparato de poder. Los autores que se encuentren por debajo de éste en la jerarquía no pueden ejercitar un dominio de la organización *sin perturbaciones sobre* el suceso total, sino que, a lo sumo, pueden dominar parte de los sucesos *dentro* del aparato. Por ello, ellos podrán ser penados por lo general sólo como *coautores*. Desde luego, la difícil delimitación en estos casos entre autoría mediata y coautoría muestra las limitaciones de la imputación penal individual clásica en los contextos de acción colectiva del derecho penal internacional. Aquí, puede ayudar un principio de imputación del *hecho total*, el cual consiste, esencialmente, en la imputación de las aportaciones individuales al suceso injusto total. Con esto se puede hablar de una doble imputación en el marco de un modelo de imputación normativizante en el sentido ya explicado<sup>140</sup>.

La *desvinculación del derecho* puede eliminar la barrera normativa a la ejecución del hecho, y así servir como criterio razonable del dominio por organización, sólo si se la concibe como *desvinculación del derecho* positivo. Como desvinculación del derecho suprapositivo, tal como se manifiesta regularmente en los casos de criminalidad de Estado, este criterio carece de precisión, por lo cual resulta dudoso que pueda repercutir sobre la ejecución concreta del hecho. En consecuencia, la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiéndose prescindir de él.

Además, se plantea la cuestión de si no puede eliminarse la crítica -en parte absolutamente acertada- a la figura del dominio por organización por medio de su *independización y emancipación* de la autoría mediata. Justamente porque el do-

140 Cfr. supra nota 79 y texto.

minio por organización es indispensable como figura de imputación en el contexto del derecho penal internacional, quizás deba ser desarrollado y asegurado como una concepción *nueva e independiente*. En esa dirección se dirige también la propuesta de codificar el dominio por organización como tipo separado<sup>141</sup> o -de modo aún más radical- de convertir al mismo aparato organizado de poder en la figura central del hecho típico y efectuar una imputación del hecho total en el sentido *supra* señalado. En todo caso, estas propuestas necesitan mayor discusión y deben ser vistas en relación con el sistema de imputación de derecho penal internacional.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AHLBRECHT, HEIKO / AMBOS, KAI (eds.), Der Fall Pinochet(s). Baden-Baden 1999.
- AMBOS, KAI, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. GA 1998, p. 226-245; versión ampliada en castellano: Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Bogotá (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho) 1998; versión más corta, interalia, en RDPC, 2da Época, t. 3 (enero 1999), 133-165.
- AMBOS, KAI / GRAMMER, CHRISTOPH, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. CDJP (Argentina) 16 (2003), p. 163-196 = RP (España) 12 (julio 2003), p. 27 = Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales (Instituto Nacional de Ciencias Penales), nro. 8, México 2003, p. 11-41.
- AMBOS, KAI, La parte general del Derecho Penal Internacional, Montevideo/Bogotá 2005 (Fundación Konrad Adenauer/Temis).
- ARNOLD, JÖRG, Rechtsbeugung von Richtern und Staatsanwälten der DDR im „Fall Robert Havemann“? NJ 1999, p. 286-292.
- BIELEFELDT, HEINER, Philosophie der Menschenrechte. Darmstadt, 1998.
- BRAMMSEN, JOERG, Unterlassungshaftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 105-144.
- DENCKER, FRIEDRICH, Kausalität und Gesamttat, Berlin, 1996.

141 Cfr. supra, nota 16.

- Beteiligung ohne Täter En: Contre Prittwitz et al. (eds.), FS für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, 2002, p. 525-537.
- FARALDO CABANA, PATRICIA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia, 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización". En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borralló (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 99-107.
- FREUND, GEORG, Strafrecht. AT Personale Straftatlehre. Berlín, entre otras, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966.
- GROPP, WALTER, Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als „Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern“? – BGHSt 40, 218. JuS 1996, p. 13-18.
- HEINE, GÜNTER, Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. JZ 2000, p. 920-926.
- Einführung. En: Albin Eser/Keiichi Yamanaka (eds.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen. Baden-Baden, 2001, p. 101-107.
- En. Schönke, Adolf / Schröder, Horst, StGB. Kommentar. 26° edición, realizado por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, Múnich, 2001 (cit.: S/S-autor, año).
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, La autoría mediata en Derecho Penal. Granada, 1996.
- HERZBERG, ROLF DIETRICH, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 33-61.
- HILGERS, BENNO MARIA, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter. Friburgo en Brisgovia, 2000.
- HOYER, ANDREAS, En. SK Band 1. AT 7° edición y ss. Neuwied 1993 ss. (estado: entrega 35°, marcha 2000). (cit. SK-autor, año).
- JAKOBS, GÜNTHER, Strafrecht. AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe. 2° edición. Berlín, entre otras, 1993 (reimpresión inalterada de la 2° edición de 1991).
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94. NStZ 1995, p. 26-27.
- KREß, CLAUDIUS, § 220a StGB/§ 6 VStGB. En: MüKo, Band 3, Múnich, 2003, p. 638-671 (cit. por § y nm).

- KRÜGER, SVEN, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft. Francfort del Meno, 1994.
- KÜPPER, GEORG, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen. GA 1998, p. 519-529.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M<sup>a</sup> Carmen, La complicidad en el delito. Valencia, 1997.
- MEYER, MARIA-KATHARINA, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Colonia, entre otras, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borralló (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 151-159.
- Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones 'no desvinculadas del Derecho'? RP 6 (2000), p. 104-114 = Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen 'nichtrechtsgelöster' Organisationen? En: Bernd Schünemann/Wilfried Böttke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 609-624.
- MURMANN, UWE, Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre. Berlín, 1993.
- Tatherrschaft und Weisungsmacht. GA 1996, p. 269-281.
- RENZIKOWSKI, JOACHIM, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tubinga, 1997.
- ROGALL, KLAUS, Bewältigung von Systemkriminalität. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 383-438.
- ROTSCH, THOMAS, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. NStZ 1998, p. 491-495.
- Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere. Teil 1. wistra 1999, 321-327; Teil 2 wistra 1999, p. 368-375.
- Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? ZStW 112 (2000), p. 518-562.
- Roxin, Claus, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, p. 193-207.
- Täterschaft und Tatherrschaft. 6° edición. Berlín, 1994.
- Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität. En: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut

- Frister/Wolfram Reiß (eds.), FS für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag. Baden-Baden, 1999, p. 549-561.
- Täterschaft und Tatherrschaft. 7° edición. Berlín, 2000.
  - Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 55-56.
  - Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München, 2003.
- SCHILD, WOLFGANG, Täterschaft als Tatherrschaft. Berlín, entre otras, 1994.
- SCHLÖSSER, JAN, Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, Berlín 2004.
- Soziale Tatherrschaft: ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten. Berlín 2004.
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Berlín, 1965.
- Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, p. 177-180.
- SCHÜNEMANN, BERND, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. En: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Heidelberg, 1995, p. 49-82.
- SOEFFNER, HANS-GEORG, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim 2000, p. 13-29.
- STRATENWERTH, GÜNTER/KUHLEN, Lothar, Strafrecht. AT I. 5° edic. Colonia, entre otras, 2004.
- VEST, HANS, Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht? ZStW 113 (2001), 457-498.
- Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit. Baden-Baden, 2002.
- VOGEL, JOACHIM, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), p. 403-436.
- ZACZYK, RAINER, Das Unrecht der versuchten Tat. Berlín, 1989.

## RESPONSABLE DE ESCRITORIO Y EJECUTOR MATERIAL EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

(Criterios para delimitar la autoría y participación en virtud de aparatos organizados)

MARCO BARRETO GUZMÁN  
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
[PERÚ]

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El criterio ordinario de autoría y participación. III. El dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas: La posición de Claus Roxin. IV. La autoría mediata no cumple con los requisitos mínimos como título de imputación en el seno de organizaciones delictivas. V. Posición personal: la coautoría como título de imputación en aparatos organizados. VI. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

En las primeras líneas del libro del profesor colombiano YESID REYES ALVARADO, referido a la Imputación Objetiva, encontramos aquella definición de autor que reza lo siguiente "autor es aquél a quien se le puede imputar un hecho como suyo"- definición que en realidad pertenece a HANS WELZEL. Este concepto bastante lato de autor nos obliga a agregarle cuotas de certeza, así como determinar los criterios para "imputar/atribuir" a una persona determinado acontecimiento como consecuencia de su conducta.

Los problemas que se presentan al momento de determinar el título de imputación frente a un hecho delictivo se han solucionado a lo largo de la historia conforme a las reglas asignadas para el ejecutor material de los hechos, con resultados no siempre satisfactorios, se ha acudido también a las clásicas definiciones de autor directo de primer o segundo grado, de la autoría mediata y de las teorías