

LA CODELINCUENCIA EN ORGANIZACIONES CRIMINALES DE ESTRUCTURA JERARQUIZADA

JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

Sumario

1. Consideraciones preliminares.-2. Los dirigentes y mandos intermedios como autores mediatos.-3. Críticas a la tesis de la autoría mediata.-4. Elementos que alejan los aparatos organizados de poder de la estructura dogmática de la autoría mediata.-5. ¿Por qué no la participación?.-6. A modo de balance.-7. Consideraciones finales.

1. Consideraciones preliminares

La preocupación, no reciente¹, por el título jurídico en virtud del cual deban responder los dirigentes de organizaciones criminales de estructura jerarquizada o aparatos organizados de poder, se ha acrecentado especialmente en la última década. Ello puede obedecer, naturalmente, a que cada vez aparecen o se conocen más casos de actuaciones criminales de estas organizaciones², pero, sin duda, a la

¹ Hay que remontarse a ROXIN, C., *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA (1963), pp. 193 y ss.; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, 7.ª ed., Berlín, 2000, pp. 242 y ss. (existe traducción al castellano de Joaquín Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, J. L., *Autoría y dominio del hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000).

² Sobre todo atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, v. por ejemplo en ROTSCH, T., *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW (2000), pp. 536 y ss.; también FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 32 y ss.

vez, debido a la falta de consenso doctrinal en el tratamiento de estos casos³. Desde luego, no se presentan dudas respecto a la responsabilidad en la que incurren los que directamente ejecutan los crímenes de esas organizaciones, que son calificados como autores directos o coautores. En cambio, existe tanto propensión como reticencia a que dirigentes y ejecutores respondan por el mismo título de intervención en el delito, esto es, como autores.

Una cuestión que influye en la discusión doctrinal respecto a la atribución de responsabilidades a los mandos de las organizaciones criminales estriba precisamente en que no existe un concepto jurídicamente perfilado de organización criminal⁴. Un primer punto de controversia reside en si deben recibir el mismo tratamiento organizaciones paraestatales, que utilizan el aparato de poder del Estado para la comisión de los crímenes —como sucedería en los Estados totalitarios—, y las organizaciones criminales fuertemente jerarquizadas pero no estatales —organizaciones terroristas o mafiosas—. Éstos fueron los supuestos que Roxin⁵ estableció y a los que cabría aplicar el denominado «dominio organizativo»: por un lado, el más significativo, estaría en aquellos sujetos que ostentan el poder del Estado y cometen delitos con organizaciones que le están subordinadas, operando el poder estatal al margen del Derecho⁶; por otro lado estarían los hechos cometidos en el marco de movimientos clandestinos —ile-

³ La Asociación Internacional de Derecho Penal, en su XVI Congreso monográfico sobre «Sistemas Penales ante el crimen organizado», celebrado en Budapest en 1999, concluyó que la dogmática de la autoría y participación podría no ser idónea para imputar la responsabilidad penal a los miembros de las organizaciones criminales, sugiriendo la adopción del «principio de responsabilidad organizativa», con base en el cual, las personas con un poder de control y decisión deben responder, si dieron la orden, de los actos cometidos por los miembros de la organización.

⁴ Lo reconoce el propio ROXIN, *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei organisierter Kriminalität*, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 561 (una versión casi completa traducida al castellano de este trabajo es *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* —edits. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo, también traductor—, Universidad de Huelva, 1999, pp. 191 y ss.).

⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 250; el mismo, GA (1963), p. 205.

⁶ Sólo en este supuesto admiten la autoría mediata SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, J. C. B., Mohr, Tübingen, 1986, p. 75; MUÑOZ CONDE, F., *Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial*, *Revista Penal* (2002-9), pp. 65 y ss.; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (edits. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo), Universidad de Huelva, 1999, p. 154.

gales—, organizaciones secretas, bandas y otras organizaciones criminales, con estructura jerarquizada⁷. En este ámbito una cuestión que ha suscitado un específico debate es si cabe encuadrar en esta problemática a la denominada criminalidad de empresa⁸. Quizás esos desacuerdos han tenido alguna influencia en la proliferación de la diferente nomenclatura utilizada para referirse a este tipo de organizaciones⁹. Básicamente se acepta que la estructura de la organización tendría que ser jerarquizada, con una cúpula de dirigente, mandos intermedios, en su caso, y ejecutores materiales de las acciones criminales que fueran intercambiables.

Desde un punto de vista exclusivamente político-criminal, resultaría aconsejable atribuir la condición de autores a los dirigentes y mandos en cuanto que su potencialidad criminal aparenta ser incluso mayor que la de los concretos ejecutores materiales de los delitos¹⁰, que no planifican los crímenes, ni tienen medios a su alcance para ejecutarlos, pues generalmente actúan «por cuenta» de otros, además de que incluso puede resultarles indiferente la finalidad perseguida por la organización, con la que necesariamente no tienen que identificarse. Pero también, descabezando la organización o aparato se evitaría la progresión de la actividad criminal; los ejecutores por sí solos no podrían seguir delinquiendo en la forma en que lo vienen haciendo, amparándose en el marco de la organización criminal. Éstas y otras razones, sobre todo de orden material, abonan la idea generalizada de que los dirigentes de la organización merecen, en la mayoría de las ocasiones, la misma pena que los ejecutores, y de ahí

⁷ Aceptan la autoría mediata no sólo en las estructuras estatales, sino también en otras no estatales, sean ilegales o no, STRATENWERTH, *Strafrecht (AT)*, p. 226; AMBOS, K., *Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*, GA (1998), pp. 235 y ss.; FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafrarlehre*, Springer, Berlín, 1998, p. 349; LACKNER, K./KÜHL, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23.^a ed., C. H. Beck, München, 1999, § 25, núm. 2.

⁸ Sobre la discusión v. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 68 y ss.; MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 181 y ss.

⁹ Son ciertamente llamativas las diversas combinaciones de los términos organización, estructura y jerarquía. A veces se habla de estructuras, otras de organizaciones, a la que se añade la jerarquía como característica de unas y otras, pero también se ha considerado la organización como característica de la estructura (estructuras jerárquicamente organizadas). Además, se utilizan también otras expresiones, como aparatos (organizados) de poder, organizaciones criminales, delincuencia organizada, crimen o criminalidad organizado/a, etc.

¹⁰ En tal sentido JOSHI JUBERT, U., *Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP (1995), pp. 664 y ss.

que se trate de imputarles los delitos como autores. Para ello se han ensayado diversas teorías, utilizando fundamentalmente las categorías de la coautoría y la autoría mediata. Es precisamente esta última forma de autoría la tesis que se mantiene mayoritariamente en la doctrina científica, de forma que dirigentes y mandos intermedios de la organización criminal responderían como autores mediatos de los crímenes que materialmente ejecutan los otros miembros de la organización. Junto a ello, se encuentran posiciones dogmáticas que fundamentan el carácter accesorio de la aportación de los dirigentes a los crímenes de la organización, considerándoles únicamente partícipes —inductores, cooperadores necesarios o cómplices—¹¹.

De entre todas estas cuestiones sólo me centraré en este trabajo en examinar (nuevamente) los fundamentos dogmáticos en los que se basa la tesis dominante que postula la autoría mediata de los dirigentes de la organización criminal, así como en las críticas que más recientemente se le han formulado, descartando el análisis de la coautoría¹², a la vez que se revisan también los argumentos que concluyen en la inaplicación de las formas de participación.

2. Los dirigentes y mandos intermedios como autores mediatos

La configuración moderna de la autoría mediata en la Dogmática jurídico-penal parte —y casi concluye— de las aportaciones de *Roxin* bajo el cobijo de la teoría del dominio del hecho¹³. El criterio del dominio final del hecho, formulado por *Welzel*¹⁴, relega los primitivos criterios de la causación del resultado y de la ejecución de la acción típica a un segundo plano, convirtiéndose en el eje nuclear de la determinación de la autoría la existencia de dominio del hecho típico. Autor «es sólo aquel que, mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo»¹⁵,

¹¹ V. AMBOS, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, pp. 590 y ss.

¹² En realidad esta tesis no ha recorrido más camino en los últimos años, sobre ello v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 264-268.

¹³ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, passim.

¹⁴ WELZEL, *Studien zum System des Strafrecht*, ZStW (1939), pp. 501 y ss.

¹⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 99 (existe traducción castellana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, *Derecho Penal alemán. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 1970).

lo que implica que el «autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución, y por ello señor sobre «su» hecho»¹⁶.

Es *Roxin*, sin embargo, quien ha propuesto la calificación de los dirigentes y mandos intermedios de la organización criminal como autores mediatos de los delitos cometidos al amparo de la misma. Los presupuestos de los que parte el citado penalista para determinar cualquier clase de autoría son, en primer lugar, considerar al autor como la *figura central* del acontecimiento típico; este principio metódico plasma el lugar que ocupan los autores —inmediato, mediato y coautor— en relación con los partícipes —inductor y cómplice—, y se basa en un análisis ontológico y valorativo que constituye el punto de partida para averiguar el criterio material que da contenido a cada forma de intervención en el delito¹⁷. En segundo lugar, caracteriza al dominio del hecho como un *concepto abierto*, no predeterminado en virtud de encorsetados requisitos o elementos¹⁸. Pues bien, lo característico en la autoría mediata es que existe un dominio de la voluntad rectora —*Willensherrschaft*—¹⁹ del sujeto de atrás, de tal modo que la acción que despliega el sujeto de delante para lesionar el bien jurídico protegido está conscientemente dirigida por aquél. Y ello puede producirse en virtud de la coacción que ejerce el sujeto de atrás sobre el de delante o del error o ignorancia provocados o aprovechados por el sujeto de atrás.

Además, según *Roxin* y un gran número de penalistas, también es predicable de los dirigentes de la organización criminal su calificación como autores, concretamente como autores mediatos, ya que éstos reclutan y subordinan a diversos individuos para que ejecuten sus órdenes criminales que éstos llegan a cumplir. A ello no es obstáculo que los sujetos de delante, los ejecutores materiales de los delitos, sean también autores directos y responsables plenamente de los mismos, pues la convivencia de la autoría inmediata y mediata no está proscrita en tanto que al dominio de la acción puede superponerse un dominio de la voluntad²⁰. *Roxin* señala que cuando un sujeto coacciona a otro para que lesione un bien jurídico, la autoría mediata sólo aparece si, en virtud del principio de responsabilidad —*Verantwortungsprinzip*—, el Derecho libera al ejecutor de toda responsabilidad, porque es entonces cuando el ordenamiento jurídico quiere

¹⁶ WELZEL, *ZStW* (1939), p. 539.

¹⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 25 y ss.

¹⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 108 y ss.

¹⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 142.

²⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 142.

atribuirle al sujeto de atrás el hecho delictivo²¹. Por el contrario, en los casos de error en el instrumento, el dominio del hecho se determina, según *Roxin*, atendiendo a la ausencia o déficit de conocimiento que puede afectar al proceso causal o a sus consecuencias y que proporciona al autor mediato un superior conocimiento; no afecta entonces, como en los casos de coacción, a la libertad del instrumento, pues aquí actúa de forma totalmente libre, aunque ciega²².

Junto a la ausencia de libertad, en los casos de coacción, y a la «ceguera» del instrumento, en los supuestos de error, puede apreciarse otro factor que permite la fundamentación de un nuevo grupo de casos de autoría mediata en aquellos sujetos que actúan en la cúpula de un aparato organizado de poder: la *fungibilidad* del instrumento. En efecto, según señala *Roxin*, los miembros de una organización que obedecen las órdenes criminales de sus dirigentes no son sino meros instrumentos en manos de aquéllos. Las órdenes de cometer un delito por parte de los dirigentes de la organización criminal posibilitan el dominio del hecho en tanto que la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato²³. En caso de que algún miembro de la organización se negara a ejecutar la acción criminal ordenada podría sustituirse automáticamente por otro, con lo cual el delito de todas formas se ejecutaría, pues los ejecutores no son sino meras piezas intercambiables y sustituibles del engranaje del aparato de poder que dirige el autor mediato y le posibilita dominar a través del mismo todos los delitos que llegan a ejecutarse —*Organisationsherrschaft*—²⁴.

De este modo, quien tenga capacidad dentro de la organización para dictar órdenes a personas subordinadas a él posee el dominio del hecho, sería autor mediato con independencia de que actúe por su propia iniciativa o cumpliendo a su vez, sin llegar a ejecutar, la orden de un superior. El dominio del hecho de los integrantes de la cúpula de la organización y de los mandos intermedios se produce porque en el camino que va desde el plan criminal hasta la realización del delito, cada instancia prolonga, eslabón por eslabón, la cadena a partir de sí misma. Y ello es así aunque cada uno de estos sujetos sea visto como un miembro o eslabón de esa cadena que se estira muy por encima de él hasta llegar al primer instigador, donde

²¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 147; el mismo, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., De Gruyter, Berlín, 2003, § 25, núm. 61.

²² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 171 y ss.; el mismo, *LK*, § 25, núm. 74.

²³ ROXIN, *LK*, § 25, núm. 128.

²⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245.

concluye el conjunto de la cadena²⁵. Resulta pues decisivo que el sujeto domine todo o parte de la organización que le permita que otro miembro de la misma ejecute un delito, lo que propicia una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desembocan finalmente en la ejecución del delito por parte del autor inmediato²⁶. Por consiguiente, conductas como firmar un documento o realizar una llamada telefónica pueden considerarse como acciones que realizan homicidios y a quienes las realizan como autores mediatos²⁷. La participación únicamente entraría en juego con respecto a los miembros de la organización que no actuaran manejando autónomamente el aparato; conductas únicamente basadas en el asesoramiento, desarrollo de planes o proporcionando instrumentos o medios para cometer los delitos²⁸.

Al lado de esta caracterización y fundamentación, se introducen otros argumentos que también apoyan la autoría mediata de los dirigentes del aparato organizado de poder. Y así *M. K. Meyer*, considerando que los dirigentes de las organizaciones criminales de estructura jerarquizada son y deben responder como autores mediatos, no basa el dominio del hecho en el manejo de la organización a través de ejecutores fungibles, sino en la falta de libertad que produce al ejecutor la particular estructura de estos aparatos organizados en los que se propician situaciones parecidas a la coacción, amén del poder de la orden que reciben de sus dirigentes²⁹. *Ambos* también intenta completar la tesis de la autoría mediata proponiendo una mayor normatividad de los elementos fundadores del dominio del hecho; específicamente realizando una valoración abstracta de la fungibilidad del instrumento, de modo que se evite —como propone Roxin— una contemplación fáctica del control que ejerce el sujeto de atrás sobre la realización del delito, que en todo caso debe ser un punto de partida, teniendo en cuenta que la organización otorga mayor responsabilidad conforme se distancia de la fase ejecutiva del delito³⁰. *Murmann* por su parte, mediante una teoría personal del dominio del hecho, también fundamenta la autoría mediata pero no partiendo de la fungibilidad del instrumento, sino de un dominio normativo sobre el hecho que denomina «dominio sobre la cualidad de la relación» —*Herrschaft über die Qualität des Verhältnisses*—.

²⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 248 y ss.

²⁶ ROXIN, GA (1963), p. 203.

²⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 248.

²⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 249.

²⁹ M. K. MEYER, *Der Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Carl Heymanns, Köln/München, 1984, pp. 102 y ss. Similar también SCHULZ, U., *Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft –eine notwendige Rechtsfortbildung?*, JuS (1997), p. 112.

³⁰ AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts*, p. 598.

Pretende apartarse de la concepción de un dominio que recaiga sobre el curso causal —fáctico—, para concebir un dominio sobre la realización del tipo —normativo—³¹. Lo que determina el dominio a través de aparatos organizados de poder es la facultad que tiene el Estado para ordenar los comportamientos de los ciudadanos, en las que éstos están en relación de dependencia con aquél, y mediante el ejercicio del poder se ataca la esfera de libertad de sus ciudadanos contraviniendo su deber, modificando, no el mundo exterior, sino las relaciones entre autor y víctima³². *Gropp* considera que el dominio del hecho debe basarse en la atribución del injusto específico a la organización criminal, y el modo de lograrlo es mediante el «dominio social», de forma que se comprobara que los resultados delictivos no sólo fueron producidos por un miembro de la organización sino que también, en efecto, constituyen una obra del aparato organizado de poder³³. Por último, *Langneff* exige tres requisitos para fundamentar la autoría (mediata) de los dirigentes de los aparatos organizados de poder: dominio del hecho, voluntad de dominio y posición independiente o dominante dentro del aparato³⁴.

La tesis de la autoría mediata también ha hallado eco y confirmación específicamente en la jurisprudencia alemana, aplicando el dominio organizativo³⁵, pero también es aceptada sin acudir a la teoría del dominio del hecho³⁶.

3. Críticas a la tesis de la autoría mediata

Las críticas a la construcción de un dominio del hecho basado en el control ejercido por los dirigentes sobre la organización criminal han aparecido en diversas direcciones; han tocado tanto su argumento central, la fungibilidad de los ejecutores y, derivado de ésta, el

³¹ MURMANN, GA (1996), pp. 275 y ss.

³² MURMANN, GA (1996), p. 278.

³³ GROPP, W., *Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als «Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern»?*, JuS (1996), p. 16. Similar ya SCHILD, W., *Täterschaft als Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlín, 1994, pp. 22 y ss.

³⁴ LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei voll-verantwortlich handelndem Werkzeug*, Shaker, Aachen, 2000, pp. 50 y 81.

³⁵ Decisiva ha sido la Sentencia de 26 de julio de 1994 (BGHSt 40, 218) considerando autores mediatos a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la extinta República Democrática de Alemania por las muertes ilegales en el Muro de Berlín, v., entre otros, comentarios de GROPP, JuS (1996), pp. 13 y ss.; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, pp. 60 y ss.

³⁶ FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Strafrlehre*, Springer, Berlín, 1998, pp. 349 y ss. y 353, desde una teoría objetivo-formal de autor.

automatismo del funcionamiento de la organización, así como la posibilidad de un autor detrás del autor y su encaje en la teoría de la autoría mediata.

A) **La fungibilidad³⁷ del ejecutor** constituye, como se ha dicho, el eje central sobre el que se apoya la autoría mediata, el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder. Aquélla deriva del dato de que las organizaciones criminales de estructura jerarquizada tienen una vida independiente de la individualidad variable de sus miembros; el funcionamiento de la maquinaria de la organización no depende de quiénes en concreto sean los miembros ejecutores de las decisiones (criminales) que emanan de la cúpula de la organización, pues pueden ser sustituidos o reemplazados sin que ello afecte al cumplimiento efectivo de la orden criminal dictada. Precisamente esta característica ha recibido un ingente número de críticas que van desde la negación de la existencia de dicha fungibilidad hasta la afirmación de su carácter superfluo.

a) Una primera consideración se realiza constatando que al lado de la fungibilidad de los miembros ejecutores de la organización criminal se aprecia también la misma característica en sus dirigentes³⁸. Se señala que la fungibilidad no es un atributo exclusivo de los miembros subordinados de la organización, pues también los dirigentes de la cúpula organizativa son fungibles en tanto que no siempre son los mismos, pueden ser capturados, renunciar o pueden resultar relevados por los otros dirigentes, etc., sobre todo en aparatos de poder estatales y, específicamente, en relación con los mandos intermedios, indicándose con ello que todo el valor de la autoría mediata no puede recaer en el carácter fungible de los ejecutores subordinados cuando es una característica que comparten con los dirigentes de la organización³⁹.

Sin embargo, otorgar carácter relativo o trivial a la fungibilidad de los ejecutores señalando que también lo son los dirigentes de la organización pasa por alto que, admitiéndose ambas realidades, ejecutores y dirigentes no se encuentran en la misma disposición para el funcionamiento de la organización criminal. En el carácter fungible

³⁷ Críticamente con la utilización del término «fungibilidad» MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario*, p. 162.

³⁸ JAKOBS, G., *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.07.1994*, NStZ (1995), p. 25.

³⁹ En el mismo sentido apunta FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (edits. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló), Universidad de Huelva, 1999, p. 98, que la organización puede seguir funcionando incluso sin la participación del jefe —por estar en prisión—.

de los instrumentos influirían decisivamente los dirigentes, que son quienes disponen medios y personas dentro de la organización; por el contrario, en el carácter fungible de los dirigentes ninguna influencia tienen ni ejercen los miembros ejecutores. Por ello la fungibilidad de los dirigentes no afectaría, en principio, ventajosa ni desventajosamente, a la actividad de la organización criminal, mientras que la falta de fungibilidad de los ejecutores implicaría la ausencia de subordinación de los mismos y, en consecuencia, la caracterización de la organización como una de estructura jerarquizada, lo que, en definitiva, modificaría esencialmente su modo actuar.

b) De otro lado, se apunta que la fungibilidad, de existir, sólo sería posible si hubiera algún tipo de subordinación con relevancia jurídica entre el dirigente y el miembro ejecutor de la organización, y tal subordinación no se da porque el Derecho también considera plenamente responsable al ejecutor; en consecuencia, la fungibilidad pasaría a convertirse en un mero dato descriptivo-naturalístico⁴⁰.

Esta crítica, sin embargo, tampoco resulta atinada si se parte de la premisa de que la instrumentalización propia de la autoría mediata no depende de la calificación jurídica que reciba la conducta del instrumento, sino del control fáctico que ostenta el sujeto de atrás sobre la cualidad lesiva de la conducta que efectúa el sujeto de delante. La valoración jurídica de los diversos elementos presentes en el dominio del hecho no debe formularse atendiendo a su realidad estática y aislada, sino en el marco dinámico e interactivo de la actividad que despliega la organización a través de sus miembros. En cualquier caso, tan aceptable puede resultar la elección de un criterio normativo para la determinación de la subordinación del miembro ejecutor como uno de naturaleza fáctica, si se tiene en cuenta que la meta a conseguir con uno u otro criterio es la de afirmar la realización de un hecho a través de otro.

c) De igual manera se señala que la idea de fungibilidad que se maneja tiene una expresión sumamente abstracta, es decir, se analiza *ex ante* que la organización criminal venga caracterizada por la fungibilidad de sus miembros; sin embargo, la autoría mediata no se estaría fundamentando en que los dirigentes de la organización, en el caso concreto, tuvieran la posibilidad fáctica de reemplazar a los ejecutores que no cumplieran la orden recibida, sino que eso sólo se

⁴⁰ JAKOBS, *NStZ* (1995), p. 27. También así GROPP, *JuS* (1996), p. 17; FREUND, *Strafrecht (AT)*, p. 353; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 168.

⁴¹ Así RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 89.

estaría afirmando de un modo meramente hipotético⁴¹. Ello implicaría que, para obtener el dominio del hecho por parte de los dirigentes de la organización, no sería suficiente con demostrar que sus miembros ejecutores —en abstracto— son fungibles, sino que aquel concreto ejecutor que recibió la orden lo era⁴².

En efecto, la fungibilidad del ejecutor en los aparatos organizados de poder debería en cualquier caso ser demostrada⁴³, no siendo aceptable presumir que los miembros de cualquier organización de estructura jerárquica son fungibles. Ahora bien, una vez demostrada la fungibilidad, comprobada la intercambiabilidad de los miembros de la organización para la ejecución de las distintas actividades, a la asignación de cualquiera de aquéllos para la ejecución de una determinada orden criminal no cabría objetar luego que en el caso concreto habría que comprobar —otra vez— la fungibilidad del concreto miembro ejecutor. Es decir, si desde un punto de vista general se caracterizan a los miembros de la organización como fungibles para la realización de determinadas actividades de la organización, ya que las órdenes que reciben unos miembros podrían haberlas recibido otros, porque si unos no las realizaran en su lugar intervendrían otros, resulta improcedente la exigencia de que, de nuevo, se compruebe que podrían haberse designado a esos otros.

d) Pero se ha llegado todavía más lejos, exigiéndose la fungibilidad de los ejecutores no tanto como característica abstracta del funcionamiento de la organización, ni siquiera analizar en el caso concreto si el ejecutor era o no fungible, sino que existiera tal fungibilidad a través de la comprobación empírica de que había un número suficiente de personas en reserva para utilizarse en caso de ne-

⁴² Así JUNG, H., *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.07.1994*, JuS (1995), p. 174; HERZBERG, R. D., *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (ed. Knut Amelung), Pro Universitate, 2000, p. 38, quien, por cierto, ha dejado de aceptar la tesis de la autoría mediata (v. su *Täterschaft und Teilnahme*, C. H. Beck, München, 1977, pp. 42 y ss.), para admitir la de la inducción; ROTSCH, T., *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW (2000), pp. 528 y ss. También así DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*, en *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, 2001, p. 102.

⁴³ Demostración empíricamente imposible según AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts*, p. 598. Para FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada, p. 95, aparece casi imposible incluso en Estados totalitarios. Expresa dudas de que fácticamente puedan reemplazarse a los ejecutores en organizaciones criminales no estatales MUÑOZ CONDE, *RP* (2002-9), p. 66; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, p. 155.

cesidad⁴⁴, o una alta probabilidad de que el hecho se ejecutara por otro miembro sin un considerable retraso temporal⁴⁵. De esta forma, donde no haya un número suficiente de ejecutores en disposición de cumplir las órdenes criminales, cabría negar la autoría mediata⁴⁶.

Esta objeción, sin embargo, es relativa porque ¿qué número de personas debe considerarse suficiente para aceptar el carácter fungible de los miembros de una organización?⁴⁷. Allí donde efectivamente no existieran más personas en disposición de cumplir las órdenes de los dirigentes de la organización podría hablarse de falta de fungibilidad; pero ésta no se caracterizaría específicamente por el gran número de personas dispuestas de modo inmediato a cumplir las órdenes en caso de que las incumpla por alguna razón quien las tiene ya asignadas, sino por la disposición que tendrían los dirigentes de utilizar a otras personas para cumplir la orden dictada en el seno de la organización⁴⁸.

e) Por último, se niega rotundamente que la fungibilidad sea precisamente un elemento típico de estos casos⁴⁹, o se la considera irrelevante a efectos de modificar la responsabilidad, pues supone un mero reparto de papeles dentro de la organización⁵⁰, o bien que la intercambiabilidad de los ejecutores constituye un medio para alcanzar, en su caso, el dominio del hecho, pero no constituye por sí su fundamento básico⁵¹.

⁴⁴ STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, 3.ª ed., Carl Heymanns, München, 1981, p. 226; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984, p. 304.

⁴⁵ HOYER, A., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, Allgemeiner Teil, 7.ª ed., München, 2000, § 25, núm. 90.

⁴⁶ Así MURMANN, GA (1996), p. 273.

⁴⁷ LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermänner*, p. 90, aclara precisamente que la fungibilidad no es una cuestión de números.

⁴⁸ En tal sentido ya BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 396.

⁴⁹ SCHROEDER, F. Ch., *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 168, poniendo como prueba de ello el conocido caso *Staschynskij* (un agente soviético asesina en Alemania, por orden de la autoridad de su país, a dos exiliados compatriotas suyos).

⁵⁰ KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Srpinger, Berlín, 1997, p. 510.

⁵¹ SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, p. 168. En tal sentido también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 217; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 648; KÖHLER, M., *Strafrecht (AT)*, p. 510; MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 168, a pesar de que admite el dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, no exige el carácter fungible o sustituible del subordinado-ejecutor. Lo importante es que exista la disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho ilícito. Sin embargo, tal exigencia no conduce inequívocamente a la

f) Por ello se ha propuesto que el dominio de la organización debe apoyarse no sólo en la fungibilidad de los ejecutores, sino también en la comprobación de elementos tales como la estructura jerárquica consolidada, disposición de los miembros de la organización a seguir los objetivos de la misma, el automatismo en el cumplimiento de órdenes, etc.⁵².

B) El **automatismo** del aparato de poder u organización criminal de estructura jerarquizada propicia que las decisiones tomadas por los dirigentes de la cúpula se ejecuten con base en su poder dentro de la organización y en la subordinación y fungibilidad de los ejecutores⁵³, lo que implica una muy alta probabilidad de que, aun en el caso de que algún miembro de la organización no cumpliera la orden, la maquinaria de la organización haría que automáticamente sea reemplazado por otro que terminaría ejecutándola. Esta característica de la organización, realmente no autónoma, pues se apoya en la fungibilidad de los ejecutores, es objeto de crítica en cuanto que tampoco supone el dominio por organización. Éste no puede manifestarse, sin más, computando en el plano meramente teórico las características objetivas y estáticas de la organización criminal —estructura jerarquizada y fungibilidad— que inevitablemente llevarían a la presencia de la autoría mediata. Habría que atender, en el caso concreto, además a cuál es la intensidad del dominio en una determinada organización por cuanto el mecanismo de efectivización de las órdenes que da la cúpula de la organización criminal no siempre alcanza el mismo grado o efecto⁵⁴. Es decir, que no basta con comprobar la existencia de una estructura jerárquicamente organizada y que sus miembros cometieron al amparo de ella un hecho delictivo para atribuir automáticamente la autoría mediata a sus dirigentes; el dominio del hecho requeriría indagar en concreto la intensidad de la influencia que ejercen los dirigentes sobre sus subordinados hasta el punto de verificar si realmente, unidas a la jerarquía y a la fungibilidad, se produce el automatismo en la realización por parte de los ejecutores de los ilícitos penales.

apreciación del dominio del hecho, pues también podría admitirse lo mismo en la inducción.

⁵² V. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 401.

⁵³ Precisamente para ROTSCH, *ZStW* (2000), pp. 526 y ss., no resulta comprensible el automatismo del funcionamiento de la organización criminal si no se tiene en cuenta la disponibilidad concreta de un gran número de potenciales ejecutores.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 42.

De hecho se señala que la probabilidad de que se cometa el delito que aporta el dominio de la organización no puede *per se* implicar el dominio del hecho típico. Bien claro se expone que la autoría mediata no depende de la efectividad lesiva del instrumento aisladamente considerada, pues es cierto que en algunos casos se alcanza con mayor probabilidad la ejecución del hecho delictivo participando en el mismo que como autor mediato⁵⁵. Además, el automatismo de la organización criminal parece contradictorio con la plena responsabilidad del ejecutor⁵⁶; si el dominio organizativo se apoya en la necesidad de que el instrumento sea reemplazable es porque, al ser plenamente responsable, en última instancia puede impedir que un hecho punible se ejecute en un determinado momento, con lo cual el automatismo se estaría vinculando a la posibilidad de reemplazar a los ejecutores y no directamente a la ejecución inmediata de la orden dictada.

En definitiva, la mezcla del automatismo con la característica de la fungibilidad de los ejecutores parece producir el efecto contrario al que se pretende. En efecto, tan automáticamente no actuará la organización si se admite que los ejecutores pueden negarse y, sobre todo, cuando se califica como abstracta tal fungibilidad, con lo que en el caso concreto no se podría saber si el delito ordenado se perpetraría o no.

C) También, por último, se rechaza la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en virtud de la aplicación del **principio de responsabilidad**, de tal modo que no cabe aplicar la figura del «autor detrás del autor», donde el dominio por organización sería una de sus manifestaciones, cuando el sujeto de delante sea plenamente responsable de conformidad con lo que establezca el ordenamiento jurídico⁵⁷. En efecto, apuntaba *Gallas* que «un ordenamiento jurídico que, como el nuestro, esté orientado a los conceptos de li-

⁵⁵ RENZYKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89, señala que la probabilidad de que un delito se cometa es quizás mayor cuando un sujeto encarga a un sicario la perpetración de un delito que cuando un autor mediato utiliza a un inimputable, y no por ello el primero será autor y el segundo partícipe.

⁵⁶ V. ROTSCH, *Die Rechtsfigur des Täters hiner dem Täter bei organisatorischen Machtapparaten*, NStZ (1998), p. 493. Compruébese en MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, p. 170, cuando estima que el dominio del hecho del dirigente se deriva del «poder de decisión, del mayor grado de información que se posee y, principalmente, de la libre disposición del ejecutor a cumplir las órdenes que reciba desde instancias superiores» (cursiva añadida).

⁵⁷ V. en este sentido JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 670 (existe traducción de Miguel Olmedo Cardenete, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002); BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1995, p. 632.

bertad y responsabilidad, y con ello a lo ético-social, no puede, sin caer en contradicción, de un lado, mostrar al ejecutor inmediato como autor totalmente responsable y presuponer con ello la libertad de su decisión, y de otro, considerar su comportamiento como dominado por el hombre de atrás y con ello como no libre»⁵⁸. Sin embargo, para algunos autores es compatible el principio de responsabilidad con la apreciación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Y así, se afirma que, a pesar de que el sujeto de delante obra libremente, la autoría mediata en estos supuestos no tiene como instrumento en exclusiva al ejecutor, sino a la organización, sobre la cual no cabría articular el principio de responsabilidad, pues éste sólo se proyecta sobre los casos en que el dominio del hecho se canaliza a través de un individuo, no de una organización⁵⁹. Y también se ha señalado en contra de la crítica de aplicar el principio de responsabilidad, que el ejecutor inmediato no obra libremente debido al poder que ejerce la organización criminal sobre los concretos ejecutores⁶⁰, y que al final se constituye en un instrumento del sujeto de atrás para configurar la autoría mediata de éste.

4. Elementos que alejan los aparatos organizados de poder de la estructura dogmática de la autoría mediata

El dominio del hecho, como criterio de determinación de la autoría, y la autoría mediata, como forma de autoría, son categorías que sin duda están fuertemente asentadas en el núcleo de la moderna dogmática de la codelincuencia. En la actualidad, aunque ha sido una constante histórica, lo que se discute prácticamente son sus límites. Debe recordarse que precisamente una de las críticas esenciales formuladas al concepto unitario de autor versaba sobre la exagerada ampliación de la punibilidad al utilizar la causalidad como hilo conductor determinante de la autoría; lo contrario sucedía al concepto objetivo-formal de autor: no era idóneo debido a su encorsetamiento para explicar adecuadamente algunas formas de autoría (mediata y coautoría).

⁵⁸ GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1968, p. 99.

⁵⁹ BLOY, R., *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, GA (1996), p. 441.

⁶⁰ M. K. MEYER, *Ausschluss der Autonomie*, p. 102. Críticamente ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 661.

El dominio del hecho, sin embargo, al no aferrarse a las ideas de causalidad ni de ejecución personal encuentra más flexibilidad para encauzar adecuadamente al ámbito del tipo penal respectivo las conductas típicas lesivas de los bienes jurídicos protegidos. El control sobre el acontecer típico se convierte en la guía para atribuir la autoría penal. Lo discutible, en el ámbito del dominio del hecho, es el modo de determinar que un sujeto domina un hecho típico. *Roxin* configuró las manifestaciones del dominio del hecho a través de las subcategorías de dominio de la acción (autoría directa), dominio de la voluntad (autoría mediata) y dominio funcional (coautoría). En la autoría mediata, concretamente, vinculó el contenido del dominio de la voluntad al empleo de coacción, al error del instrumento y a los aparatos organizados de poder; únicamente en estos supuestos podría existir dominio de la voluntad y, en consecuencia, dominio del hecho típico y, por consiguiente, autoría mediata.

De esta esquemática caracterización de la autoría mediata⁶¹ ya puede extraerse la conclusión de que el dominio del hecho se perfila en los supuestos de coacción y error atendiendo a la influencia, directa o indirecta, que el sujeto de atrás (autor mediato) ejerce sobre el de delante (instrumento): se utiliza la fuerza física y/o psíquica, en los supuestos de coacción, o el superior conocimiento del sujeto de atrás sobre el sujeto de delante. En los aparatos organizados de poder, en cambio, no concurre ni coacción ni error en el instrumento. El dominio del hecho lo proporciona el control sobre la organización y su manejo para realizar el hecho delictivo, lo que a su vez supone una influencia sobre el instrumento en cuanto que ejecuta las órdenes que reciben de los dirigentes que, además, pueden reemplazarlos en cualquier momento.

A) Ahora bien, ¿resulta apropiado en el marco de las organizaciones criminales de estructura jerarquizada hablar de **dominio de la voluntad**, sin que se confunda con ni se adicione a la voluntad de dominio?⁶² La respuesta dependerá de cuál sea el objeto del dominio de la voluntad en ese ámbito, porque no existe acuerdo. Para unos autores se domina la organización y para otros al instrumento, o lo primero conlleva indirectamente lo segundo⁶³.

⁶¹ Más ampliamente sobre estos supuestos v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 150 y ss., 171 y ss. y 260 y ss.

⁶² LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern*, p. 145, requiere además de dominio del hecho la existencia de voluntad de dominio.

⁶³ MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, pp. 169 y ss., al plantearse cuál es el objeto del dominio en los aparatos organizados de poder, dice que el dominio directo sobre el instrumento no es necesario; es necesario un dominio directo sobre el aparato lo que supone un dominio indirecto sobre el instrumento.

Hay que partir, en primer lugar, de que los miembros de la organización ejecutores de las órdenes criminales que reciben de los dirigentes actúan libremente, es decir, sin sujeción fáctica o normativa a una voluntad superior que contradiga la suya de cumplir o no la orden⁶⁴. La decisión de pertenecer a la organización también es voluntaria, libre, al igual que voluntariamente intervienen en la realización de las actividades de la organización. Por consiguiente, ni en sentido figurativo, puede decirse que la voluntad de los miembros que están en la base de la organización esté dominada por otra distinta y superior a la de ellos, sin que, naturalmente, quepa obviar la influencia de la voluntad de sus superiores⁶⁵.

Además, si se tiene en cuenta que el dominio final del hecho constituye un criterio para determinar la autoría de un tipo penal y, en consecuencia, para estimar realizado por un sujeto un concreto hecho típico, no habría ni siquiera que plantearse la cuestión de cuál es el objeto del dominio en los supuestos de autoría mediata mediante la utilización de aparatos organizados de poder, pues la respuesta natural seguiría siendo la misma y no puede ser otra: debe dominarse la realización del hecho típico. Si se opta por señalar que el hecho típico se domina una vez que se domina el aparato u organización, no tanto deben concentrarse los esfuerzos en fundamentar el dominio sobre la organización —jerarquía, automatismo, fungibilidad, etc.—, cuanto en señalar por qué el dominio que ostentan unos sujetos sobre una organización criminal de estructura jerarquizada produce a su vez el dominio sobre las actividades criminales que realizan otros miembros de la organización, pues de lo contrario la fundamentación de la autoría mediata sería meramente intuitiva: domina el hecho típico porque domina la organización.

Tampoco cabe reconducir la esencia del dominio del hecho en estos supuestos a la posibilidad, casi segura, de producir resultados lesivos para los bienes jurídicos mediante la utilización de instrumentos. En efecto, el dominio del hecho es algo más que el dominio del

⁶⁴ No cabe afirmar, como hace DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 280, que en los aparatos organizados de poder debe admitirse la autoría mediata argumentando que la voluntad del que actúa delante está anulada por la coacción que ejerce el dirigente sobre aquél, porque el fundamento de la autoría estaría en el ejercicio de la coacción y no en la utilización del aparato.

⁶⁵ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 368, apunta que no es necesario que se domine a los instrumentos para apreciar la autoría mediata, pues lo decisivo es el dominio del riesgo.

resultado y la autoría mediata surge cuando se domina la acción que produce el resultado⁶⁶.

B) En cualquier caso, ¿resulta razonable afirmar que se domina al instrumento cuando a éste se le califica como **fungible** o cuando se le considera un sujeto **plenamente responsable**?

En primer lugar, *Bloy* pone de manifiesto que en la autoría mediata en virtud de dominio organizativo constituye una cuestión secundaria que se utilice un instrumento libre o no, asegurando que en realidad el dominio del hecho no se produce en estos casos sobre el instrumento-ejecutor, sino que el hombre de atrás domina únicamente el aparato y, a través de éste, el hecho típico⁶⁷. Y en el mismo sentido *Herzberg* señalaba que realmente la virtualidad de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder estriba no en los miembros ejecutores de las órdenes criminales, sino en el propio aparato que constituye el verdadero instrumento que utilizan los dirigentes de la organización⁶⁸. Lo genuino en la autoría mediata es, sin embargo, que el instrumento sea una persona que realiza una acción humana con relevancia jurídico-penal; si se estima que la realización del tipo penal a través de otro necesariamente ha de referirse a una persona física, ésta es el instrumento. A lo sumo podría decirse que como los miembros ejecutores forman parte de la organización y como sus dirigentes la dominan estarían dominando también a los instrumentos ejecutores⁶⁹, con lo cual el dominio recaería no sólo sobre una parte de la organización —instrumentos— sino también afectaría a todo el aparato. Sin embargo, sigue quedando en pie la pregunta de por qué se domina a un instrumento libre y responsable.

Por otro lado, otra característica genuina de la autoría mediata estriba en que el sujeto de delante actúe instrumentalizado —por eso se le denomina instrumento—. Y en la tesis que defiende la autoría mediata la instrumentalización del ejecutor parece derivarse de la fungibilidad del sujeto de delante, esto es, por la posibilidad de reemplazarle y de que su identidad es irrelevante a los efectos del funcionamiento de la organización criminal. Pero, ¿puede decirse realmente que en los aparatos organizados de poder el ejecutor está instrumentalizado? La posibilidad de que al ejecutor que recibe la or-

⁶⁶ Por ello HOYER, *SK*, § 25, núm. 92, estima que la autoría mediata supone la imputación del comportamiento del sujeto de delante al de atrás y por ello éste debe dominar ese comportamiento (no que se produzca el resultado delictivo).

⁶⁷ BLOY, *GA* (1996), p. 441.

⁶⁸ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, C. H. Beck, München, 1977, p. 43.

⁶⁹ Habla de un dominio «mediato» sobre el instrumento AMBOS, *GA* (1998), p. 234.

den criminal y que se niega a cumplirla se le pueda reemplazar de su tarea y encargársela a otro con carácter inmediato es, sin duda, indicativo del poder del dirigente que está en la cúpula de la organización, que puede disponer a su libre arbitrio de medios materiales y personales para hacer cumplir sus resoluciones criminales; el dirigente resuelve la comisión de un hecho delictivo, lo planifica, dispone de los medios materiales a utilizar y da la orden a un miembro subordinado de la organización para que la ejecute, al que en cualquier caso puede reemplazar. Parece indiscutible, al menos, que el dirigente tiene dominio, pero, por lo descrito hasta ahora, un dominio sobre la organización, en cuanto que su voluntad moviliza la organización criminal en la dirección querida por él⁷⁰. Esto, sin embargo, no impide que el ejecutor, miembro de la organización, que cumple la orden recibida tenga a su vez que resolver la comisión del delito, lo que a su vez implica la puesta en marcha de un curso causal, con sus medios, que él domina y, por consiguiente, tenga en sus manos la decisiva y última resolución sobre si la lesión típica del bien jurídico se producirá en el modo y momento en que han ordenado los dirigentes de la cúpula. En consecuencia, si se le reconoce capacidad al ejecutor para decidir ejecutar o no la orden criminal recibida, con independencia de que si él no la cumple lo hará otro, ello significa que si bien el ejecutor aparece formalmente como una mera pieza no decisiva de la organización —no marca los fines ni los planes de la organización—, materialmente tiene, y de hecho también así se lo reconoce el ordenamiento jurídico, una importancia configuradora del hecho típico, por cuanto no se encuentra instrumentalizado por la organización ni por sus dirigentes⁷¹. La prueba de ello es que también los mandos intermedios, que no ejecutan el delito, aunque manejen parte de la organización criminal, están subordinados a la cúpula dirigente, son fungibles y plenamente responsables, pero no se les considera instrumentos, sino autores mediatos: ¿cambia algo la circunstancia de que materialmente se ejecuten acciones típicas para convertirse en el instrumento sobre el que se basa la realización de un hecho a través de otro?

Sin embargo, se afirma que para la autoría mediata bastaría con la existencia del aparato organizado de poder en el que se da una orden de cometer un delito, como en los otros casos implicaría ejercer co-

⁷⁰ Precisamente esto supone para SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, p. 24, la presencia de una autoría directa, no mediata, puesto que el dirigente estaría realizando *por sí mismo*, aunque valiéndose del aparato, el delito.

⁷¹ Consideran también que no es instrumento BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 368; FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada, pp. 94 y 97.

acción para que se cometiera un delito o inducir a engaño. Esa sería la instrumentalización. Pero debe tenerse en cuenta también que la instrumentalización, por sí sola, no supone automáticamente la autoría mediata; es un requisito de ésta, pero lo que realmente determina la autoría es el dominio del hecho a través de una persona instrumentalizada. En consecuencia, si se admitiera que los ejecutores, como personas fungibles, están instrumentalizadas, ¿implicaría el dominio de los dirigentes sobre el hecho que ejecutan los miembros subordinados? La autoría mediata supone, a diferencia de la inducción, que se domine la realización de un hecho típico, y no hacer que otro domine un hecho. No obstante, es posible que un mismo hecho sea dominado por dos sujetos diferentes, tanto por el sujeto de atrás como por el de delante. Para construir, sin embargo, un dominio del sujeto de atrás sobre un hecho típico, que es a su vez dominado por el sujeto de delante, es necesario dominar, a través del instrumento, la cualidad lesiva de la acción que ejecuta este último. Concretamente esto se produce cuando el sujeto de delante no tiene libertad, debido a la coacción o error. Puede, sin embargo, decirse esto mismo en el caso de los aparatos organizados de poder, ¿son libres los ejecutores? Si, como se admite, son plenamente libres, entonces no puede construirse sobre otro dominio del hecho a través de sus comportamientos, pues les fallaría al sujeto de atrás el dominio sobre la ejecución del hecho. La falta o déficit de libertad es la rendija por la que puede penetrar otro dominio del hecho; si no se produce, el hecho típico es entera y exclusivamente dominado por el ejecutor.

Si se apunta, también, en ejercicio de las facultades que poseen los dirigentes de la organización criminal, la posibilidad que tienen de abortar la realización de un hecho ordenado simplemente dando una contraorden, significando ello el poder decisorio del dirigente sobre la realización del delito, debe tenerse en cuenta también que tal poder lo tiene el concreto instrumento; puede decidir no cumplir la orden (dominio negativo). Pero señala *Roxin* que en el caso concreto de que el instrumento encargado de cumplir la orden dictada por los dirigentes de la organización no lo haga, en modo alguno eso afectaría a la fundamentación de la autoría mediata en tanto que persistiría la iniciación de un hecho punible en autoría mediata que habría quedado en grado de tentativa, como también puede suceder en las otras constelaciones de casos de autoría mediata donde se utiliza la coacción o el engaño al instrumento⁷².

⁷² V. ROXIN, *Grünwald-FS*, p. 560; el mismo, *Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg*, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en esos dos últimos casos el ejecutor generalmente ya está instrumentalizado y no se plantea tomar una libre resolución de ejecutar o no el delito; es decir, no pasa por la libre decisión del instrumento que el delito se ejecute o no; esto sí ocurre en todos los casos de dominio de la organización. Pero habría que observar que existiría tentativa de delito cuando quizás no ha podido demostrarse siquiera el pilar básico del dominio por organización, que es la fungibilidad del instrumento. Es decir que, si como se señala, la irrelevancia del instrumento en la maquinaria de poder hace que la orden de la cúpula se ejecute de todas formas, cada vez que se niegue un miembro de la organización a ejecutar la orden criminal recibida habría tentativa de delito. Ahora bien, agumenta *Rotsch*, que aunque la irrelevancia del instrumento en la maquinaria de poder hiciera que la orden de la cúpula se ejecute de todas formas, cada vez que se niegue un miembro de la organización a ejecutar la orden recibida habrá tentativa en autoría mediata y, además, el hecho delictivo (consumado) que cometa quien le sustituya, que ya no será materialmente el mismo, por lo que no cabe descartar el concurso de delitos⁷³. De ello cabría deducir que la fungibilidad no aporta dominio del hecho. *Roxin*, sin embargo, considera que existe un único hecho, porque el dirigente de la organización da la orden, por ejemplo, de matar a una persona, y para su ejecución pueden utilizarse uno o varios instrumentos, por lo que la acción del dirigente sería única, siendo erróneo acudir a la teoría del concurso⁷⁴. Sería, a mi juicio, acertada la posición de *Roxin* si únicamente se considerara autor mediato al dirigente de la cúpula de la organización criminal, porque en verdad realiza un único hecho: dar una orden criminal produciendo una víctima⁷⁵. Pero también son autores mediatos, según su concepción, todos los mandos intermedios que van transmitiendo la orden manejando, al menos, una parte del aparato hasta llegar al último que transmite directamente la orden al ejecutor. Respecto de este último dirigente, sin embargo, no puede decirse que sólo dicte una orden criminal en el supuesto que nos ocupa. Si da una orden a un miembro de la organización que no la ejecuta —ya habría tentativa en autoría mediata—, necesariamente tendrá que dar otra más a otro sujeto que, si no se dicta simultáneamente en el

(ed. Knut Amelung), Pro Universitate, 2000, p. 56; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003, p. 50.

⁷³ ROTSCH, *ZStW* (2000), p. 528.

⁷⁴ ROXIN, *Strafrecht (AT-II)*, p. 51.

⁷⁵ Cfr., sin embargo, ROTSCH, *ZStW* (2000), p. 530.

contexto de un mismo espacio y tiempo que la anterior⁷⁶, no puede decirse que esté continuando con la realización del mismo hecho, puesto que tras terminar un curso causal que no produce el resultado, el último autor mediato del eslabón tendría que poner en marcha un nuevo curso causal, con otro instrumento, para lograr la consumación del delito⁷⁷. En consecuencia, puede apreciarse que para el hecho que quedaría en grado de tentativa ha sido decisiva la actuación del instrumento, porque tenía el sí de la realización del delito, lo que obliga a los dirigentes —al menos, al último eslabón— a emprender otra acción, con otro instrumento, aunque tenga la misma víctima⁷⁸.

Pero además, como ya señalé en otro lugar⁷⁹, el comienzo de la tentativa sería distinto para los dirigentes y mandos intermedios de la organización, puesto que, siguiendo la concepción de *Roxin*, la tentativa en la autoría mediata comienza cuando el instrumento procede inmediatamente a la ejecución del delito o cuando el sujeto de atrás abandona y pone en manos del instrumento el curso causal que ha impulsado para lesionar el bien jurídico protegido⁸⁰; como en el aparato de poder hay varios dirigentes, integrados en diversos eslabones, el primer dirigente que da la orden criminal no traspasa el control del acontecimiento típico a manos del instrumento, sino a otro autor mediato —mando intermedio— que seguirá transmitiendo la orden hasta llegar al último mando y al ejecutor; por supuesto, para el instrumento nunca comenzará la tentativa. Esta variedad de momentos en los que los diversos autores mediatos actuarían tiene sin duda una influencia también en la consideración de la autoría; ni siquiera en los supuestos en que el autor mediato «abandona» el control del hecho delictivo al instrumento la tentativa habría comenzado para el primer dirigente que dio la orden y los sucesivos

⁷⁶ Generalmente, como indica AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts*, p. 598, la fungibilidad no opera simultáneamente, sino de modo sucesivo.

⁷⁷ ROXIN, *Strafrecht (AT-II)*, p. 47, afirma, sin embargo, que la fungibilidad garantiza «la ejecución del hecho».

⁷⁸ Por ello replica HERZBERG, *Antwort auf die Anmerkungen von Prof. Dr. Roxin*, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (ed. Knut Ame- lung), Pro Universitate, 2000, p. 58, a Roxin, que si la fungibilidad del instrumento fundamenta la autoría mediata, donde ésta falta —cuando no se pudo cambiar el ejecutor—, debe negarse y, en consecuencia, ni siquiera hablarse de tentativa.

⁷⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 114.

⁸⁰ V. ROXIN, *Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Festschrift für Maurach, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 227; el mismo, *LK*, § 25, núm. 152.

que la transmitieron, hasta que el último mando directamente la comunica al instrumento⁸¹.

C) Por otro lado, la apreciación de la autoría mediata rompería con la percepción del **autor como figura central** del acontecimiento típico⁸². Si bien es cierto que las normas reguladoras de la code-lincuencia otorgan un papel preponderante a la autoría y a su existencia subordinan la de la participación, no lo es menos que en la autoría mediata, a pesar del dominio del sujeto de atrás, en muchos casos habría que considerar figuras centrales del acontecimiento típico tanto al autor mediato como al instrumento, dado que este último también puede ser autor directo del hecho típico⁸³. Claro que en aquellos supuestos en que el instrumento por actuar justificada o inculpablemente no es responsable jurídico-penalmente también podría admitirse la idea plástica de la figura central del autor mediato. Pero en los supuestos de organizaciones criminales tendríamos varias figuras centrales, casi prácticamente todos los miembros de las mismas; serían los dirigentes que están en la cúpula, los mandos intermedios que manejan parte o todo el aparato y los miembros ejecutores⁸⁴. Sin embargo, entre los diferentes autores, existe una diferencia posicional dentro de la estructura de la organización: unos están en la cúpula, otros en una zona intermedia y los ejecutores serían personas prácticamente anónimas e intercambiables. Desde luego, considerar al autor como figura central del acontecimiento típico nos lleva a resultados dogmáticos contradictorios, pues la calificación de autores mediatos a los dirigentes de la organización no impediría que también fueran figuras centrales los ejecutores

⁸¹ Poco clara parece la fundamentación de FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, pp. 122 y ss., cuando señala «en la autoría mediata con aparatos organizados de poder, en los que el hombre de atrás no necesita ejercer ninguna influencia directa sobre el ejecutor, puede considerarse comenzada la tentativa cuando el hombre de atrás inicia su actividad sobre el instrumento» (cursivas añadidas), apelando a que ello supone ya la iniciación de realización del tipo al no cederse al ejecutor la decisión relevante sobre el sí de la realización típica, porque dispone de otros miembros de la organización dispuestos a actuar. Para FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, p. 37, los dirigentes del aparato sólo tendrían un dominio del hecho previo a la fase ejecutiva del delito que, una vez iniciada, pasaría a ser un dominio negativo del hecho que no permite calificarle como autor.

⁸² V. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 25 y ss. Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 33 y ss.

⁸³ Por el contrario VEST, H., *Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?*, ZStW (2001), p. 498, considera que verdaderamente la figura central del acontecimiento típico es el aparato organizado de poder en sí mismo considerado.

⁸⁴ Similar HEINE, G., *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, JZ (2000), p. 924.

pese a ser meros instrumentos. En consecuencia, la fungibilidad del instrumento no podría constituir la realidad prejurídica de la que pudiera deducirse que los dirigentes ocupan la posición central del suceso típico.

D) También, por último, la apreciación de una autoría mediata de los dirigentes rompería en cierto modo la **estructura de la accesoriedad**, concretamente con la inducción donde el inducido-ejecutor es libre al realizar su acción y por ello diferenciándose de la autoría mediata⁸⁵. Hasta ahora, en efecto, el inductor se caracteriza porque el hecho de determinar a un sujeto a cometer un ilícito penal no le proporciona el dominio. La diferencia entonces entre inducción y autoría mediata no estaría únicamente en que el sujeto fuera libre al tomar la decisión de ejecutar un delito y tuviera el dominio del hecho cuando fue determinado por otro, sino en que el instigador a su vez no maneje un aparato organizado de poder.

Los partidarios de la autoría mediata encuentran sobre todo que en la inducción una vez se realiza la influencia psicológica sobre el ejecutor, la ejecución del delito no es automática, sino que tiene que pasar por la previa decisión del propio ejecutor, quedando el hecho en sus manos; en los aparatos de poder la ejecución del delito sería automática una vez dictada la orden porque la decisión del instrumento es irrelevante, pues el hecho se realizará de todas formas, aunque el no quiera ejecutarlo. Sin embargo, debe diferenciarse la facultad para decidir y llevar a la práctica lo decidido y otra la ejecución de la decisión. Si un instrumento se niega a cumplir la orden es porque se reconoce que todos pueden negarse —lo cual no es muy compatible con el presupuesto del dominio del hecho: la fungibilidad—. No será lo habitual, porque justamente los miembros ejecutores tienen esa disposición para ejecutar las órdenes que reciben de sus dirigentes, pero debe reconocerse que su decisión no es tan insignificante. Pero claro, como ya se ha comentado, esto mismo podría pensar cualquier sujeto cuando decide llevar a cabo su propósito criminal contratando a un sicario, que si no es uno será otro, porque hay muchos disponibles; el delito se ejecutará porque hay sujetos predispuestos a cometer crímenes⁸⁶. Resulta, pues, discutible

⁸⁵ Concretamente así se expresa HRUSCHKA, J., *Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, ZStW (1998), p. 606.

⁸⁶ Casi excepcionalmente admiten la autoría mediata cuando se utilizan sicarios BUSTOS RAMÍREZ, J. J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, v. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 293. También SCHROEDER, JR (1995), p. 179. Y parece también que el Tribunal Supremo alemán en la famosa sentencia de 26 de julio de 1994 sobre los homicidios del Muro de Berlín, v. críticamente ROXIN, *Täterschaft und Taherrschaft*, p. 610.

que la instigación por medio de un aparato organizado de poder convierta al sujeto en autor mediato porque le permite ejercer un control sobre el hecho que ejecuta el inducido-instrumento.

5. ¿Por qué no la participación?

Los partidarios del dominio por organización no descartan la posibilidad de que en el seno de las organizaciones criminales se ejecuten comportamientos reconducibles a las formas de participación. Sólo podrían ser autores mediatos quienes tuvieran poder de ordenar y no simplemente para trasladar la orden, pues en tal caso no le aportarían el dominio sobre el suceso típico⁸⁷. Pero se emplean varios argumentos para alejar la posibilidad de considerar partícipes a los dirigentes de la organización criminal. Por un lado, se ha señalado que constituiría un riesgo en cuanto que podrían quedar impunes sus conductas debido a la naturaleza accesoria de la participación, aunque primariamente se opone que el merecimiento de pena de autor está en los que planifican y dirigen la organización criminal⁸⁸.

Algunos autores consideran que calificar a los dirigentes de la organización criminal como partícipes implica no valorar la importancia, la posición y el peso que tienen sus conductas en la realización del hecho⁸⁹. Si con ello se pretende ofrecer un criterio delimitador entre la autoría mediata y la inducción consistente en la mayor importancia objetiva de la contribución al delito se estaría retornando a un caduco concepto objetivo-material de autor⁹⁰; pero además, esa valoración no coincidiría tampoco con la del legislador que prevé el mismo marco punitivo para la autoría mediata que para la inducción⁹¹.

⁸⁷ STRATENWERTH, *Strafrecht (AT-I)*, p. 226.

⁸⁸ Resulta muy expresivo MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación e la criminalidad organizada*, p. 159, cuando concluye que «sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una Dogmática de la autoría no plenamente perfilada todavía en sus contornos, obligara a dejar impunes o a castigar sólo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a todas luces la pena del autor».

⁸⁹ V. AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts*, p. 593; FIGUEIREDO DÍAS, J., *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el «dominio de la organización»*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (edits. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló), Universidad de Huelva, 1999, p. 102; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, p. 193.

⁹⁰ V. sobre ello ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 38-51; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, pp. 535-544.

⁹¹ En tal sentido HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung*, p. 51, señalando que la diferencia entre la autoría mediata y la inducción es meramente formal.

La utilización de la idea de merecimiento de pena como ingrediente en la delimitación de quién debe ser autor de un hecho punible hace tiempo que con razón *Roxin* intentó desterrar de la dogmática de la codelincuencia⁹². Tal idea está apegada a consideraciones político-criminales que debe tenerse presente, pero en modo alguno constituye una materia prima para elaborar un criterio dogmático de autoría. Partiendo del propio Derecho positivo, donde se equipara en punición a varios partícipes con los autores, se observa cómo necesariamente el partícipe no se le tiene por qué suponer castigado con menor pena. En la decisión de si alguien ha realizado un hecho previsto en un tipo penal no puede interferir la cuestión de cómo debiera ser castigado quien realizó tal hecho.

Por otro lado, en el ámbito de las organizaciones criminales de estructura jerarquizada, no cabe rechazar la solución de la participación alegándose precisamente que tiene el inconveniente de la accesoriedad, de tal forma que si el ejecutor quedara exento de responsabilidad acarrearía la impunidad para el dirigente⁹³. Sin embargo, la tesis de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder se ha venido sustentando siempre sobre la base de que los ejecutores son plenamente responsables; si hubiera algún déficit en cuanto a su responsabilidad imputable al dirigente, estaríamos ante otro escenario, no en el de los aparatos organizados de poder, en el que indudablemente no cabría dejar fuera la autoría mediata.

En este contexto se alega también que no resulta aplicable la inducción, en detrimento de la autoría mediata, porque no están equiparadas punitivamente en el campo de la tentativa: ésta resulta impune en la inducción⁹⁴, con lo cual la persecución de los hechos criminales de la organización sólo podrían perseguirse cuando se comenzara a ejecutar el delito⁹⁵. Nada impide, sin embargo, que pueda directamente actuarse contra los dirigentes de la cúpula, sin incluso

⁹² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 30 y ss.

⁹³ V. en tal sentido JOSHÍ JUBERT, *ADPCP* (1995), p. 676; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes*, p. 277; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, p. 103. Cfr. sin embargo FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, p. 193; FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada, p. 91.

⁹⁴ AMBOS, *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts*, p. 594.

⁹⁵ Por la aceptación de la inducción se decantan, sin embargo, KÖHLER, *Strafrecht* (AT), p. 510; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89; ROTSCHE, *ZStW* (2000), p. 562; HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Antstiftung*, p. 48; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, 1966, p. 189; LÓPEZ PREGRÍN, M.^a C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 404 y ss.; OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios al Código Penal*, III, (dir. Manuel Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 2000, p. 282.

haber dado órdenes criminales, si se comprueba que la organización tiene fines delictivos, amén de que la persecución pueda promoverse por la realización de actos preparatorios punibles⁹⁶.

También se ha indicado que en algunos casos será imposible castigar al dirigente como inductor porque el ejecutor será un *omnimodo facturus*, ya está decidido a la comisión del hecho punible⁹⁷. Es cierto que los dirigentes del aparato dan la orden contando con que los ejecutores no se opondrán a darle cumplimiento por haber manifestado, expresa o tácitamente, con carácter previo su disponibilidad para cumplirla; pero la ejecución del concreto hecho típico la realiza el ejecutor una vez recibe la orden y es ésta el factor desencadenante de su resolución delictiva, sin que afecte a su determinación definitiva de cometer un delito la predisposición que tenía el sujeto.

La inducción se rechaza también, por último, porque en el ámbito de la criminalidad organizada podría conducir a lagunas de punibilidad, pues no habría identidad o determinación suficiente entre el contenido de la orden dictada y el hecho finalmente ejecutado⁹⁸. Estimo, no obstante, a pesar de que no comparta la tesis de la inducción para los dirigentes que están en la cúpula de la organización, que la determinación al hecho es adecuada para construir una inducción cuando se ordena la realización de un comportamiento específico —matar al que cruce por un determinado lugar, o el que ofrece una cantidad de dinero si mata al (desconocido) asesino de su padre—; a mi juicio, el inductor no es preciso que conozca la identidad de la víctima ni el momento en que se está ejecutando la acción. Pero se me antoja que si no puede apreciarse una inducción a ese hecho —lo menos—, cómo podría fundamentarse la autoría mediata —lo más—, resultando inexplicable que se diga de un sujeto que domina un hecho sin saber si se producirá, cuándo se produce o si realmente se ha producido y sobre qué víctimas anónimas.

⁹⁶ Otra fundamentación HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung*, p. 50. ROXIN, *Strafrecht (AT-II)*, p. 54, rechaza la inducción porque estructuralmente no se adapta a esa figura, tanto porque contradice los principios social, histórico y jurídico de imputación al autor, cuanto porque el inductor tiene que buscar y convencer al ejecutor, mientras que al autor mediato le basta con dictar una orden sin mantener ningún contacto con el ejecutor.

⁹⁷ V. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADPCP (1984), p. 113.

⁹⁸ ASÍ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, p. 180.

6. A modo de balance

Roxin exige para que haya dominio del hecho, y concretamente dominio de la voluntad basado en el poder de la voluntad conductora, no cualquier clase de influencia psicológica sobre la voluntad del ejecutor, pues también la tendrían inductor y cómplice; afirma que «el dominio del hecho debe quedar circunscrito a los casos en los que la última y decisiva resolución sobre lo que debe acontecer está junto al hombre de atrás»⁹⁹. En los supuestos de autoría mediata mediante coacción el dominio de la voluntad se expresa en la ausencia de libertad —*Unfreiheit*— determinada normativamente; en los de error, la autoría mediata se basa, no en la falta de libertad, sino en la «ceguera» —*Blindheit*— del instrumento. En los supuestos de dominio organizativo, el sujeto de delante es libre y no está sometido a ningún tipo de ceguera; sin embargo, es un instrumento en manos del sujeto de atrás porque en la maquinaria delictiva puesta en marcha por éste el instrumento resulta ser una pieza sustituible en caso necesario; el instrumento, a pesar de que domina el hecho que realiza, y por ello es autor directo, y además responde penalmente por él, porque su responsabilidad no queda ni excluida ni atenuada, no tiene el dominio exclusivo del hecho, porque existe un sujeto de atrás que con el poder de su voluntad conductora hace que el delito se ejecute, con la intervención de uno u otro miembro de la organización.

El dominio por organización ciertamente ofrece una detallada percepción fáctico-normativa de lo que podría consistir la realización un hecho a través de otro. La autoría mediata se presenta como una categoría dogmática muy sugerente para aplicarse a sujetos que ni tan siquiera ejecutan a sus víctimas pero dirigen organizaciones con esos fines y cuentan con los medios personales y materiales necesarios para ello.

Se parte de que los dirigentes ocupan una posición especial dentro de la organización por cuanto determinan su funcionamiento y, en consecuencia, también los comportamientos de sus miembros; de ahí que se rechace la tesis de la coautoría¹⁰⁰. Téngase en cuenta, no obstante, que desde el punto de vista dogmático y jurídico-positivo, autores mediatos —dirigentes— y directos —ejecutores— tienen plena equiparación.

⁹⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 144.

¹⁰⁰ V. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 228; JOSHI JUBERT, *ADPCP* (1995), p. 674.

En definitiva, el planteamiento de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o en organizaciones de estructura jerarquizada arranca, como señala *Murmann*¹⁰¹, de la probabilidad o casi seguridad de que se produzca el resultado delictivo¹⁰²; y al examinar los factores causantes de ello se encuentran en la fungibilidad de los ejecutores y en el funcionamiento casi automático. Hemos dicho que, en realidad, el automatismo de la organización tiene que ver, esencialmente, con la fungibilidad, y por ello se concentra en esta última el fundamento de la autoría mediata. La fungibilidad daría automatismo al aparato y también gran probabilidad de que se cometan los delitos ordenados.

A) ¿Existe instrumentalización?

Por otro lado, se acepta que los miembros ejecutores de la organización actúan como instrumentos, por cuanto siguen como autómatas las órdenes de sus dirigentes —automatismo— y su voluntad es irrelevante respecto a la realización del delito —fungibilidad—. Repárese, no obstante, que el hecho que debe dominarse es el tipificado en la ley penal, no siendo suficientes por sí solos o conjuntamente ni el dominio sobre la organización ni el de los instrumentos, amén de que éstos dominan plenamente los hechos que ejecutan. Hay que fijarse especialmente no en la organización, pues en la autoría mediata no se trata de dilucidar si un sujeto cometió un delito utilizando una organización criminal. Aquella forma de autoría requiere la utilización de otra persona, instrumentalizada, para lesionar el bien jurídico protegido, y a pesar de que se diga que está subordinado, que no manda nada, que es fungible y cuando quieran lo quitan y que si se negara a cumplir la orden el delito se ejecutaría por otro, se le reconoce nada más y nada menos que el dominio del hecho y la plena responsabilidad penal, como se lo atribuyen también al dirigente de la organización¹⁰³.

La alta probabilidad o seguridad de que el delito ordenado se cometerá, sustrato que subyace a la calificación de los dirigentes

¹⁰¹ MURMANN, GA (1998), p. 272.

¹⁰² En ello precisamente se basaría el dominio del hecho de los dirigentes según BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 369.

¹⁰³ Resulta acertada por ello la observación de BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pp. 350 y 367, cuando señala que el punto más débil de la construcción de Roxin sobre la autoría mediata en los aparatos organizados de poder estriba en la doble consideración que realiza del instrumento; por un lado, afirmando su capacidad para tomar una decisión libre y responsable y, por otra, no aparece, desde el punto de vista del sujeto de atrás, como libre y responsable.

como autores mediatos, no permite, por sí sola, fundamentar la autoría de un hecho punible. Incluso en algunas formas de participación podría darse tal probabilidad (por ejemplo, el padre que, deseoso de vengar la violación de su hija, encarga a un sicario el asesinato del violador).

B) ¿Insignificancia del instrumento?

Un punto de vista generalizado que abona la tesis de la autoría mediata parte de la consideración de que la clave de la criminalidad organizada estriba en sus dirigentes y, por consiguiente, su responsabilidad debe ser alta. Por ejemplo *Ambos* señala que «el dominio por organización ejercido en virtud del aparato reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava hacia arriba al del autor de atrás»¹⁰⁴. He mantenido el criterio distinto¹⁰⁵. No es deseable que los miembros ejecutores de la organización se sientan respaldados, en primer lugar, por la creencia de impunidad de los hechos que realizan porque normativamente se considere que es la organización criminal la «autora» de los hechos con sus máximos responsables, dejándoles en un segundo plano y creyendo que antes que ellos deben responder sus, a veces, poderosos dirigentes. Si ello fuera así, sobre todo en aparatos estatales, los miembros ejecutores de la organización confiarán y les motivará a actuar en la «política» de Estado, que les amparará, lo que no les desinhibirá de cumplir las órdenes criminales, sino al contrario, les impulsará a cometer el delito. Creo que no es menos insignificante en el seno de una organización criminal que haya sujetos dispuestos a ejecutar de propia mano acciones criminales, a cumplir cualquier orden por antijurídica y reprochable que sea, a la que no le ponen reparo y en la que, seguramente, no tienen ningún interés¹⁰⁶.

Es más, en algunos supuestos creo que resulta más relevante la condición de los miembros ejecutores que la de sus dirigentes. Allí donde la capacidad para efectuar determinadas acciones criminales, por ejemplo, la práctica masiva de mutilaciones sobre una población, esté sólo al alcance de sujetos especialmente cualificados, por muy fungibles que sean, no pueden considerárseles actores secundarios dentro de la organización, incluso si atendemos a factores extraños

¹⁰⁴ AMBOS, GA (1998), p. 241.

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 275.

¹⁰⁶ También así KÖHLER, *Strafrecht (AT)*, p. 510; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, p. 403.

como el merecimiento de pena entre ejecutores y dirigentes. Las cualidades, y a veces deberes ético-jurídicos, que reúnen los miembros del último eslabón de la organización para la comisión de los delitos no pueden subestimarse frente al manejo de la misma. La última y decisiva resolución sobre cada hecho típico inequívocamente la tendrían los sujetos de delante: ¿no está realmente en la mano de los ejecutores, pese a que generalmente decidan de forma individual dar cumplimiento a las órdenes que reciben, abortar de forma colectiva los planes criminales de los dirigentes de la cúpula cuando, por ejemplo, constituyen auténticos crímenes contra la humanidad? Si los ejecutan es porque el desprecio por los bienes jurídicos puede más que la obligatoriedad de la orden que reciben.

Por tanto, no debería causar sorpresa¹⁰⁷ que a los verdugos directos de las víctimas se les atribuyera un papel más relevante que a los que, sin atreverse personalmente a ejecutar las acciones criminales, realizan labores de planificación, aportación de medios, ordenando las acciones, en definitiva, manejando una organización y propiciando la comisión de delitos. En cualquier caso, habrá que sujetarse al resultado de la aplicación de las categorías dogmáticas¹⁰⁸, sin incurrir en alternativas a la dogmática¹⁰⁹ y sin alarmismo por cuanto que del estado de la discusión doctrinal no se desprende en estos supuestos impunidad para los dirigentes de la organización criminal¹¹⁰.

C) ¿Necesidad de una fundamentación autónoma de la autoría mediata?

Roxin detectó que los clásicos supuestos del error y la coacción en la autoría mediata no permiten abarcar la realidad de la criminalidad de los dirigentes. Por ello propone una tercera forma, autónoma, de autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder. La cuestión a plantear aquí es si resulta realmente necesaria y, de serlo, si se hace sin quebrantar las propias bases de la autoría mediata.

¹⁰⁷ Cfr. JOSHI JUBERT, *ADPCP* (1995), p. 675.

¹⁰⁸ Como apunta HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung*, p. 53.

¹⁰⁹ Como advierte FIGUEIREDO DÍAS, *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada*, p. 107.

¹¹⁰ No comparto por ello la visión catastrófica de QUINTERO OLIVARES, G., *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (edits. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló), Universidad de Huelva, 1999, p. 177, cuando señala que la autoría y participación y el dominio del hecho saltan en pedazos cuando se intentan aplicar a la criminalidad organizada.

Hoyer, por ejemplo, señala que no resulta necesario construir una tercera forma de dominio de la voluntad para los aparatos organizados de poder, sino que en éstos la autoría mediata se afirma sobre la base de que el dirigente tiene en sus manos la configuración de la voluntad del instrumento¹¹¹. La posibilidad de abrir campos autónomos dentro de la dogmática de la autoría mediata deja el camino expedito para una paulatina dilatación de esa categoría. Por qué no será posible fundamentar también la autoría mediata en otros supuestos en los que, pese a la total responsabilidad del ejecutor, puede considerarse que la ejecución del delito se verificará por el instrumento, sin que exista coacción ni error, debido a la considerable dependencia que le une con el sujeto de atrás; por ejemplo, en supuestos de dependencia afectiva¹¹². Qué respuesta podrá darse para incluir unos casos y otros no aunque tengan similar sustrato.

7. Consideraciones finales

De todo lo anterior se desprende que en el marco de las organizaciones criminales de estructura jerarquizada el dominio del hecho del dirigente no se apoya *directamente* sobre el instrumento-ejecutor del delito, que actúa plenamente libre, sin estar sujeto ni a coacción ni a error, sino que se proyecta sobre la organización —*Organisationsherrschaft*—, lo que provoca que otro miembro de la misma ejecute un delito.

El requisito de la fungibilidad trata de contrarrestar, esencialmente, el obstáculo que supondría operar en la autoría mediata con un instrumento plenamente libre y responsable, y que es autor directo del delito porque tiene el dominio del hecho. Y ciertamente, la fungibilidad del instrumento constituye un factor decisivo para determinar las responsabilidades de los que se encuentran en la cúspide de la organización criminal, pero no precisamente para fundamentar un dominio del hecho; una resolución plenamente libre de voluntad por parte de quien ejecuta directamente el hecho delictivo impide ya trasladar o compartir el dominio del hecho a quien determina esa voluntad si con ello no produce, al menos, una merma de la

¹¹¹ HOYER, SK, § 25, núms. 91 y ss. También SCHULZ, *JuS* (1997), pp. 112 y ss., considera difuso el concepto de autoría mediata a través del dominio de la organización y superfluo.

¹¹² V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, p. 648, negando una posible autoría mediata. Sobre estos supuestos v. MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil-2. Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat*, 7.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, , 1989, § 48, núm. 86.

libertad del ejecutor, por más que haya creado y domine una organización criminal¹¹³. Lo que debe dominarse es el hecho típico mediante la instrumentalización del ejecutor, y no sólo la organización criminal, sobre todo si no se interviene en la fase de ejecución del delito¹¹⁴. El dominio no debe ejercerse sobre el instrumento, sino sobre sus acciones, y más específicamente, sobre la cualidad lesiva de la acción que ejecuta el instrumento¹¹⁵. Resulta pues chocante que pueda afirmarse tal dominio de la voluntad del sujeto de atrás tanto en los casos en que el instrumento actúa completamente libre —como sucedería en los delitos que se cometen a través de los aparatos organizados de poder— como cuando el instrumento no actúa libremente —sufre, por ejemplo, un error de tipo—¹¹⁶. Me reafirmo, por ello, en que la fungibilidad es un factor que se vuelve en contra de la autoría mediata en estos casos¹¹⁷.

Según mi punto de vista, la realización de un hecho punible a través de otro requiere una instrumentalización fáctica del que actúa delante¹¹⁸, que bien puede producirse mediante coacción o engaño o aprovechándose del error o ignorancia del sujeto de delante. La instrumentalización tendría que venir impuesta o derivada de la conducta del autor mediato, produciendo un determinado efecto: falta o déficit de libertad en el sujeto de delante. De lo contrario, parecería que no estamos hablando de autoría mediata, ni siquiera de codevincuencia, sino, en su lugar, utilizando criterios de imputación de los resultados delictivos que con su conducta produce un miembro de la organización y hace que se extienda al resto de miembros¹¹⁹.

¹¹³ En contra señala ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 245, que es irrelevante porque desde el punto de vista el autor mediato el sujeto de delante no es libre y responsable, sino que aparece como figura anónima e intercambiable.

¹¹⁴ V. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 274 y ss.

¹¹⁵ Cfr., sin embargo, ROXIN, *Strafrecht (AT-II)*, p. 51. Sobre mi concepción del dominio del hecho v. *La autoría mediata*, passim.

¹¹⁶ Por ello CEREZO MIR, *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 173 y 245, ya calificaba de artificiosa la distinción de Roxin entre dominio de la acción (autoría directa) y dominio de la voluntad (autoría mediata), señalando que quien tiene el dominio de la acción tiene el dominio de la voluntad.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 275; también así CEREZO MIR, *Curso PG-III*, p. 217.

¹¹⁸ Cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, p. 371.

¹¹⁹ Sobre los riesgos de este proceder v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Imputación objetiva versus dominio del hecho*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (edits. José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 735 y ss.

Por todo lo dicho, no sólo es descartable la autoría mediata sino también la coautoría, principalmente por ausencia de decisión conjunta y de actuación en fase de ejecución, pues los supuestos excepcionales no pueden derogar los presupuestos básicos de una categoría dogmática; ni tampoco la inducción, por resultar incompatible con nuestro ordenamiento jurídico que no admite la inducción en cadena. Dada la descripción del funcionamiento de estas organizaciones criminales, articuladas en varios eslabones, sólo el eslabón final que da la orden al ejecutor es el único que podría alcanzar la calificación de inductor, porque determina directamente al ejecutor a cometer libremente el delito; los dirigentes de la organización quedarían como cómplices —mandos intermedios— o cooperadores necesarios —los que están en la cúpula— en función de la aportación que realicen al delito¹²⁰.

Ante la posible insatisfacción de la aplicación de la dogmática de la autoría y participación a las organizaciones criminales, se va abriendo camino otra opción consistente en afrontar esta fenomenología criminal desde concretas figuras delictivas, es decir, recurriendo a la Parte Especial del Derecho Penal, aunque se han opuesto también algunas objeciones. Y así, se construyen ilícitos penales a partir de la existencia, sin atender a sus actividades, de una organización que tenga fines delictivos (delito de asociación ilícita)¹²¹; o algunos delitos ejecutados en el marco de una organización (tráfico de drogas, terrorismo, blanqueo de capitales, tenencia ilícita de armas) se agravan por pertenecer o actuar al amparo de la organización¹²²; o se configuran algunos tipos penales de forma que convierten en punibles a título de autoría actos que normalmente constituirían participación¹²³.

¹²⁰ Comparten esta posición LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, p. 405; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes*, p. 280; PÉREZ ALONSO, E. J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, p. 232, nota 84; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, pp. 36 y ss.

¹²¹ En contra del mantenimiento de esta figura delictiva QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada*, p. 190.

¹²² En contra de castigar la simple pertenencia a una organización criminal por suponer un Derecho Penal de autor y no del hecho FERRÉ OLIVÉ, «*Blanqueo*» de capitales y criminalidad organizada, p. 92. Cfr. además los problemas de vulneración del principio *non bis in idem* que se plantearían de admitirse la autoría mediata en virtud de aparato organizado de poder en OLMEDO CARDENETE, *Comentarios al Código Penal*, pp. 283 y ss.

¹²³ Sobre esta posibilidad críticamente DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El Derecho Penal ante la criminalidad organizada*, p. 103.

La tendencia internacional parece ir por el camino de no considerar autores mediatos a los que ordenan la comisión de crímenes. El art. 25.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional separa nítidamente (a) la comisión de un crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro*, de las conductas de (b) *ordenar*, proponer o inducir la comisión de un crimen. Establece su art. 28, además, una responsabilidad específica para los jefes y otros superiores militares en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre las fuerzas militares a su cargo o sus subordinados para evitar los delitos cometidos por éstos, es decir, instituye una posición o deber de garante por los hechos cometidos —no ordenados— por sus subordinados o fuerzas militares.

Y lo mismo puede advertirse también, aunque más dudosamente, en la Propuesta de *Corpus Iuris* de la Unión Europea mediante la cual se pretende unificar el Derecho Penal en materia financiera. En su art. 12.1, b) se define al inductor como el que mediante donación, promesa, *orden*, *abuso de autoridad o de poder provoca la comisión del delito o da instrucciones para cometerlo*, omitiendo, sin embargo, la regulación de la autoría mediata, pero considerando en su art. 13.1 responsable penal al empresario por los delitos cometidos por subordinados al amparo de una orden suya, de lo cual podría deducirse que existe una excepción para los casos en que los delitos se cometen a través de empresas u organizaciones, cediendo la inducción —orden— en favor de la autoría¹²⁴.

Se ha enunciado otra opción para imputar a título de autoría los hechos cometidos al amparo de una organización criminal de estructura jerarquizada. *Joshi Jubert* plantea la reintroducción de la categoría de la *autoría intelectual*, diferenciada de la inducción —que se mantendría—, y no sujeta al principio de accesoriedad, lo que no impediría que al ejecutor se le siguiera considerando como autor directo del delito¹²⁵. Se trata de una propuesta sin desarrollo específico, pero que podría ser otra vía para no forzar las otras formas de autoría, concretamente la coautoría y autoría mediata.

Es procedente y conveniente no dilatar las categorías dogmáticas, favoreciendo oportunas elasticidades, puesto que corren el peligro de que se esfume su esencia. Las potenciales insuficiencias que pueda mostrar la autoría mediata en los aparatos organizados de poder no deberían conducir a relativizar su valor dogmático, pues en tal caso ya se habría dado un importante paso para su desaparición.

¹²⁴ V. sobre ello MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, pp. 123 y ss.

¹²⁵ JOSHI JUBERT, *ADPCP* (1995), p. 678.

En definitiva, no resulta adecuado, desde el punto de vista dogmático, trasplantar el principio conductor del funcionamiento de las organizaciones criminales al principio conductor de la autoría mediata. Frente a la aserción de que los dirigentes del aparato tienen el dominio del hecho porque al disponer de la organización cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del aparato en la ejecución del delito¹²⁶, puede señalarse, y me reitero en palabras ya escritas por *Mir Puig*, que «el hecho no pertenece a todo aquél de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino sólo a quien lo realiza»¹²⁷.

¹²⁶ STRATENWERTH, *Strafrecht (AT)*, p. 242.

¹²⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, p. 396, aunque no comparta su criterio de determinación de la autoría.