



III SEMINARIO INTERNACIONAL DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Cochabamba - Bolivia - Mayo de 2007

EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO AUTORÍA MEDIATA*

Por **Matías Bailone**

"En la vasta pirámide erigida sobre la República por el aparato represivo, en sus cámaras subterráneas prosperan los centros clandestinos de detención. Allí, en las sombras de la nocturnidad desarrolla su macabra tarea el lumpen consagrado a la tortura, la violación y el asesinato. Ellas serán las cloacas donde el sistema perverso habrá de evacuar sus peores excrecencias abonadas con las carnes laceradas de miles y miles de desdichados. En la cúspide, los comandantes lucirán sus mejores entorchados, ajenos a sus ojos al horror subterráneo, al olor putrefacto sus olfatos, imperceptibles sus oídos al grito desgarrador de los atormentados; pero, plenos conocedores de este submundo donde reina el espanto...". Federico Mittelbach¹

Kant en uno de sus últimos escritos había sentenciado que el progreso moral de la humanidad era no sólo necesario, sino ineludible². Esta fe racionalista en el progreso constante, esta ilusión del siglo de las luces, que nos acompañó –de una u otra manera- hasta el ocaso decimonónico, ha en-

* Conferencia Magistral dictada por el autor en el III Seminario Internacional de Actualización en Derecho Penal, organizado por la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales y la Universidad Salesiana de Bolivia, Cochabamba, Bolivia, 28 de mayo de 2007.-

¹ Mittelbach, Federico: "Informe sobre desaparecidos". Citado por Ageitos, Stella Maris: "Historia de la Impunidad, de las actas de Videla a los indultos de Menem", Adriana Hidalgo, Bs As, 2004.-

² Kant, Immanuel: "Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor", 1798, en Escritos Políticos y de la filosofía de la historia y del derecho, Tecnos, Madrid.

contrado durante el siglo XX una fatal refutación. Los horrendos crímenes masivos que en el siglo pasado tuvieron lugar, situaron al ser humano en la encrucijada del ‘Mal Absoluto’.

La expresión ‘Mal Radical’ fue acuñada por Kant en 1793, pero al amparo de la filosofía moral kantiana que postula que “el deber debe ser cumplido por el deber mismo y la ley respetada por la ley misma como forma pura y perfecta”, ya que la ley moral ordena la forma y no el contenido³, tuvieron lugar esquizofrenias normativas fatales. Los imperativos categóricos le permitieron decir a Eichmann que obedecía un orden legal, que no podía contradecir por principios morales: “Habiendo asumido la exigencia kantiana como principio rector desde largo tiempo atrás, estructuré mi vida según esa exigencia”⁴.

El discurso de los juristas frente a las atrocidades cometidas por el Estado o al amparo de su inacción, ha seguido dos patologías diversamente perversas pero igualmente funcionales: o se amolda al poder y le proporciona un saber acorde a sus pretensiones, o se aliena políticamente como si la realidad no pudiese contaminar la ciencia del derecho. El primer caso se ilustra siempre con la Escuela de Kiel (Kielerschule), un grupo de oportunistas que le brindaron un saber de muy bajo nivel teórico al nazismo, aunque desde las investigaciones de Muñoz Conde⁵, no puede eludirse incorporar a esta categoría al neokantismo de Edmund Mezger, el verdadero saber penal del nazismo. El segundo caso es el enajenamiento político que tienen algunos teóricos, que producen saber científico alejado de los datos de la realidad (también producto del neokantismo).

Los crímenes de victimización masiva que han ensangrentado al siglo pasado necesitaron que el Derecho ajuste sus instrumentos para poder alcanzarlos con su brazo punitivo. La amplia discusión sobre si el derecho penal debe adaptarse al moderno desarrollo técnico y a estas formas novedosas de criminalidad, esta instalada en

³ Raffín, Marcelo: “La experiencia del horror, Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur”, Ed. Del Puerto, Bs As., 2006. p. 76.-

⁴ Muchnik, Daniel y Garvie, Alejandro: “El derrumbe del humanismo”, Edhasa, Bs. As., 2006, P. 27. Ver también: Silber, John: “Kant at Auschwitz”, en Funke / Seebohm “Sixth International Kant Congress”, Washington, DC, University Press of America, 1991, p. 180.-

⁵ Cfr. Muñoz Conde, Francisco: “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”, 4º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

todos los ámbitos de la academia y las legislaturas (unas más proclives a la reflexión que las otras). Muñoz Conde dice que “lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los ‘retos del tiempo’ es que produzca la pérdida de identidad de la dogmática jurídicopenal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho Penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la dogmática jurídicopenal debería ser calificada como una dogmática fracasada”⁶.

La impronta de Claus Roxin

Claus Roxin incursiona en el derecho penal con un trabajo sobre el concepto de acción (1962) donde “criticaba los excesos ontológicos del finalismo de Welzel y ponía de manifiesto que la base de la Teoría del Delito no podía ser un concepto final, puramente ontológico, de acción, sino ésta tal como se plasmaba en los respectivos tipos delictivos de la parte especial”⁷. “El injusto típico no es un suceso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito del tipo respectivo”⁸, en palabras del propio Roxin. Proveniente de los claustros de Gottinga, Roxin ingresa a la Universidad de Munich donde sería el contrapeso de Reinhard Maurach. Luego irrumpe en la temática de autoría y dominio del hecho. Y en 1970, a sus treinta y nueve años, pronunció la conferencia en la Academia de Ciencias de Berlín que marcaría el rumbo de la dogmática roxiniana, y que sería una obra fundamental en el derecho penal germano: ‘Política criminal y sistema del derecho penal’ (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem).⁹

Roxin inicia esa conferencia anatematizando a von Liszt, de quien recuerda el apotegma ‘el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal’, y aquella concepción del derecho penal como un bifronte dios Jano: como ciencia social por un lado, y como ciencia jurídica por otro. Lo que logra Roxin, cual Moisés, es

⁶ Muñoz Conde, Francisco: ob. cit. p. 119.-

⁷ Muñoz Conde, Francisco. Introducción a Roxin, Claus ‘Política Criminal y sistema del derecho penal’, 2° edición, Hammurabi, Bs. As., 2000.

⁸ Roxin, Claus: palabras previas a la segunda edición en lengua castellana de ‘Política Criminal y sistema del derecho penal’, Hammurabi, 2000, Bs As.

⁹ A la vieja manera de los discursos inaugurales de cátedras de derecho penal, como el caso de Rocco en la Universidad de Sassari en 1910 y Don Luis Jiménez de Asúa en España en 1930, Claus Roxin emula una bisagra en la literatura dogmática penal del posfinalismo.

mostrarnos la tierra prometida: el derecho penal que sin abandonar ni relativizar el pensamiento sistemático (‘cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables’), logra mixturizarse con la política criminal en cada uno de los estadios de ese gran edificio centurial que es la Teoría del Delito¹⁰, y es más, logra somatizar las finalidades político criminales ‘en módulos de vigencia jurídica’. A diferencia de la figura mosaica, Roxin no sólo señala la ‘tierra prometida’, sino que la habita durante 30 años, transcurridos los cuales edita su magno Tratado. La política criminal (ahora direccionadora del derecho penal) es la conciencia de la potestad punitiva del Estado, la que limita esta actividad del soberano y la orienta hacia la teleología de su fundamentación: poner más acento en la prevención que en la punición, irrefutable comprobación de la vigencia del pensamiento de Beccaria¹¹. “Es mejor prevenir los delitos, que punirlos”, decía este pensador de la Ilustración en ‘De los delitos y las penas’, y Roxin completa que: “debido a la restringida eficacia de la pena, y también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos”¹². Tampoco se puede pasar por alto la creación que Roxin hace de un nuevo elemento de la teoría del delito: la responsabilidad, que supone a la culpabilidad y la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. Así la culpabilidad es el límite de la prevención y viceversa.

La Autoría Mediata: generalidades.

¹⁰ “La teoría jurídica del delito es una de las grandes creaciones del pensamiento occidental. Es un edificio de una claridad conceptual y una elaboración realmente admirables. Ya quisieran los filósofos tener una construcción tan coherente, hasta el punto de que recientemente, nada menos que Jürgen Habermas, en su libro ‘Facticidad y vigencia’, habla de su respeto por las impresionantes aportaciones constructivas de la ciencia del Derecho...” Enrique Gimbernat Ordeig, Conversaciones con Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete. Publicación electrónica ‘Revista electrónica de ciencia penal y criminología’ 03- c2 2001, <http://criminet.ugr.es/recpc>

¹¹ “Sólo un lector extraño al mundo podría consolarse, después de oír las protestas de Beccaria, diciéndose que se trata de atrocidades de los tiempos bárbaros, que los siglos han corregido ya; los siglos han pasado, la técnica de los códigos se ha perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y las penas continúan en el mismo punto”, decía Piero Calamandrei en el Prefacio a una edición italiana de la obra de Beccaria en 1944.

¹² Roxin, Claus: ‘Problemas actuales de Política Criminal’, conferencia traducida por Enrique Díaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el auditorio Jaime Torres Bodet, del Museo Nacional de Antropología e Historia, México.

Una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un ‘autor detrás del autor’ (Täter hinter dem täter)¹³. Según el Código Penal Alemán, el autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro, usándolo como instrumento. La misma fórmula usa el Código Penal español desde su reforma de 1995, en el párrafo primero del artículo 28. El código boliviano lo ha receptado en su reforma del año 1997, realizada por Stratenwerth, en el párrafo segundo del artículo 20, donde dice: “Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito”.

Por error o coacción sobre el ejecutor, ‘el hombre de atrás’ tiene el dominio del hecho. Aquí es fundamental la relación entre ellos, pero en forma invertida como se da en los casos en los que el autor realiza el ilícito por sí mismo y la persona de atrás es sólo partícipe en sentido específico. En la autoría mediata el papel fundamental lo tendrá quien a primera vista no aparece como el consumidor del tipo penal.

Al igual que cualquier autor puede valerse de instrumentos mecánicos para su accionar delictivo, se pueden ‘usar’ a otras personas de la misma forma. Pero no como objetos inertes¹⁴, sino como personas actuantes. Jakobs señala la característica fundamental de la autoría mediata: “la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión”, es decir, al ejecutor no le es imputable el delito doloso que no puede evitar, y esa responsabilidad se transmite a quien ostentó el dominio del hecho. Pero aquí Jakobs dictamina su primera oposición a la teoría de Roxin que más adelante explicaremos, al afirmar que “la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva del ejecutor”¹⁵.

Fiel a su iusfilosofía, Jakobs sostiene que “la superioridad del dominio de la decisión ha determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación del ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata

¹³ Expresión usada por Lange.

¹⁴ Si el instrumento no realiza una acción humana, no hay autoría mediata, sino directa. “La utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porqué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano”. Mir Puig, Santiago: “Derecho Penal Parte General”, 7º edición, B de F, Montevideo, 2004. p. 380.-

¹⁵ Jakobs, Günther: “Derecho Penal, Parte General”, 2º edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 765.

del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención”¹⁶.

El punto de partida de la autoría mediata es la ampliamente aceptada teoría del “dominio del hecho”, que paternaliza Welzel en 1939, y remite a Hegler en 1915. Conforme a ella es autor quien domina el hecho, quien decide la configuración central del acontecimiento¹⁷. Esta teoría determina el concepto general de autor en los delitos dolosos de comisión y presenta a su vez tres manifestaciones (Roxin): el dominio de la acción (el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano), el dominio funcional del hecho (la fundamentación de la coautoría cuando se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva) y el dominio de la voluntad (que corresponde a la autoría mediata y “se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad en virtud del error, y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas”¹⁸).

Welzel no aceptaba que aquel que se encuentra atrás del ejecutor pueda ser considerado autor, no era más que un inductor, “y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”. Por eso fue necesario completar este concepto restringido de autor, con el de ‘dominio finalista del hecho’, para llegar a estos casos de ilícito propio en manos ajenas.

La doctrina se encarga de distinguir diversas clases de autoría mediata, debido a la fórmula general que usan los códigos penales para mencionarla: realizar el hecho por medio de otro, del que se sirve como instrumento. Así, como se ha venido diciendo, la doctrina clásica ha reconocido unánimemente dos clases de autoría mediata: en virtud del error o de la coacción.

¹⁶ Jakobs, G. : op. cit.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro: “Derecho Penal Parte General”, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 774.-

¹⁸ Roxin, Claus: “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, 7º edición, Marcial Pons, Madrid, 2000. p.570.- Ver también Zaffaroni - Alagia - Slokar: “Manual de Derecho Penal Parte General”, 2º edición, Ediar, Bs As, 2006, p. 610; y Zaffaroni - Pierangeli: “Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1” 6º edición, Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2006, p.574.-

El dominio de la organización como forma específica de autoría mediata.

La autoría mediata a través de los ‘aparatos organizados de poder’ es una categoría que propone Roxin, que ha suscitado críticas y adhesiones varias, y fundamenta la responsabilidad como autores mediatos de los hombres de atrás (Hintermänner) en una organización delictiva, aún cuando el ejecutor sea castigado como plenamente responsable. Esta teoría la elaboró Roxin en 1963 en una conferencia en Hamburgo, publicada como artículo en la revista alemana ‘Goltdammer’s Archiv’, para luego ser plasmada en su monografía “Täterschaft und Tatherrschaft”¹⁹, trabajo de habilitación de cátedra de Roxin en Gotinga. Si bien es cierto que estas teorizaciones surgen como consecuencia de la barbarie nazista, y en especial en base al juicio al que se lo sometió a Eichmann en el Tribunal de Jerusalén en 1961, el propio Roxin reniega del “malentendido de que el ‘dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado’ consista en una construcción ad hoc que sólo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría”²⁰.

La estructura dogmática de la autoría no estaba ideada y no podía ser usada frente al genocidio y a los delitos de lesa humanidad, era necesario adaptarse a estas terribles y nuevas formas de criminalidad. “Si bien el derecho penal está estructurado pensando en un autor individual frente a un hecho determinado, la teoría jurídica se ve desafiada por nuevas modalidades de organización social, que involucran en cada acto complejas relaciones, tanto respecto a los hechos como a la intervención de los autores, ejecutores directos, indirectos, inductores, partícipes, coautores”²¹. “Los crímenes de guerra, de Estado... no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual”, decía Roxin en 1963, pero agregaba que “ello no nos

¹⁹ Versión española de la 7ª edición alemana de 1999: “Autoría y dominio del hecho en derecho penal” trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.

²⁰ Roxin, Claus: “Autoría y dominio...” op. cit. p. 279.-

²¹ Bruera, Matilde: “Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”, en AAVV, ‘Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales’, Lerner, Córdoba, 2001.

exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual”²².

El Tribunal Regional de Jerusalén que condenó a Eichmann dijo que “en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones, en los que han participado muchas personas en distintos puestos de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice”, es decir “excluye la aplicación de las categorías normales de la participación”²³.

Aunque se intentó solucionar los casos de los crímenes nazis con las categorías clásicas de autoría mediata, quedó expuesta su incapacidad: los procesos de Nüremberg demostraron que no había casos de soldados ejecutados por no cumplir órdenes, salvo deshonra militar o días de arresto, no se comprobaron consecuencias que puedan sostener la coacción. En el caso del error, no se puede decir seriamente que la obcecación ideológica nublara la conciencia de los soldados, y aún cuando pueda haber existido “el simple error sobre la antijuridicidad formal..., [ello] no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer”²⁴

Roxin rastrea un nuevo fundamento para descubrir la autoría del hombre de atrás, pero frente a ejecutores responsables, y no el clásico ejemplo de la coacción o error del autor inmediato o material. Dijimos que en las formas clásicas de autoría mediata se usa instrumentalmente a una persona, forzando al agente o usándolo como factor causal ciego. En esta especie de autoría mediata lo que se instrumentaliza es el aparato organizado de poder, y en lugar de lo defectuoso del accionar del autor inmediato se pone la ‘funcionalidad’ del aparato. Para ello se requiere a priori tres requisitos: el dominio de la organización en forma verticalizada (autores de escritorio), la fungibilidad del ejecutor, y la actuación de estos supuestos en organizaciones al margen de la legalidad. Es necesario que en este caso de ‘autor de escritorio’ se demuestre la

²² Roxin, Claus: op. cit. p. 270.-

²³ Roxin, Claus: idem, p. 274.-

²⁴ Roxin, Claus: idem: p. 271.-

fungibilidad²⁵ (sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo) y anonimato del ejecutor, dado que el autor mediato no depende de un ejecutor concreto, como en el caso del inductor. Aquí el ejecutor –desde la óptica del autor mediato- es el aparato.

El funcionamiento peculiar de estos aparatos de poder, que están a disposición del sujeto de atrás, hacen necesarias este tipo de teorizaciones, ya que el aparato despliega “una vida independiente de la identidad variable de sus miembros”²⁶, es decir, funciona automáticamente. El autor mediato debe haber realizado una “contribución al hecho que bajo el empleo de determinadas condiciones marco organizativas haya provocado procedimientos reglados que desembocaron automáticamente, por así decir, en la realización del tipo”²⁷.

En una reciente conferencia en Sevilla, Roxin da cuenta del “estado actual” de su razonamiento, y amplía a cuatro, las condiciones para el dominio de la organización como forma de autoría mediata. Se requiere un poder de mando, la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor²⁸.

En primer lugar se requiere que el supuesto autor mediato dentro de la organización rígidamente estructurada tenga autoridad para dar órdenes, y que ejerza dicha autoridad para causar realizaciones del tipo. Debe –además- tener el conocimiento y la voluntad del resultado típico como obra propia, en virtud de las condiciones marco organizativas y de la regularidad que ellas producen.

Aquí se plantea la discusión sobre el lugar preponderante en el seno de la organización que debe tener el autor mediato, tema que fue alegado por la defensa de Eichmann. Además de predicar una moral kantiana –como ya se dijo-, el defensor de

²⁵ Según Meini la fungibilidad no es posible predicarla de un ser humano y nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir al ejecutor. (Meini, I. “Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003)

²⁶ Roxin, Claus: idem, p. 272.-

²⁷ Ambos, Kai - Grammer, Christoph: “Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann”, dictamen del Max Planck Institut, p. 12. Versión en portugués en Ambos, Kai: “Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos”, traducido por Pablo Alfien da Silva, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006.-

²⁸ Cfr. Roxin, Claus: “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata” Conferencia dictada el 23 de Marzo de 2006 en la clausura del curso de doctorado de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

Eichmann dijo que la negativa de su defendido a obedecer órdenes no hubiera significado ninguna mejoría para las víctimas, ya que la maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando, y aclaró que los crímenes no eran obra del individuo, sino del Estado. Esta autonomía del aparato y la independencia del mismo sobre el individuo ejecutor, es lo que pone en el centro de la escena al sujeto que está detrás, al verdadero motorizador del ilícito. Ante este planteo, la inducción se quedaba a mitad de camino, y había que reformular el concepto del hombre de atrás, ya que aquí no hablamos más del ejecutor como un instrumento coaccionado o equivocado, sino plenamente culpable, pero fungible y anónimo, en virtud de las condiciones marco organizativas del aparato.

Roxin entrevió que Eichmann se encontraba en la doble calidad de autor mediato y ejecutor en los diversos crímenes que se le imputaban. En algunos simplemente era el autor directo (plenamente culpable), y en otros respondía por su dominio de la situación fáctica como autor de escritorio. Lo que supone que pueden existir cadenas de mando, de distintos niveles de jerarquía, de autores mediatos que dan órdenes en el seno de la organización²⁹. Quien en el seno de la organización, no imparte órdenes ni ha cooperado en la ejecución material, pero “ha promovido concientemente los delitos mediante cualesquiera acciones”³⁰, sólo puede ser castigado por complicitad. Ya Roxin lo había dicho en su obra sesentista: “cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación”³¹.

La particular maquinaria de poder hace que se inviertan los sentidos lógicos de dominabilidad de la acción. “En lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos se produce una inversión del planteo, pues cuanto más ale-

²⁹ Al respecto dice Sergio Politoff: “Como SERVATIUS –el abogado de EICHMANN– hiciera presente en el juicio, su cliente no se hallaba ni en la cúspide ni al final de la cadena de autores sino al medio de esa cadena (“nunca estuve detrás de las alambradas de los campos de exterminio, ni tuve que ver con las operaciones de gaseamiento”, arguyó entonces el acusado, mostrándose como un burócrata que no hacía sino recibir órdenes y repetirlas, a su vez, a quienes le estaban subordinados). Ello no impide que se le caracterice, adecuadamente, como autor detrás del autor”. Politoff Lifschitz, Sergio: “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata” en Arroyo Zapatero - Berdugo Gómez de la Torre (dirs.) Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, vol. I, p. 1272.-

³⁰ Roxin, Claus: Conferencia en Sevilla, op. cit.

³¹ Roxin, Claus: “Autoría y dominio...” op. cit. p. 276.-

jado está el ejecutor de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que lo proyecta al centro de los acontecimientos”³².

Estos ‘aparatos organizados de poder’, con una clara formación jerárquica vertical, que impide la retroalimentación de las órdenes impuestas por el superior, sólo puede darse al margen de la legalidad: en las organizaciones clandestinas de tipo mafiosas, o en organizaciones estatales donde se vulnere el Estado de Derecho. Stratenwerth indica que en el caso de la criminalidad organizada, la organización “debe tener a su disposición una reserva suficientemente grande de personas que pueda servirse; de otra manera el agente individual no sería reemplazable”³³. Al respecto, Fernández Ibáñez destaca que de esta forma se prueba que la ‘fungibilidad’ no es un requisito esencial en esta teoría. Aunque se de la sustituibilidad del ejecutor, “no se podría reconocer tal tipo de autoría si el aparato que este ‘autor de la mesa de escritorio’ tiene a su disposición estuviera conformado por un número muy limitado de personas, y basado en relaciones eminentemente familiares o la estructuración fuera horizontal”³⁴.

Roxin enuncia como requisito sine qua non la existencia de esta ‘organización’ fuera del Estado de Derecho. Pero Kai Ambos³⁵ cree innecesaria y prescindible esta característica, ya que lo único que configuraría la autoría mediata en los aparatos organizados de poder es una organización estructurada de modo jerárquico y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles³⁶. Esto sería lo que primó en el Tribunal Supremo Alemán (BGH) en el caso de los ‘guardianes del muro’, que si bien aplicó la teoría roxiniana, obviaron el elemento de que el aparato actuara al

³² Zaffaroni - Alagia - Slokar: op. cit. p. 780.-

³³ Stratenwerth, Günther: “Derecho Penal Parte General”, Madrid, 1982, p. 243. Ver también sobre este punto: Aldunate Esquivel, Enrique: “El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, en Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología *Iuspenalismo*, www.iuspenalismo.com.ar

³⁴ Fernández Ibáñez, Eva: “¿Constituye la fungibilidad del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de poder?” en Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 339. Se recomienda especialmente la tesis doctoral de la autora: Fernández Ibáñez, Eva: “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”, Comares, 2006.-

³⁵ Ambos, Kai: “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Hay traducción al portugués en: Ambos, Kai: “Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos”, traducido por Pablo Alflen da Silva, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, p. 47.-

³⁶ “Si el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho de los hombres de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho”, según afirma Kai Ambos, op. cit. p. 51.

margen de la legalidad, ya que la ley de fronteras era derecho positivo, y los francotiradores estaban protegidos por una causa de justificación del régimen. Muñoz Conde afirma que Roxin³⁷ cambió su punto de vista originario, al contestarle a Ambos, y dice que “la desvinculación de la organización al derecho no debe ser total, bastando tan sólo que sea el hecho concreto el que se realice al margen del derecho”. Roxin remarcó el año pasado que la desvinculación del Derecho debe ser sólo en el marco de los tipos penales realizados por el aparato, y que esta desvinculación al derecho, no depende ya de la manera como lo juzgue el sistema político bajo cuyo amparo funcionó el aparato, sino de la actual valoración jurídica.

Como dijimos, el aparato debe funcionar fuera del orden jurídico. Se supone que allí donde éste impera, “una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular”³⁸. Quien quiere dar órdenes ilegales en un Estado de Derecho ya no puede confiar en que el aparato las cumpla, sino que tiene que reclutar al ejecutor material para el hecho concreto, lo que lo convierte en inductor³⁹. Como recuerda Villamor: ya no se actúa con el aparato, sino contra él⁴⁰.

Lascano⁴¹ plantea el interrogante de si se puede abarcar con este criterio los delitos empresariales, y responde citando a Baigún y Bergel⁴², que es válido

³⁷ Conferencia de Claus Roxin en 1998 en Huelva (España) sobre autoría y dominio del hecho.

³⁸ Roxin, Claus: op. cit. p. 277.-

³⁹ Sobre el caso de aplicación de esta teoría a supuestos estatales de plena vigencia del Estado de Derecho, está el ejemplo argentino. El 20 de diciembre de 2001 las autoridades constitucionales argentinas fueron obligadas a renunciar por actos vandálicos de salvajismo urbano, que estaban planeados para desestabilizar la paz social y tomar el gobierno. Si bien muchas de las manifestaciones contra el gobierno fueron espontáneas y pacíficas, la suma de ambos factores potenció la crisis de representatividad y de seguridad pública. La policía federal bajo órdenes del Presidente De la Rúa de mantener la tranquilidad pública, cometió excesos que han sido juzgados por tribunales, produciendo muertes y heridos varios. Se quiso procesar a las autoridades constitucionales por los crímenes cometidos por infiltrados, fundamentándose en el ‘dominio funcional del hecho’ que convertiría en coautores a las autoridades (coautoría funcional). Según otros, el Presidente de la Nación responde como autor mediato (por conducir ‘el aparato de poder’) frente a los excesos de la policía, que dicho sea de paso, quería ver caer al mismo Presidente.

⁴⁰ Villamor Lucía, Fernando: “Derecho Penal Boliviano”, Tomo I, Edición del autor, 2ª edición, La Paz, 2007, p. 272. Como ampliación de la nota al pie anterior, el caso boliviano también presenta caracteres similares a la situación argentina de 2001. Dice Villamor: “Recientemente en nuestro país con motivo de trágicos sucesos en democracia (febrero y octubre de 2003), para sustentar la responsabilidad, la teoría de Roxin resulta aplicable con la salvedad de que en un Estado Social Democrático y de Derecho, cuando una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción...”. (Villamor, op. cit. p. 272.)

⁴¹ Lascano (h), Carlos Julio: “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en AAVV, Nuevas formulaciones... op. cit.

⁴² Baigún, David y Bergel, Salvador Darío en ‘El fraude en la administración societaria’, Depalma, Bs.As.

para los delitos bancarios, donde la fungibilidad se reemplazaría por el anonimato del ejecutor, y a José Daniel Cesano, que cree factible la traslación de la teoría del maestro de Munich a la estructura societaria⁴³. García Vitor afirma que esta teoría sería el instrumento para la imputación penal de las personas jurídicas⁴⁴.

El Tribunal Supremo Alemán en la sentencia de los tiradores del muro afirma que el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de las empresas puede solucionarse por esta construcción roxiniana⁴⁵. Extremo que Roxin niega rotundamente: “de las cuatro condiciones de dominio de la organización faltan, generalmente al menos tres: las empresas no trabajan por regla desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales... falta también la intercambiabilidad de los que están dispuestos a acciones criminales... y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa...”. Pero Roxin indica que la criminalidad de empresas puede ser alcanzada recurriendo a su propia teorización de los delitos consistentes en la infracción de un deber, y a través de ella, fundamentar una autoría de los cargos directivos en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad de la empresa⁴⁶.

Como nota característica de esta tercera clase de autoría mediata, se da el caso de que el ejecutor es plenamente responsable, ya que no es engañado ni coaccionado. No queda exento de responsabilidad por el solo hecho de ser un engranaje cambiante de la maquinaria delictiva. Aquí, como vimos ut supra, se encuentra el primer roce con las ideas de Jakobs, ya que este autor considera inadecuado postular la autoría

⁴³ Cesano, José Daniel y López Mesa, Marcelo en ‘Abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales’, Depalma, Bs. As.

⁴⁴ AAVV, “De las penas” Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, coordinado por David Baigún, Eugenio R. Zaffaroni, Antonio García Pablos y José Pierangeli. Depalma, Bs. As, 1997.

⁴⁵ “Considero que ello va muy lejos y que el Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), en su esfuerzo por establecer una responsabilidad estricta sea como fuere, ha perdido de vista los principios dogmáticos. Un dominio del hecho mejor reflexionado a través del uso de un aparato organizado de poder se puede fundamentar frente al autor que actúa por sí mismo (autoría inmediata o directa) sólo en regímenes ilícitos o quizás aún en organizaciones de mafia, pero no así en una empresa económica legal, donde la orden de cometer un delito no compromete jurídicamente y no puede ser impuesta. Más allá, la imputación directa del actuar de los órganos subordinados de la empresa a la dirección de la empresa como actuar propio es una desintegración absoluta del concepto penal de acción, que en definitiva lesiona incluso el principio de certeza.” Schünemann, Bernd: “Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al código penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿Un modelo para Latinoamérica?”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N° 15, Ad Hoc, Bs. As., 2003. p. 85.-

⁴⁶ Roxin, Claus: conferencia en Sevilla, op. cit.

mediata en el caso de ejecutores plenamente responsables. La solución de Jakobs es la coautoría.

Pero Roxin ahora piensa que el criterio del poder de mando, la desvinculación al derecho, y la fungibilidad no pueden por sí solas describir exhaustivamente las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho de los hombres de atrás, a ellas hay que agregarle la ‘disponibilidad considerablemente elevada al hecho del ejecutor material’. El Tribunal Supremo Alemán, siguiendo a Schroeder, ha mencionado esta predisposición que demuestra el autor inmediato para realizar el tipo, y que Roxin atribuye a un conglomerado de factores que aparecen mezclados, como las influencias específicas de la organización, que hacen al ejecutor más preparado para el hecho, e incrementan la probabilidad de éxito de la orden del autor mediato. Aquí entran en juego, además de la obnubilación ideológica, todas las circunstancias lindantes con la coacción que no calificarían como tal: miedo a perder una situación de privilegio, y certeza de su completa impunidad.

Aclara Roxin que estos factores que inciden sobre el ejecutor, no excluyen la culpabilidad ni la responsabilidad, aunque pueden disminuir o aumentar sus medidas en algunas manifestaciones, y certeramente “conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes”⁴⁷. “La sujeción a un puesto de subordinación merma la libertad de los subordinados, merma su poder de formar su voluntad autónomamente e imponerla contra resistencia” dice Donna⁴⁸.

La compatibilidad del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas con el plexo normativo argentino queda incluida en el art. 45 in fine del código penal, dentro del instituto del ‘determinador’; al decir de Donna, el 45 es el “sustento dogmático de la autoría mediata”. Zaffaroni afirma que la teoría roxiniana es una construcción complicada, ya que “el dominio del hecho es una cuestión de hecho que debe precisarse en concreto en cada caso”, y también que “la fungibilidad de

⁴⁷ Roxin, Claus: Conferencia en Sevilla, op. cit.

⁴⁸ Donna, Edgardo Alberto “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder”, en AAVV “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

los ejecutores no indica que su aporte no haya sido necesario, e incluso se advierte sobre los riesgos de devaluar la intervención de los ejecutores directos y facilitar soluciones políticas poco deseables⁴⁹. El mismo Zaffaroni señala la diferencia que cabría de distinguir al hombre de atrás como autor mediato o mero instigador: en el primer caso habría tentativa desde que comienza a dar la orden (conductas como firmar un documento o una llamada telefónica puedan considerarse como acciones que realizan homicidios), y en el segundo caso sólo cuando el ejecutor comience a realizar la conducta⁵⁰.

El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata tuvo una favorecida acogida jurisprudencial. En 1994 el Tribunal Supremo Federal Alemán la aplicó para el famoso caso de los ‘tiradores del muro’⁵¹, quienes fueron condenados por homicidio doloso, al mismo tiempo que se condenaba a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional del gobierno comunista como autores mediatos de homicidios dolosos, por la utilización instrumental del ‘aparato’.

Pero antes de esta recepción, la inédita situación histórica de una débil democracia juzgando a los responsables del terror durante la dictadura militar argentina (1976-1983), implicó echar mano a estas ideas. La fiscalía a cargo de Julio César Strassera introdujo la teoría roxiniana fundamentada en el art. 45 del Código Penal Argentino, que en su último parte extiende la pena prevista para el autor, a quien determine directamente al mismo, y también en el art. 514 del Código de Justicia Militar de nuestro país, que reza: “cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será consi-

⁴⁹ Zaffaroni - Alagia - Slokar: op. cit. p.780.-

⁵⁰ “Ahora bien, si se postula -como se verá- que el autor mediato da comienzo ya al hecho punible, mediante su propia acción, que pone en movimiento al otro interviniente que actúa como instrumento, su conducta no sería ya accesoria del hecho que se llegue a cometer por el ejecutor instrumento (autor sensu strictu). Entre otros efectos, ello traería consigo, según un sector de la doctrina, una anticipación de la fase de principio de ejecución, que es, por así decir, propia para el autor mediato y, por ende, un propio comienzo de la tentativa. Un punto de vista controvertido por otros escritores (los partidarios de la llamada “solución global”) que afirman que, también respecto del autor mediato queda fijado el principio de ejecución y, con éste, el momento inicial de la tentativa, sólo con el comienzo de la acción ejecutiva por parte del que hace las veces de instrumento. ¿Qué es lo decisivo para el concepto de ejecución del delito, la conducta del que está detrás o la del instrumento?”. Politoff Lifschitz, Sergio: op. cit. p. 1237.-

⁵¹ El caso de los guardianes del muro, es el juicio que se siguió en Alemania, a los soldados que custodiaban el muro de Berlín, fusilando a los que cruzaban de la parte oriental a la occidental de la entonces dividida Nación germana. La Autoría Mediata está latente por el mismo caso de fungibilidad de los ejecutores. Ver Nota a Fallo del Tribunal Supremo Alemán (26/7/1994) a cargo de Gustavo Aboso: “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán” La Ley t.1999 - F, pág. 561.

derado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”⁵².

La Cámara Federal reconoció la existencia de autoría mediata, a través de aparatos de poder organizados en forma militar. A pesar de todo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revoca la adhesión de la Cámara Federal a la teoría de Roxin, y condena a los comandantes como partícipes primarios y no como autores mediatos, pues extraer la ‘autoría mediata’ del art. 45 implicaba (para nuestro Tribunal Supremo) “una dilatación del concepto de instigador... una ilegal extensión de la autoría”.

Ambos y Grammer han señalado que la teoría del dominio por organización es la más apta para el caso argentino. Indicaron que los tres miembros de la Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, y Ramón Agosti) poseyeron dominio directo sobre la planificación y preparación del terrorismo de Estado (sistemática y organizada eliminación de seres humanos mediante desaparición forzada, torturas y ejecuciones sumarias), y en muchos casos además está probado el dominio sobre la ejecución y control de esos delitos de lesa humanidad. “Es inimaginable que una represión tan vasta haya podido ser ejecutada por partes descontroladas de las Fuerzas Armadas”⁵³, afirman Ambos y Grammer. En el caso particular de Videla, por su condición de comandante en jefe, por sus declaraciones periodísticas donde se jactaba de haber eliminado los ‘elementos subversivos’⁵⁴, y por documentos firmados por él donde pla-

⁵² Strassera además pidió lo que denominó “responsabilidad por Juntas”, que las Tres Fuerzas Armadas que eran sometidas a proceso (Ejército, Aeronáutica y Marina) respondieran colectivamente por los delitos cometidos por todas ellas en su conjunto. La Cámara sólo aceptó la responsabilidad individual de cada fuerza armada. Para interiorizarse sobre el Juicio a las Juntas Militares argentinas, ver Nino, Carlos: “Radical evil on trial”, Yale University Press, 1996 (hay traducción castellana de Böhmer en Emecé, 1997). Sobre la obediencia debida en el ámbito militar ver García, Prudencio: “Máximos factores generadores de violación de derechos humanos en el ámbito de moral militar actual” en ‘Fuerzas Armadas y Derechos Humanos’, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2000, p. 158.-

⁵³ Ambos - Grammer, op. cit. p. 19.-

⁵⁴ “Erradicar la subversión” fue uno de los objetivos del Proceso de Reorganización Nacional, tal como dio en llamarse el Gobierno militar resultante del Golpe de Estado de 1976 en Argentina, entre los proclamados objetivos de “restituir los valores esenciales de moralidad, idoneidad y eficiencia”, “vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino” y “vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia”. (Acta de propósito y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional, Boletín Oficial 31-3-76, citado en Ageitos, Stella Maris: “Historia de la Impunidad”, op. cit. p. 39). El continuo uso de nomenclatura militar y la denigración de los opositores políticos como terroristas y como no personas, recuerda un poco la actual discusión sobre el derecho penal de los enemigos y la furia punitivista contra el llamado terrorismo global. Contemporáneo de Videla, el igualmente nefasto José Toribio Merino Castro (comandante en jefe de la Armada Chilena y miembro de la Junta Militar que asoló Chile desde 1973 hasta 1990) se refería a los comunistas como ‘humanoides’. Sobre la actualidad del discurso punitivista de las dictaduras ochentistas ver Guzmán Dalbora, José Luis: “Una especial versión del Autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana-

nificaba el Golpe de Estado y la lucha contra el ‘terrorismo’, está más allá de toda duda que “debió haber modificado el aparato de seguridad existente en aquél momento, influenciarlo y utilizarlo para que integrantes de ese aparato en lucha contra la subversión secuestraran y, en caso necesario, eliminaran personas. Para ello realizó una contribución al hecho, la cual bajo la utilización de las condiciones marcos descriptas produjo concretamente la eliminación de elementos subversivos. Jorge Videla conocía la forma de funcionamiento del aparato represivo y quiso los crímenes ejecutados por sus integrantes como el producto de su propio comportamiento”⁵⁵.

La solución de la coautoría y de la instigación.

Dice Jakobs que la construcción de Roxin surge como efecto de los crímenes nacionalsocialistas, y que “no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos... [pero] apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo...”. Y explica la nocividad en el caso concreto de los nazis, que “encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes”⁵⁶. Termina inclinándose Jakobs por la solución de la coautoría, y la inducción en los casos especiales.

Roxin le contesta a Jakobs en Huelva en 1998, que la coautoría exige la resolución y ejecución conjunta de ilícitos, algo que en estos casos no existe, ya que la instrucción de una orden y su observancia no son una determinación común. En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el ejecutor y el autor de escritorio “no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados en el mismo nivel”. “El que actúa ejecuta una orden, esto es precisamente lo contrario a una resolución conjunta. Jakobs no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar conjuntamente el hecho,... con ello la coautoría pierde sus contornos”, decía Roxin en aquella ocasión. La consideración puramente normativizante de

na”, en Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología *Iuspenalismo*, www.iuspenalismo.com.ar, y Bailone, Matías: “Antiterrorismo y Derechos Humanos”, en Bailone “Anticriminología”, Ed. Cathedra Jurídica, Bs As, 2007, en prensa.

⁵⁵ Ambos - Grammer: op. cit. p. 22. Ver comentario de Pablo Alflen da Silva sobre el tema, en Ambos, Kai: “Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos”, op. cit., p. 113.-

⁵⁶ Jakobs, G: op. cit. p. 763.-

“Jakobs no niega la fungibilidad del ejecutor directo y la ‘automaticidad’ de la ejecución de la orden de ella derivada, pero a su juicio se trata de un ‘dato naturalístico’ sin mayor trascendencia”⁵⁷.

Además la coautoría está estructurada horizontalmente (como actividad pareja, simultánea, y fundamentadora de comunidad), mientras que la autoría mediata está estructurada verticalmente⁵⁸.

Michael Köhler piensa que un sujeto responsable (el ejecutor plenamente imputable) bloquea la autoría de cualquier persona que se ubique detrás de él⁵⁹, y se inclina por la inducción. Roxin refuta estas teorías señalando los recaudos que debe tomar el inductor frente al hecho que realizará el ejecutor (preparación, convencer al autor, vencer su resistencia, etc.), y la ausencia de estos recaudos en el autor de escritorio que ‘usa’ una estructura que facilita y le garantiza la comisión delictiva. El inductor permanece fuera del suceso y ha depositado en el actor inmediato la decisión final de ejecutar el hecho y cómo ejecutarlo.

Felipe Villavicencio intuye que la figura de la autoría mediata no puede usarse sin límites en estos casos, “pues cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata”⁶⁰.

A Gimbernat tampoco le convence la solución de la autoría mediata, argumentando que se trata de una construcción dogmática catártica de la culpabilidad nacional alemana, y lo soluciona así: Hitler y algunos más son inductores de todos los delitos, los ejecutores son autores, y los personajes que se encuentran entre ambos, los que transmiten la orden de aniquilamiento, son cómplices⁶¹. La misma solución es compartida por Hernández Plasencia, quien dice que “la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata... si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución

⁵⁷ Roxin, Claus: “Autoría y dominio...” op. cit. p. 726.-

⁵⁸ Cfr. Roxin, idem.

⁵⁹ Cfr. Lascano (h), op. cit.

⁶⁰ Villavicencio Terreros, Felipe: “Derecho Penal Parte General”, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 480.-

⁶¹ Gimbernat Ordeig, Enrique: ‘Autor y cómplice en derecho penal’, Universidad de Madrid, Fc. De Derecho, 1966.

libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de ese orden es constitutiva únicamente de inducción”⁶². Para Cerezo Mir tampoco la fungibilidad puede fundamentar dominio del hecho⁶³. En estas críticas fundamentalmente no se tiene en cuenta que lo que se instrumentaliza no es al ejecutor concreto, sino al aparato. “El instrumento que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima... el verdadero instrumento es más bien el aparato como tal”⁶⁴.

Lo cierto es que las voces discordantes con esta teoría, llegan a la solución de la autoría o de la inducción, no tanto por vía de convencimiento, sino como recurso residual frente a la negación de la autoría mediata. Dice Roxin que no puede deducirse la autoría y el dominio del hecho a partir de los déficits del instrumento, que por cierto existen en el dominio mediante coacción y error, sino que “hay que fundamentarlas positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso... el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error”⁶⁵.

Conclusión

Para finalizar, creo que todos coincidimos en la necesidad de que el sistema de derecho penal alcance a estos terribles crímenes y violaciones de derechos humanos de la llamada primera generación, aún quienes propiciamos una teoría agnóstica de la pena. Ya lo he señalado en otro lugar, siguiendo la línea de Zaffaroni, que el derecho penal es el saber de los juristas que limita y acota el poder punitivo⁶⁶.

⁶² Hernández Pasencia, José Ulises: “La autoría mediata en derecho penal”, Comares, Granada, 1996. p. 274.-

⁶³ Cerezo Mir, José: “Derecho Penal Parte General”, Tomo I de sus obras completas, Ara, Lima, 2006, p. 1088.

⁶⁴ Roxin, Claus: conferencia en Sevilla, op. cit.

⁶⁵ Roxin, C.: idem.

⁶⁶ Cfr. Bailone, Matías: “El liberalismo penal (1º parte: cómo procurarse buenos precursores)”, en Bailone “Anticriminología”, Cathedra Jurídica, Bs As, 2007 (en prensa), puede verse este capítulo en www.matiashailone.com.ar, y en Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Criminológicas: www.ipic.org.pe

Nuestra obligación desde las ciencias penales es instalar un coto de racionalidad y un dique de contención a las fuerzas punitivas, que no son más que emanaciones del estado autoritario, pero ese dique deja pasar al poder punitivo que no es excesivamente irracional, y que en el fondo no puede contener. Esto pasa concretamente con los delitos de lesa humanidad donde, sin recurrir a ninguna teoría legitimante de la pena, decimos que aquí el poder punitivo no puede contenerse, debido a la calidad del injusto⁶⁷, y a que si se impidiera el poder punitivo en este punto, se produciría una regresión civilizatoria. Zaffaroni dice que en estos casos hay que evitar ‘Dongo’⁶⁸, y para ello, la única opción es Nuremberg y Tokio.

Repugnaría a nuestra conciencia jurídica y al mínimo sentido de humanitarismo que estos graves delitos, que fueron cometidos al amparo del propio poder punitivo, sean ahora no punibles por cuestiones dogmáticas. Gimbernat recuerda en que “...la normativa sobre la autoría y la complicidad no está pensada para un delito como el genocidio”⁶⁹. Roxin advirtió que su teoría de dominio del aparato como autoría mediata iba a producir mucha resistencia en muchos sectores de la dogmática, de la cual dijo que era “propensa a servirse de categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos”⁷⁰. Por ello intuyó que se necesitaba un concepto abierto de dominio del hecho.

MATÍAS BAILONE

Universidad de Buenos Aires

www.matiabailone.com.ar

Ciudad de Cochabamba, 28 de Mayo de 2007.

⁶⁷ Sobre este punto se recomienda tener en cuenta la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad de Zaffaroni. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *lectio doctoralis* en la Universidad de Macerata, 2002, en <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/zaffamacerata.htm>, así como su “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Bs As, 2002.-

⁶⁸ Sobre la muerte de Benito Mussolini en Dongo, ver Bianchi, Gianfranco: “Per qualli ragioni fu soppresso Benito Mussolini”, en Bianchi “La seconda guerra mondiale”, Pietro Cairoli, Como, 1977, p. 447.-

⁶⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique: op. cit.

⁷⁰ Roxin, C.: “Autoría y...” op cit, p. 280.-