

La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin

Un análisis crítico*

De Prof. Dr. **Hernán Darío Orozco López**, LL.M. (Regensburg)**

I. Introducción

Luego de la “invención” de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en el año 1963 por parte de *Claus Roxin*, dicha figura no desempeñó ningún papel relevante en el derecho penal alemán de las tres décadas siguientes. No obstante, en los años noventa, cuando la jurisprudencia y la doctrina se enfrentaron al problema de la responsabilidad de funcionarios de alto rango de la antigua República Democrática Alemana, entre otros, por los homicidios cometidos por los guardias de frontera en contra de las personas que intentaban huir hacia “Berlín Occidental”, la situación cambió radicalmente, a tal punto que este problema se convirtió en el tema más discutido de toda la teoría de la intervención delictiva, siendo la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de *Roxin* adoptada parcialmente por la jurisprudencia y logrando posicionarse como la tesis favorecida por la mayoría de la doctrina. Toda vez que muchos países latinoamericanos han sufrido el flagelo de dictaduras y/o de grandes organizaciones armadas al margen de la ley, la discusión de este problema también ha cobrado gran relevancia en nuestro ámbito, donde la construcción de *Roxin* nuevamente ha sido acogida por la jurisprudencia de diferentes tribunales nacionales y bienvenida por gran parte de la literatura científica.

En atención al papel central de la teoría de *Roxin* en la discusión sobre el título de intervención delictiva de los jefes de aparatos organizados de poder por los delitos cometidos directamente por sus subordinados, el presente texto ofrece, en primer lugar, una breve exposición de la concepción roxiniana de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder (II.). A continuación, los aspectos esenciales del llamado dominio por organización serán sometidos a un análisis crítico que dejará en evidencia que dicha figura, contrario a su positiva recepción general, adolece de graves déficits que obligan a negarle el carácter de una propuesta plausible para atribuirle responsabilidad penal a los hombres que controlan “las palancas de mando” de un aparato organizado de poder (III.). Para ello se mostrará primero que la autoría me-

diata en virtud de aparatos organizados de poder es incompatible con la idea básica de la teoría del dominio del hecho (III. 1. a) y que, fuera de todo, dicha figura no es apta para captar la mayor responsabilidad de los organizadores frente a los ejecutores (III. 1. b). Posteriormente, lo cual es todavía más importante, pues lo que está en juego ya no es su compatibilidad con un determinado modelo de intervención delictiva, sino sus propios fundamentos teóricos, se mostrará que el apartamiento del derecho y la denominada fungibilidad de los ejecutores como requisitos básicos del dominio por organización, a pesar de parecer fundados a primera vista, no logran superar un análisis más detenido (III. 2. a). En el apartado final (III. 2. b) se argumentará que la seguridad (incrementada) del resultado no es un criterio apto para la fundamentación de la autoría mediata en virtud del dominio por organización y que su aceptación, por el contrario, conduciría a una confusión de las fronteras entre la autoría mediata y la instigación trazadas por la (tradicional) teoría del dominio del hecho.

II. La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin

La carrera dogmática de la “autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder” inicia en el año 1963 con el artículo de *Claus Roxin* “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”.¹ Allí dicho autor, tomando como ejemplo los procesos penales en contra de Staschynskij y Eichmann, sostiene que las figuras tradicionales de la autoría y la participación no podrían aprehender de manera adecuada la responsabilidad de los hombres que controlan las palancas de mando de un aparato organizado de poder. Esto, sin embargo, no significaría que no fuese posible fundamentar un dominio del hecho y, con ello, una autoría de los hombres de atrás, pues fuera del dominio de la voluntad en virtud de coacción y en virtud de error existiría “una tercera forma de autoría mediata completamente independiente”, a saber, el “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. De acuerdo con *Roxin*, el fundamento del dominio del hecho del hombre de atrás y, por lo tanto, de esta clase de autoría mediata, radicaría en el funcionamiento específico de este tipo de organizaciones. Gracias a la “fungibilidad de los ejecutores”, quienes serían meras ruedecillas en el engranaje del aparato de poder que podrían ser reemplazadas en cualquier momento, aquel podría confiar en que sus órdenes serían obedecidas, pues en caso de que uno de los miembros de la organización se rehusase o no pudiese cumplirlas, inmediatamente entraría otro en su lugar que sí las cumpliría.²

* El presente texto constituye, en gran medida, una traducción del acápite de mi tesis de doctorado (defendida en el semestre de invierno 2017 en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg y publicada al año siguiente en la editorial Mohr Siebeck: *Orozco López*, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, 2018) dedicado al análisis de la teoría del dominio por organización de *Roxin*. Puesto que dicha labor fue realizada durante los meses de confinamiento en Colombia, salvo contadas excepciones, no ha sido posible actualizar las citas y tampoco incorporar la literatura posterior a la publicación original en alemán.

** El autor es docente investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y profesor de esa misma universidad.

¹ Para un análisis detallado de la evolución de dicha figura véase *Orozco López* (nota *), p. 32 ss.

² Véase *Roxin*, GA 1963, 193. En contra de la praxis judicial de esa época, *Roxin* se esforzó en dicho artículo por fundamentar una autoría mediata no solo de los funcionarios ubicados en lo más alto de la jerarquía, sino también de los de-

Durante prácticamente las cuatro décadas que siguieron al nacimiento dogmático de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder dicha figura conservó su aspecto original. Recién en los años 2006 y 2007 *Roxin* realizó los ajustes más significativos de su concepción de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder o teoría del dominio por organización,³ los cuales fueron motivados en gran medida por la vasta discusión en torno a la decisión del Tribunal Federal de Alemania (Bundesgerichtshof, en adelante BGH) sobre la responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana (RDA).⁴ Por aquel tiempo *Roxin* separó por primera vez con gran claridad la *fundamentación* de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de sus *requisitos fácticos* [tatsächliche Voraussetzungen].⁵ Mientras que la fundamentación se apoyó en un aspecto que ya venía siendo mencionado desde su primer escrito al respecto, *Roxin* situó al lado de los elementos tradicionales del dominio por organización un nuevo criterio autónomo.

De acuerdo con el replanteamiento de *Roxin*, el fundamento de la autoría mediata en los casos de aparatos organizados de poder es la *seguridad incrementada del resultado* [erhöhte Erfolgssicherheit]: “El dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que, por medio del aparato que tiene a disposición, puede generar el resultado con mucha más seguridad que incluso en los casos de dominio por coacción y dominio por error, los cuales son reconocidos casi de manera unánime como supuestos de autoría mediata”.⁶ Ahora bien, la

seguridad del resultado como fundamento de la autoría mediata en virtud del dominio por organización requeriría – según *Roxin* – el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos.⁷ Primero: un *poder de mando* por parte de los hombres de atrás, el cual ha sido siempre un componente esencial de dicha figura, a pesar de que con anterioridad no hubiese figurado nominalmente como uno de sus presupuestos básicos.⁸ Segundo: el *apartamiento del derecho* por parte de la organización, el cual ha sido objeto de dos “precisiones” significativas por parte de *Roxin*.⁹ Tercero: la *fungibilidad de los ejecutores*, respecto de la cual *Roxin*, si bien le sigue otorgando un lugar privilegiado dentro de su teoría, ha admitido algunos problemas en ciertas constelaciones.¹⁰ Cuarto: la *disposición al hecho* especialmente elevada por parte de los ejecutores, la cual *Roxin*, después de haberse opuesto fuertemente a ella con anterioridad, incluyó dentro de su teoría en el año 2006 para intentar hacerle frente a los déficits del criterio de la fungibilidad.¹¹ No obstante, en el año 2009, “luego de una nueva reflexión”, *Roxin* concluyó que la disposición al hecho no constituiría en realidad un elemento autónomo de esta forma de autoría mediata, sino que se derivaría de los otros elementos del dominio por organización.¹²

En resumen, la teoría del dominio por organización de *Roxin* tiene en la actualidad la siguiente forma. La seguridad (de la producción) del resultado fundamentaría la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Ese dominio sobre el resultado, por su parte, se basaría en tres pilares: el poder de mando, el apartamiento del derecho y la fungibilidad. La disponibilidad al hecho, si bien no constituye

nominados mandos medios de aparatos organizados de poder como el régimen nacionalsocialista. Esto debió haber sido percibido como algo tan espinoso que, antes de que el artículo apareciera en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, el *Juristenzeitung* rechazó su publicación; al respecto véase *Roxin*, en: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 387 (387 nota 1, existe traducción al español en: Falcone/Polaino-Orts/Eckstein/Cancho Espinal/Saad-Diniz [Eds.], *Homenaje al Prof. Dr. Dres. H.c. Friedrich-Christian Schroeder*, 2018, p. 503).

³ En cuanto al *nomen juris* de dicha figura, si bien *Roxin* al formular por primera vez dicha teoría la llamó “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” (véase *Roxin*, GA 1963, 193 [200]), en el último tiempo se refiere a ella de manera preferente como “dominio por organización” (véase *Roxin*, [nota 2 – FS Schroeder], p. 387 ss.; *el mismo*, ZStrR 125 [2007], 1 [existe traducción al español en: *Revista Penal* No. 18, 2006, 242]; *el mismo*, GA 2012, 395 [existe traducción al español en: *Ambos* [Dir.], *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, 2012, p. 313]).

⁴ Véase *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. ed. 2015, p. 736 ss. (existe traducción al español: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2016); *el mismo* (nota 2), p. 387; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1.

⁵ Al respecto *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (8 ss.).

⁶ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11); similar *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. ed. 2006, p. 707; *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 398 s.

⁷ Véase *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).

⁸ Véase *Roxin*, GA 1963, 193 (203).

⁹ Véase *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 396; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (12); *el mismo*, en: Amelung/Günther/Kühne (Eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, 2010, p. 449 (459 s.); ya así *el mismo*, en: Amelung (Ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, p. 55.

¹⁰ Cfr. *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (15).

¹¹ Sobre la crítica a ese criterio véase *Roxin*, JZ 1995, p. 51; *el mismo*, en: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, p. 549 (551); *el mismo*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 2, 2003, § 25 nm. 134 (existe traducción al español: *Derecho Penal, Parte General*, t. II, 2014). Sobre la incorporación de dicho criterio en su teoría véase *el mismo* (nota 6 – *Täterschaft*, 8. ed.), p. 706 s.; *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 397 s.; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (15 s.).

¹² *Roxin*, ZIS 2009, 567 (existe traducción al español en: *Ambos/Meini* [Eds.], *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010, p. 91); *el mismo* (nota 9 – FS Krey), p. 463 s.; *el mismo*, GA 2012, 396 (412); *el mismo* (nota 4 – *Täterschaft*, 9. ed.), p. 739 s.; *el mismo*, en: Reyes Alvarado/Orozco López (Eds.), *Aparatos Organizados de Poder*, 2020, p. 193 (200 s., nm. 374 ss.).

un elemento autónomo de dicha figura, sí reforzaría la fundamentación del dominio del hombre de atrás.¹³

En cuanto al grado de aceptación de esta teoría, ella continúa siendo la posición dominante en la discusión alemana¹⁴

¹³ Al respecto véase solamente *Roxin* (nota 9 – FS Krey), p. 449 ss., 456 ss.; *el mismo*, GA 2012, 396; *el mismo* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 198 ss., nm. 368 ss.

¹⁴ A favor, por ejemplo, *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. ed. 2017, § 20 nm. 73 ss.; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 47. ed. 2017, nm. 783; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. ed. 2011, § 12 nm. 65 ss.; *Haft*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. ed. 2004, p. 201; *Ebert*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. ed. 2001, p. 198; *Heine*, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. ed. 2010 § 25 nm. 25 s. (ahora diferente *Heine/Weißer*, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. ed. 2014, § 25 nm. 26 ss.); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, 28. ed. 2014, § 25 nm. 2; *Schünemann*, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Eds.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 12. Aufl. 2007, § 25 nm. 122 ss.; más referencias en *Roxin* (nota 6 – Täterschaft, 8. ed.), p. 704 ss. nota. 581 ss.; *el mismo* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 195 s., nm. 361. La teoría del dominio por organización también ha encontrado amplia resonancia en el ámbito latinoamericano; de la abundante literatura véase, por ejemplo, *Pariona*, *ZIS* 2009, 609; *Bruera*, en: Lascano (Ed.), *Homenaje al Profesor Claus Roxin*, 2001, p. 259 (260 ss.); *Lascano*, en: Lascano (Ed.), *Homenaje al Profesor Claus Roxin*, 2001, p. 349 (363 ss.); *Castillo*, en: Jaén Vallejo (Ed.), *Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, 2003, p. 575 (605 ss.); *Reyes Cuartas*, *DPC* 75 (2004), 153; *Suárez*, *Autoría*, 3. ed. 2007, p. 319 ss.; *Malarino*, en: Ambos (Ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2 ed. 2009, p. 39 (67); *López*, en: Ambos (Ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2 ed. 2009, p. 159 (184); *Caro Coria*, *ZIS* 2009, 595; *Montoya*, en: Hurtado Pozo (Ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, 2009, p. 61 ss. – Algunos autores, tomando como base la concepción de *Roxin*, se han esforzado por presentar modelos de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder que puedan superar las deficiencias de la propuesta de dicho autor (un panorama es ofrecido por *Otto*, en: Reyes Alvarado/Orozco López [nota 12], p. 29 [33 ss.]). Algunos de los principales representantes de las versiones “modificadas” son *Morozinis*, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 206 ss.; *Ambos*, GA 1998, 226 (existe versión ampliada al español: *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, 1998); *el mismo*, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, 2005, p. 216 ss.; *el mismo*, *ZIS* 2009, 552 (564). existe traducción al español en: Ambos/Meini [nota 12], p. 45); *el mismo*, en: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, p. 837 (existe traducción al español en: Reyes Alvarado/Orozco López [nota 12 – Aparatos Organizados], p. 57); *el mismo*, *Treatise on International*

y ha sido acogida en diferente medida por la jurisprudencia de otros países¹⁵ y en el Derecho penal internacional.¹⁶

III. Valoración crítica

1. Dominio por organización y teoría del dominio del hecho a) ¿Compatibilidad del dominio por organización con la idea básica de la teoría del dominio del hecho de Roxin?

Como es ampliamente conocido, *Roxin* concibe al dominio por organización como una manifestación del dominio de la voluntad que se integraría perfectamente en el edificio dogmático de la teoría del dominio del hecho. No obstante, en la literatura especializada se empieza a dudar cada vez más de la compatibilidad del dominio por organización con la idea básica de la teoría del dominio del hecho de *Roxin*. Esas dudas, como se mostrará a continuación, se encuentran ampliamente justificadas.

Hace no mucho tiempo *Renzikowski* le objetó a la teoría roxiniana del dominio del hecho que no dispondría de un concepto de hecho, por lo que no estaría claro a qué se refiere el dominio. Puesto que el dominio del hecho significaría la ejecución del hecho con dominio sobre este, estaríamos ante una definición autorreferencial que, como todas las definiciones de este tipo, no tendría sentido alguno.¹⁷ En efecto, habría sido deseable que *Roxin* hubiese desarrollado de manera más profunda los criterios “figura central” y “dominio del hecho” antes de proceder con el análisis, por cierto, bastante detallado de sus respectivas manifestaciones.¹⁸ No obstante, en esa generalidad, la crítica de *Renzikowski* es exagerada, pues del principio rector junto a sus ramificaciones y las concreciones dogmáticas llevadas a cabo por *Roxin* se puede extraer con claridad lo que dicho autor entiende por dominio del hecho.

Criminal Law, 2013, p. 178 ss.; *el mismo*, *Internationales Strafrecht*, 5. ed. 2018, § 7 nm. 26 ss.; *el mismo*, en: Ambos (Ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4. ed. 2021 (en prensa), art. 25 nm. 18 s.; *Urban*, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 159 ss. Para una detallada crítica de dichas versiones “modificadas” de la teoría del dominio por organización de *Roxin* véase *Orozco López* (nota *), p. 66 ss.

¹⁵ Al respecto véanse solamente las referencias en *Roxin*, GA 2012, 395 (396 y s.); *el mismo* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 196 s., nm. 362 ss.; *Ambos* (nota 14 – Treatise), p. 114 ss.; *el mismo* (nota 14 – Rome Statute), art. 25 nm. 13.

¹⁶ Véase *Ambos* (nota 14 – Treatise), p. 156 ss.; *el mismo* (nota 14 – Internationales Strafrecht), § 7 nm. 25 y ss.; *el mismo* (nota 14 – Rome Statute), art. 25 nm. 14 ss.; *Roxin*, GA 2012, 396 (397 y ss.); *el mismo* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 197, nm. 365; *Gil/Maculan*, *Leiden Journal of International Law* 28 (2015), p. 349 (352 s., 365, 367 s.).

¹⁷ *Renzikowski*, en: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, p. 495 (500 ss.).

¹⁸ En este sentido ya muy crítico *Hardwig*, *JZ* 1965, 668, en su recensión a la primera edición del escrito de habilitación de *Roxin* “Täterschaft und Tatherrschaft”.

De acuerdo con *Roxin*, el principio rector para la determinación del concepto de autor nos dice que “el autor es la figura central del suceso en forma de acción [handlungsmäßigen Geschehens]”.¹⁹ En el ámbito de los delitos de dominio, que es el que aquí interesa, pues es allí donde aparece la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, solamente entraría en consideración una determinación del concepto de autor acorde con las exigencias derivadas de dicho principio rector: “como señor del hecho puede ser visto únicamente la figura central del concreto acontecimiento de la acción [konkreter Handlungsvorgang]”.²⁰ A pesar de que *Roxin* distingue tres formas básicas del dominio del hecho, la idea fundamental, según la cual el autor dominaría el concreto suceso de la acción y sería, por lo tanto, la figura central, se mantiene – con la única excepción del dominio por organización, como se mostrará más adelante – en las diversas manifestaciones del dominio del hecho.

Esto rige, en primera medida, respecto del denominado dominio de la acción, esto es, en relación con la realización libre y voluntaria de los elementos del tipo por mano propia; ella constituiría “el prototipo de la autoría, la manifestación más evidente de la figura central”, pues no se podría “dominar un hecho de manera más clara que cuando se lleva a cabo por sí mismo”, por lo que el ejecutor de propia mano tendría que ser castigado siempre como autor directo.²¹ También en el caso del dominio funcional del hecho como fundamento de la coautoría se trataría de un “dominio del suceso global”,²² esto es, de un co-dominio sobre la acción ejecutiva.²³ Finalmente, el dominio sobre el “suceso en forma de acción” constituye la base de la autoría mediata en dos de las manifestaciones básicas del denominado dominio de la voluntad. Respecto del dominio de la voluntad en virtud de error, el dominio del hombre de atrás se derivaría de que “este, gracias a sus conocimientos más amplios, capta de forma más profunda el significado social del acontecer y, en consecuencia, está en capacidad de configurar él solo el sentido del suceso de

acuerdo con la medida de sus mayores conocimientos”.²⁴ Algo similar ocurre en el caso del dominio de la voluntad en virtud de coacción: “Si en el caso del estado de necesidad por coacción buscamos a la figura central del suceso en forma de acción y a la persona que tiene «en sus manos» el curso del proceso, entonces encontraremos que ese criterio es perfectamente aplicable al hombre de atrás”.²⁵ Si bien en estas constelaciones es el coaccionado quien domina la ejecución, el hombre de atrás, al dominarlo, “domina también de forma mediata la ejecución”.²⁶

Como se desprende de las líneas anteriores, *Roxin*, en contra de la opinión de *Renzikowski*, sí dispone de un concepto de hecho al cual se puede y debe referir el dominio. Así pues, en la concepción de *Roxin*, el dominio del hecho es el dominio sobre el suceso en forma de acción o, dicho de forma sintética, el dominio sobre la acción.²⁷ Como ha mostrado *Schild* en un interesante análisis de la relación entre “hecho” y “dominio” en las diferentes vertientes de la teoría del dominio del hecho, a diferencia de *Welzel* – quien refería en términos más amplios el dominio al “suceso global de la producción del resultado”²⁸ y, por consiguiente, consideraba como autor de un delito doloso solamente al sujeto “que, por medio de la dirección consciente y racional del suceso causal hasta el resultado típico, es señor de la realización del tipo”²⁹ –, para *Roxin* el criterio esencial es el dominio sobre la acción, lo cual fundamenta después la imputación del resultado.³⁰ Así pues, en el caso de *Roxin*, “el dominio del hecho es el resultado del dominio sobre la acción, a la cual se le imputa el resultado”.³¹ Esta conclusión se ve confirmada por el papel preponderante de la teoría de la imputación objetiva en la concepción general del derecho penal de *Roxin*,³² pues una

¹⁹ *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 25; véase también *el mismo* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 10. Como es bien sabido, *Roxin* recurre a tres criterios diversos para dotar de contenido a dicho principio rector. Así, la figura central del suceso sería concretizada por medio del dominio del hecho en los delitos de dominio (*Roxin* [nota 4 – Täterschaft, 9. ed.], p. 126 ss., 702 ss.; *el mismo* [nota 11 – AT II], § 25 nm. 27 s.), por medio de la lesión de un deber especial en el caso de los delitos de infracción de deber (*Roxin* [nota 4 – Täterschaft, 9. ed.], p. 352 ss., 771 ss.; *el mismo* [nota 11 – AT II], § 25 nm. 267 ss.) y por la ejecución de propia mano en ese tipo de delitos (*Roxin* [nota 4 – Täterschaft, 9. ed.], p. 399 ss., 410 ss., 527, 794 ss.; *el mismo* [nota 11 – AT II], § 25 nm. 15, 288 ss.).

²⁰ *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 108.

²¹ *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 127; así también *el mismo* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 38 ss.

²² Así *Roxin* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 188; *el mismo* (nota 4), p. 277.

²³ Véase *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 275 ss.; *el mismo* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 188 ss.

²⁴ *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 232; similar *el mismo*, Strafrecht (nota 11 – AT II), § 25 nm. 62.

²⁵ *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 143.

²⁶ *Roxin* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 47; *el mismo* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 143.

²⁷ Fundamental al respecto *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009, p. 102 ss.; *Rotsch*, NSStZ 2005, 13 (15 s.); *el mismo*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, p. 326 ss.

²⁸ *Schild* (nota 27), p. 101.

²⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 99 (existe traducción al español: Derecho Penal Alemán, 1970); véase también *el mismo*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 163 s.

³⁰ Así *Schild* (nota 27), p. 101 ss.

³¹ *Schild* (nota 27), p. 104.

³² Véase también la caracterización de la acción como manifestación de la personalidad por parte de *Roxin*: “El resultado no debe ser incluido en el análisis de la acción. Aunque algunas manifestaciones de la personalidad traen consigo ciertos resultados – jurídicos y extrajurídicos –, los cuales, por su parte, caracterizan de manera más detallada la manifestación de la personalidad, su existencia es independiente del resultado; adicionalmente, los resultados extrajurídicos le son indiferentes al derecho penal, mientras que los jurídicos se vuelven relevantes recién en el ámbito de la imputación” (*Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 1, 4. Aufl. 2006, § 8 nm. 53

imputación del resultado sería irrelevante en caso de que el dominio del autor se refiriese no solo a la acción, sino también a la producción del resultado.³³

Con este entendimiento del dominio del hecho en general y de sus manifestaciones concretas no es compatible la autoría mediata en virtud del dominio por organización concebida por *Roxin* como tercera forma autónoma del dominio de la voluntad.³⁴ Ya su denominación deja ver que en este caso lo relevante no es un dominio del hecho en el sentido de un dominio sobre la acción, sino más bien un dominio de la organización en virtud del cual el hombre de atrás adquiere un dominio sobre la producción del resultado. Esto se ve confirmado por la fundamentación de dicha figura por parte de *Roxin*: “Esta seguridad del resultado fundamenta el domi-

nio del hecho”.³⁵ “El dominio sobre el resultado consiste, por lo tanto, en que el hombre de atrás, a través del aparato, el cual puede poner en marcha mediante sus órdenes, produce el resultado con mucha más seguridad que quien hace uso de la instigación e incluso que quien ejerce un dominio por coacción o por error”.³⁶

Roxin tiene toda la razón en que el organizador es quien manda dentro de la organización y que, en consecuencia, puede desplegar un enorme potencial lesivo. No obstante, esto no puede ocultar que el organizador no domina el suceso típico en la forma característica de la teoría del dominio del hecho, pues en los casos de aparatos organizados de poder este no tiene un dominio efectivo sobre el concreto suceso de la acción³⁷ que es lo que caracteriza las demás manifestaciones del dominio del hecho. En esta constelación el dominio efectivo sobre la acción concreta queda exclusivamente en las manos de los ejecutores, como se puede observar con toda claridad en los casos de los “tiradores del muro”, en donde la ejecución o no del disparo letal en cada situación concreta era dominada por los respectivos soldados de guardia y no por los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA.³⁸ Así pues, en conclusión, la fundamentación de la autoría del hombre de atrás en los casos de los aparatos organizados de poder *no* se corresponde con el fundamento de la autoría en el dominio de la acción, el dominio funcional del hecho y las otras formas del dominio de la voluntad: mientras que aquí lo que interesa es el *dominio del hecho en el sentido de un dominio concreto sobre la acción*, allí se trata de un *dominio de la organización y del resultado*.

Para hacerle frente a la creciente crítica sobre la compatibilidad del dominio por organización con el andamiaje de la teoría del dominio del hecho *Roxin* acude a dos argumentos que, sin embargo, no logran convencer.

De una parte, *Roxin* argumenta que en su sistema no existe ningún tipo de fricción, “pues el dominio del hecho es siempre el dominio sobre el resultado típico. El dominio del actor directo puede ser un medio para adquirir el dominio del resultado, como sucede en el caso de la coacción y, también en cierto grado, al inducir a alguien a error”; según *Roxin*, “eso, sin embargo, no tiene que ser siempre así, como lo demuestra precisamente la utilización de aparatos de poder”.³⁹ Este esfuerzo argumentativo fracasa, al menos, por tres razones. Primera: la idea de que el dominio del hecho

(existe traducción al español de una edición previa: Derecho Penal, Parte General, t. I, 1997).

³³ La distinción entre dominio del hecho como dominio del suceso típico e imputación del resultado es aún más clara en el caso de *Bloy*, otro de los defensores más destacados de la teoría del dominio del hecho, quien afirma expresamente que la autoría como una forma especial de la imputación de la acción y la imputación del resultado serían dos cosas totalmente diferentes (*Bloy*, GA 1996, 243); al respecto véase *Schild* (nota 27), p. 106 ss.

³⁴ En este sentido también *Renzikowski*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 89 ss.; *Rotsch*, JR 2004, 248 (250); *el mismo*, NSZ 2005, 13 (16); *el mismo* (nota 27), p. 326 ss.; *Hoyer*, en: Wolter (Ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 nm. 91; *Zaczyk*, GA 2006, p. 411 (413 s.); *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (505 s.); *Schild*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5. Aufl. 2017, § 25 nm. 121; véase también *Schlösser*, GA 2007, 161 (167); *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 107; *Reyes Alvarado*, en: Falcone (Ed.), *¿Autonomía y accesoriadad?* (en prensa). Del propio círculo de discípulos de *Roxin* se pronuncia con fuerte palabras *Heinrich*, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, p. 32: “postular un dominio del hecho en estos casos no es algo diferente a formular una ficción tendiente a salvar la propia concepción. En ausencia de una relación real con el hecho, el criterio del dominio por organización, [...], no se deja incorporar en la arquitectura del sistema del dominio del hecho sin hacer tambalear de forma definitiva toda la construcción [...]”. – Adicionalmente, la autoría mediata en virtud del dominio por organización no casa con el dominio de la *voluntad* como criterio general de la autoría mediata en la teoría del dominio del hecho. En la concepción primigenia de *Roxin* sobre los aparatos organizados de poder, el dominio por organización sí podía integrarse en el dominio de la voluntad, pues en ese entonces el ejecutor era visto como un instrumento del hombre de atrás; esto, sin embargo, es diferente en la versión actual de dicha teoría, pues *Roxin* considera ahora que el verdadero instrumento es el aparato de poder; al respecto véase *Schild*, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, p. 21 s.

³⁵ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11); así también *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 398 s.

³⁶ *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 393.

³⁷ *Renzikowski* (nota 34), p. 89; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414); *Schild* (nota 34), § 25 nm. 123. Véase también *Heinrich* (nota 34), p. 31. Al respecto, recientemente, *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, p. 169: “En dichos eventos el hombre de atrás domina, a lo sumo, los procesos automáticos dentro de la estructura organizacional y, con ello, las circunstancias del hecho, pero no su realización personal concreta.”

³⁸ Fundamental al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 ss.); *Herzberg*, en: Amelung (nota 9), p. 33 (37 ss.).

³⁹ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (10).

habría consistido siempre en el dominio sobre el resultado típico no concuerda con la concreción meticulosa del principio rector de la figura central del suceso en forma de acción en toda la obra de *Roxin*, lo cual fue puesto de relieve en las páginas precedentes. Segunda: si a pesar de ello se le concediese a *Roxin* que lo realmente importante en el caso del dominio del hecho es el dominio sobre el resultado, se presentarían problemas para su fundamentación y, con ello, para afirmar una autoría en aquellos eventos en los que no fuese posible demostrar un dominio efectivo hasta la producción del resultado típico; precisamente esto ocurre con cierta frecuencia en casos tradicionales de autoría mediata, en los cuales la producción del resultado típico queda, en gran medida, en las manos del ejecutor una vez este abandona el ámbito de influencia del hombre de atrás y emprende su camino para ejecutar la conducta en cuestión.⁴⁰ Tercera: el aspecto decisivo en contra de la reinterpretación del dominio del hecho como dominio sobre el resultado consiste en que de esa manera se generaría una confusión de las fronteras de las formas de intervención delictiva que han sido trazadas precisamente sobre la base del dominio del hecho entendido como dominio sobre el concreto acontecimiento de la acción; sobre esto se volverá más adelante con mayor detalle.⁴¹

De otra parte, frente a la objeción formulada principalmente por *Rotsch*, de acuerdo con la cual, en la medida que *Roxin* se basa en el dominio del resultado y no en el dominio del hecho propiamente dicho, “la acción del hombre de atrás queda desligada completamente de la verdadera realización típica”,⁴² este último autor se defiende argumentando que la “realización típica” del hombre de atrás consistiría en “la puesta en funcionamiento del aparato de aniquilación”.⁴³ En estos casos no puede negarse que existe un vínculo íntimo entre la orden de ejecución por parte del hombre de atrás y la acción ejecutiva del autor directo y que esta, por su parte, está también vinculada estrechamente con el resultado. No obstante, cuando la acción del hombre de atrás, su puesta en marcha del aparato mediante la orden de ejecutar un delito, más allá de su estrecho vínculo con la ejecución y el resultado, es considerada – tal y como *Roxin* propone en su contracrítica – como una acción que realiza el tipo, la consecuencia es nada más y nada menos que la dilución de las fronteras del tipo penal y, con ello, del límite entre la fase preparatoria y el estadio ejecutivo, de tal manera que la punibilidad resulta ampliada a típicos actos preparatorios: la “mera” orden de cometer un delito (que en el derecho penal alemán solo es punible bajo los requisitos y en la medida del § 30 StGB y que en otros ordenamientos jurídicos que no conocen una norma similar para la preparación del delito ni siquiera es punible), al ser categorizada como una acción que realiza el tipo, es desplazada, en contra del claro tenor literal y de principios básicos del derecho penal, al ámbito punible de los tipos penales en cuestión.

b) *¿Es posible aprehender la mayor responsabilidad del hombre de atrás por medio de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder?*

En vista de las notables dificultades para incorporar el dominio por organización en el edificio conceptual de la teoría del dominio del hecho surge la pregunta de por qué *Roxin* se aferra con tal fuerza a dicha figura como forma de autoría mediata. Puesto que, en su opinión, el o los organizadores son los verdaderos responsables principales del delito y que, de acuerdo con su posición sobre la diferencia valorativa entre autoría y participación, las figuras centrales tendrían que ser clasificadas en la primera de esas categorías, mientras que las figuras marginales en la segunda de ellas, la única salida que tiene *Roxin* para sellar una especie de “vacío de autoría” al interior de su propio sistema de intervención es la figura del dominio por organización, pues con los instrumentos ordinarios de su concepción no es posible fundamentar la autoría de los hombres de atrás.⁴⁴

La figura más adecuada *prima facie*, la coautoría, no entra en consideración de acuerdo con la teoría de *Roxin*, pues este exige para su configuración una intervención durante la fase ejecutiva, lo que no se presenta en la mayoría de los casos de jefes de aparatos organizados de poder. Evidentemente *Roxin* tampoco puede recurrir a la instigación, incluso a pesar de

⁴⁴ En este sentido también *Jakobs*, NStZ 1995, 26; *el mismo*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 47 (existe traducción al español: *Teoría de la intervención*, 2016): “solución *ad-hoc*” cuya imposición sobre todo en el ámbito internacional confirmaría no tanto la construcción, sino más bien el resultado en sí: “las figuras centrales actúan obviamente también en el estadio previo al suceso típico”; *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. ed. 2015, § 27 nm. 40 (existe traducción al español de la cuarta edición: *Derecho Penal. Parte General*, 2011); *Rotsch* (nota 27), p. 317; *Brammsen/Apel*, ZJS 2004, 257; *Schlösser*, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, p. 213. Véase también *Weißer*, *Täterschaft in Europa*, 2011, p. 465 ss., quien en su estudio de derecho comparado observa críticamente que – a diferencia de los sistemas de intervención delictiva de Inglaterra, Francia, Italia y Austria – “la vinculación *a priori* del grado del juicio de desvalor penal a determinadas formas de intervención delictiva” característica de la dogmática penal alemana haría necesario “acomodar, también en las constelaciones atípicas, un determinado comportamiento en el corsé de la forma de intervención delictiva considerada como adecuada, para así garantizar el vínculo con el grado de injusto que se le atribuye a esa forma de intervención delictiva” (op. cit., p. 469). Adicionalmente, dicha autora constata una “tendencia de la doctrina alemana a romper las distinciones en los eventos en los que los resultados no corresponden a los grados de desvalor que le son asignados *a priori* a las diferentes formas de intervención delictiva. La doctrina de la intervención delictiva alemana, muy preocupada por diferenciaciones dogmáticas precisas y libres de contradicciones sistemáticas, tira sus propios criterios por la borda cuando el resultado al que conduce su aplicación no corresponde al juicio de desvalor de elevada gravedad formado intuitivamente” (op. cit., p. 459).

⁴⁰ *Schild* (nota 27), p. 102.

⁴¹ Véase infra III. 2. b).

⁴² *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16).

⁴³ *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 400.

que ella está amenazada con la misma pena de la autoría, toda vez que *Roxin* considera que la instigación es un concepto de naturaleza secundaria.⁴⁵

Roxin, a través de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, cierra por lo tanto un “vacío de autoría” dentro de su propia teoría. Fuera de esto, mediante dicha figura *Roxin* también eleva la pretensión de que solo de esa manera sería posible aprehender adecuadamente la mayor responsabilidad del hombre de atrás. Si bien *Roxin* ha insistido desde su primer escrito sobre esta temática en que en los casos de aparatos organizados de poder se presentarían al mismo tiempo dos formas de autoría que se basan en criterios diversos y que no se excluyen mutuamente, a saber, la autoría directa de los ejecutores en virtud del dominio de la acción y la autoría mediata de los hombres de atrás en virtud del dominio por organización,⁴⁶ lo cierto es que él afirma una y otra vez que solamente esta última figura podría reflejar correctamente el mayor desvalor del comportamiento de los hombres de atrás y, por consiguiente, captar su mayor responsabilidad por el suceso concreto: “la mayor responsabilidad es del autor de escritorio, quien, en su función central para la comisión del delito en el marco de un aparato de poder estatal, es descrito jurídicamente de forma precisa mediante su clasificación como autor mediato”.⁴⁷ “El hombre de atrás, por lo tanto, tiene de lejos el mayor «poder sobre el hecho» y «dominio de configuración» [Gestaltungsherrschaft]”, lo cual ya habría sido reconocido por el Tribunal de Distrito [Bezirksgericht] de Jerusalén en el caso Eichmann cuando señaló que quien se sienta frente a las palancas de mando ostenta la mayor responsabilidad por el suceso. “Las relaciones de dominio”, subraya *Roxin*, “se desfigurarían por completo si los esbirros son considerados como los actores principales y los organizadores de crímenes atroces como figuras marginales carentes de poder”.⁴⁸ De acuerdo con los postulados de un derecho penal de acto, la distinción de las formas de intervención delictiva podría basarse “solamente en la importancia objetiva de la intervención respectiva, y esta es mucho mayor en el caso del autor de escritorio que en el del ejecutor de una orden de asesinato, el cual por lo general se encuentra en esa posición de forma casual y es solo una ruedecilla en el engranaje del aparato”.⁴⁹

⁴⁵ Véase *Roxin* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 476, 512, 528. Ya en contra de ello con razón *Hardwig*, JZ 1965, 668 s.

⁴⁶ *Roxin*, GA 1963, 193 (203); *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (10 s.); *el mismo*, GA 2012, 395 (401).

⁴⁷ *Roxin*, JZ 1995, 49.

⁴⁸ *Roxin* (nota 9 – FS Krey), p. 455 s.; así antes *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 392. Véase además *el mismo*, GA 2012, 395 (401).

⁴⁹ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (7), véase también p. 6: “sobre el ‘sí’ del hecho decide el hombre de atrás que controla las palancas de mando, mientras que el ejecutor inmediato se encuentra en la situación concreta de actuación generalmente solo por casualidad; este último ya no puede hacer un cambio esencial en el desarrollo del suceso prefigurado por el aparato de poder, sino simplemente, en el mejor de los casos, modificarlo.” Si esto es realmente así, la pregunta que surge es si,

A la idea de que solamente la autoría mediata en virtud del dominio por organización tiene la capacidad de aprehender la mayor responsabilidad del organizador puede reconducirse en buena parte la atraktividad – podría hablarse incluso del embrujo – de esa figura para la literatura y la jurisprudencia.⁵⁰ A dicha conclusión, sin embargo, no se puede llegar desde el punto de vista de la *lógica interna* de la teoría del dominio del hecho de *Roxin*.⁵¹ A diferencia de *Puppe*, por ejemplo, para quien las formas de autoría implican grados de desvalor diferentes,⁵² *Roxin* reconoce una diferencia de desvalor tan solo entre la autoría, que se basaría en todos sus casos en el dominio del hecho, y la participación como intervención carente precisamente del dominio del hecho, pero no entre el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho, pues considera que se trata de manifestaciones de *igual valor* del mismo principio general, a saber, del dominio del hecho.⁵³ En consecuencia, una mayor responsabilidad de los organizadores frente a otros miembros del aparato de poder como los mandos medios o los ejecutores, ya sea que se consideren coautores o autores directos, no puede ser expresada por medio de las categorías de la teoría de la intervención delictiva de *Roxin*. Así pues, sobre la base de ese modelo solo es posible aprehender *conceptualmente* la mayor responsabilidad de los organizadores recién en la graduación de la pena mediante la valoración de criterios de mayor merecimiento de pena, los cuales, de acuerdo con *Roxin*, son irrelevantes para la problemática de la interven-

sobre la base de los principios de la teoría del dominio del hecho, puede fundamentarse una autoría del ejecutor directo. Aun si fuese posible responder de forma afirmativa dicha pregunta, lo que queda claro es que la teoría del dominio del hecho de *Roxin* valora a los ejecutores desde *dos perspectivas* diferentes en relación con un *mismo hecho*: para la fundamentación de su autoría directa los ejecutores son vistos como señores del hecho, los cuales tienen el dominio más profundo en virtud de su estrecha relación con el suceso típico y la importancia de sus aportes (al respecto véase solamente *Roxin*, GA 1963, 193 [194 ss.]); al momento de fundamentar la autoría mediata de los hombres de atrás, por el contrario, ellos son considerados, en relación con ese mismo hecho, como “ruedecillas en el engranaje del aparato de poder”. Esa posición del ejecutor frente a un único hecho como *prototipo del autor*, por un lado, y, *al mismo tiempo*, como *ruedecilla de un aparato*, por el otro, es desde un punto de vista sistemático mucho más que solo cuestionable, es simplemente *contradictoria*.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *Ambos*, ZIS 2009, 552 (564); *Morozinis* (nota 14), p. 332, 630; *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Law 9 (2011), 88; *Roxin*, GA 2012, 395 (406); *Urban*, (nota 14), p. 55, 263. En contra *Rotsch*, GA 2005, 428 (429); véase también *Gropp*, JuS 1996, 13 (17 s.). De la jurisprudencia véase BGHSt 40, 218 (236 s.).

⁵¹ En sentido similar *Jakobs*, NSStZ 1995, 26 (27).

⁵² Véase *Puppe*, ZIS 2007, 234 (246); *la misma*, GA 2013, 514 (535).

⁵³ Véase *Roxin* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 11, 13, 27 s., § 26 nm. 1; *el mismo* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 527 s.

ción delictiva.⁵⁴ De esta manera queda en evidencia que una de las supuestas fortalezas de la autoría mediata en virtud del dominio por organización carece en realidad de fundamento.

2. ¿Consistencia teórica de la fundamentación de la autoría mediata en virtud del dominio por organización?

En el apartado anterior se mostró que la autoría mediata en virtud del dominio por organización no se integra sistemáticamente en el edificio conceptual de la teoría del dominio del hecho. Adicionalmente se dejó al descubierto que dicha figura, en contra de una idea bastante extendida, no está en capacidad de aprehender, en el ámbito de la intervención delictiva, la mayor responsabilidad de los organizadores frente a otros intervinientes de menor rango que son sancionados como coautores o autores directos. Si bien esos dos aspectos comportan un grave revés para la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, eso no significa que una figura de esa naturaleza quede descartada de plano. Esto dependerá más bien de si su fundamentación, a saber, la idea de un dominio sobre el resultado basado en tres requisitos fácticos, puede superar la crítica. A esto se dedican los siguientes subapartados.

a) Los requisitos fácticos del dominio por organización

Puesto que, de acuerdo con *Roxin*, la autoría mediata en virtud del dominio por organización se basa en el poder de mando del (o de los) hombre(s) de atrás, el apartamiento del derecho por parte del aparato de poder y la fungibilidad de los ejecutores directos, lo primero que se hará es someter esos denominados criterios fácticos a un análisis crítico.

aa) Poder de mando

El poder de mando constituye el criterio más sólido del dominio por organización, pues no cabe duda de que, en el marco de los denominados aparatos organizados de poder, los hombres de atrás tienen el poder de emitir órdenes tendientes a la realización de conductas delictivas.⁵⁵ Ya que dicha facultad la tendrían no solo los jefes del aparato de poder, sino también algunos mandos medios, en dichos casos se presentaría – según *Roxin* – una larga cadena de autores detrás del autor. Así pues, el aspecto decisivo para la configuración de la autoría mediata sería si el funcionario con poder de mando podía dirigir una determinada parte de la organización.⁵⁶ En contra de ello, *Ambos*, otro defensor de dicha figura, ha esgrimido en varias ocasiones que el dominio por organización solamente podría fundamentarse de manera clara frente a aquellas personas “cuyo poder de mando y cuyas órdenes no puedan ser anuladas o revertidas sin más, las cuales, por lo

tanto, podrían ejercer un dominio «libre de obstáculos», por lo que dicha figura solamente se configuraría en relación con los miembros de la cúpula de la organización, pero no frente a los mandos medios, los cuales tendrían únicamente un dominio parcial y no un dominio absoluto sobre la completa organización.⁵⁷

La asunción de una autoría mediata en virtud del dominio por organización en diversos niveles jerárquicos del aparato de poder genera ciertas dudas sobre la corrección material de dicha teoría, pues esto implica que, como *Roxin* le critica con frecuencia a la solución de la instigación, “enormes diferencias materiales [sean] niveladas de forma simplista”⁵⁸, toda vez que, comparados con los mandos superiores, los funcionarios ubicados en el medio de la cadena jerárquica ostentan solamente un dominio parcial y/o menor de la organización que es, además, un dominio derivado, por lo que ellos, por lo general, no pueden decidir sobre el “sí” de la realización delictiva, sino sobre el “cómo” al concretar las órdenes delictivas emitidas por sus superiores.⁵⁹ Adicionalmente, de acuerdo con las premisas del denominado “principio top-down”, el cual es considerado por los defensores de esta figura como un argumento básico para su fundamentación,⁶⁰ los hombres medios no deberían cargar con una responsabilidad tan grande como la de la cúpula de la organización. No obstante, desde la óptica de la teoría del dominio por organización de *Roxin*, la asunción de una autoría mediata de los mandos medios no es inconsistente, pues a diferencia de *Ambos*, quien sitúa “la organización en el centro de la imputación penal” y comprende, por lo tanto, el “dominio de la organización como un dominio sobre o a través de (toda) la organización”,⁶¹ *Roxin* apela a la mayor seguridad de producción del resultado que se derivaría de la conjunción de los requisitos organizacionales. Por lo tanto, un mando medio que, gracias al uso de las estructuras de la organización ya existentes, se asegura de que sus órdenes conduzcan a la ejecución delictiva, también puede ser sancionado como autor mediato de acuerdo con el enfoque de *Roxin*.

⁵⁴ Véase *Roxin*, GA 1963, 193 (194 ss., 204); *el mismo* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 30 ss.

⁵⁵ Véase *Haas* (nota 34), p. 108 s., quien en vista de los graves déficits de los otros requisitos fácticos del dominio por organización sospecha que el verdadero núcleo de dicha figura radicaría en la orden o instrucción como tal.

⁵⁶ Así *Roxin*, GA 1963, 193 (203 s.); *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (12); *el mismo*, GA 2012, 395 (413 s.).

⁵⁷ *Ambos* (nota 14 – La Parte General), p. 230 ss.; *el mismo* (nota 14 – FS *Roxin*), p. 850 s.; *el mismo* (nota 14 – Treatise), p. 159 s.; *el mismo* (nota 14 – Rome Statute), art. 25 nm. 18; con anterioridad *el mismo*, GA 1998, 226 (238). Véase también *Korn*, NJW 1965, 1206 (1208); *Vest*, ZStW 113 (2001), 457 (493); *el mismo*, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, p. 239; *Kreß*, GA 2006, 304 (309). En contra de *Ambos*, recientemente *Roxin* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 207 s., nm. 390.

⁵⁸ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (8); *el mismo* (nota 9 – FS *Krey*), p. 456; *el mismo*, GA 2012, 396 (403). Así también *Ambos* (nota 14 – La Parte General), p. 219.

⁵⁹ Véase *Urban* (nota 14), p. 167 ss.

⁶⁰ Véase solamente *Roxin*, GA 1963, 193 (202); *el mismo* (nota 2 – FS *Schroeder*), p. 388 s.; *Ambos* (nota 14 – Internationales Strafrecht), § 7 nm. 28.

⁶¹ Así *Ambos* (nota 14 – FS *Roxin*), p. 850 s.

bb) Apartamiento del derecho

A diferencia del poder de mando que puede ser aceptado como una característica evidente de los casos de aparatos organizados de poder, los otros dos criterios del dominio por organización están sometidos a graves objeciones que, en términos generales, ya han sido puestas de relieve en la discusión y que no han podido ser contrarrestadas efectivamente por los argumentos de *Roxin*.

Esto vale, en primera medida, para el segundo requisito fáctico de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, esto es, para el denominado apartamiento del derecho. En la concepción original de *Roxin*, el dominio por organización solo se presentaba cuando el aparato, como un todo, actuaba desvinculado del ordenamiento jurídico, por lo que dicha figura entraba en consideración solamente en dos constelaciones típicas: los aparatos de poder estatales de carácter criminal y ciertas agrupaciones que constituirían una especie de “Estado dentro del Estado”.⁶² En relación con la primera de esas constelaciones *Ambos* señaló con razón hace más de dos décadas que el apartamiento del derecho no puede tener ningún sentido cuando se trata de un “Estado injusto” [Unrechtsstaat] que opera sobre la base de su propio “ordenamiento criminal”,⁶³ pues en estos casos “no es conceptualmente posible una desvinculación del derecho por parte del Estado”.⁶⁴ Para intentar superar dicho problema sería posible acudir a consideraciones de derecho natural en el sentido de la fórmula de Radbruch.⁶⁵ Esto, sin embargo, conduciría, de una parte, a una “confusión de política interior y exterior”, lo que sería susceptible del reproche de una “ideología instrumentalizada políticamente”;⁶⁶ en este caso se trataría “más bien de una sentencia política que de una jurídica”.⁶⁷ Por otra parte, el recurso a la fórmula de Radbruch generaría una reducción del ámbito de aplicación de la figura del dominio por organización, pues de acuerdo con aquella solamente se podría hablar de un apartamiento del derecho (natural) cuando “la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley como «derecho incorrecto» tenga que ceder ante la justicia”.⁶⁸ Así pues, en los eventos de gravísimas lesiones de los derechos humanos se presentaría un apartamiento del derecho y, con ello, una autoría mediata en virtud del dominio por organización, pero no en los casos en los que no se llegue a ese grado insoportable

de contradicción, lo que sucedería por ejemplo en el ámbito de los delitos patrimoniales. Esta fundamentación del apartamiento del derecho estaría, por lo tanto, en abierta contradicción con el planteamiento de *Roxin*, de acuerdo con el cual la configuración de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder no depende de la gravedad de los delitos.⁶⁹

Debido a las dificultades del apartamiento del derecho en el ámbito de los aparatos estatales de poder de carácter criminal, este criterio podría desempeñar algún papel únicamente dentro de la segunda constelación típica del dominio por organización, pues solo en relación con los movimientos clandestinos, las bandas criminales y otras agrupaciones delictivas es posible hablar de una contradicción permanente de las normas del Estado de derecho. No obstante, también en este ámbito surgen dificultades. De acuerdo con *Roxin*, el “significado práctico del criterio del apartamiento del derecho” consistiría en posibilitar “la distinción entre autoría mediata e instigación en los casos de órdenes emitidas en el marco de estructuras jerárquicas”.⁷⁰ Por lo tanto, cuando *Roxin* basándose en ello argumenta que la figura de la autoría mediata en virtud del dominio por organización no sería aplicable en el ámbito de la criminalidad empresarial “normal”, pues el derecho esperaría que en los casos de entidades estatales o empresas privadas el funcionario o empleado que recibe por parte de un superior la orden de cometer un delito se negase a su ejecución,⁷¹ termina poniendo en riesgo la posibilidad de imputarle responsabilidad penal al ejecutor que pertenece a un aparato de poder, toda vez que la otra cara de dicho argumento (su conclusión inversa) sería que en el caso de agrupaciones delictivas de gran calado el derecho no espera que los ejecutores se opongan a los designios criminales de los hombres de atrás. Pero si en estos eventos no existe una expectativa normativa de comportamiento conforme a derecho, ¿cómo se puede fundamentar consistentemente una responsabilidad penal de dichos sujetos?⁷² El único camino para evitar este problema consiste en reconocer que en el ámbito de grandes agrupaciones que operan delictivamente también rige la expectativa normativa de un comportamiento conforme a derecho; no obstante, esto conduce a que el criterio del apartamiento del derecho pierda su función delimitadora, por lo que la relevancia de este criterio queda en tela de

⁶² *Roxin*, GA 1963, 193 (204).

⁶³ Así *Ambos*, GA 1998, 226 (241 ss.); *Meini*, El dominio de la organización en derecho penal, 2008, p. 47 ss.

⁶⁴ *Schlösser* (nota 44), p. 158 (cursivas en original).

⁶⁵ En esta dirección se mueve el planteamiento de *Roxin*, GA 1963, 193 (205); *el mismo* (nota 11 – FS Grünwald), p. 557. A favor de ello, de manera expresa, *Morozinis* (nota 14), p. 307, 309. Crítico frente a tal proceder *Ambos* (nota 14 – La Parte General), p. 235 y ss.

⁶⁶ Así *Pawlik*, GA 1994, 478 (483). Véase también *Schlösser*, (nota 44), p. 156 ss.

⁶⁷ *Muñoz Conde*, en: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, p. 609 (613 s.).

⁶⁸ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. ed., 1973, p. 345.

⁶⁹ Esto es aclarado por *Schlösser* (nota 44), p. 158 s. El problema del establecimiento de una forma de intervención delictiva en los casos de criminalidad estatal que sería aplicable únicamente en relación con delitos extremadamente graves también se presenta en la concepción de *Morozinis* (nota 14), p. 309 s.: “No obstante, [...] la aplicabilidad de la fórmula de Radbruch y, con ello, la asunción de un apartamiento del derecho por parte de un aparato de poder estatal, deben quedar limitadas a casos extremos «en virtud de la gran importancia de la seguridad jurídica»”.

⁷⁰ *Roxin* (nota 11 – FS Grünwald), p. 558.

⁷¹ *Roxin*, JZ 1995, 49 (51); similar *el mismo* (nota 11 – FS Grünwald), p. 558. Véase también *el mismo* (nota 12 – Aparatos Organizados), p. 219, nm. 413.

⁷² En similar sentido *Murmann*, GA 1996, 269 (274).

juicio también en esta segunda constelación típica del dominio por organización.

Para repeler la crítica dirigida en contra del apartamiento del derecho no solo por los detractores, sino incluso también por algunos de los partidarios de esa figura, *Roxin* se vio obligado a realizar dos ajustes y así poder perseverar en dicho criterio.⁷³

Puesto que la exigencia de un apartamiento total del derecho por parte del aparato no tiene en cuenta que dichos aparatos o sus sistemas parciales, por lo general, solo se apartan del derecho en relación con determinados delitos, pero continúan respetando las demás normas del ordenamiento jurídico,⁷⁴ *Roxin* reformuló dicho criterio en el sentido que “el aparato de poder no tiene que haberse desvinculado del derecho en todo tipo de relaciones, sino únicamente en el marco de los tipos penales por él cometidos”.⁷⁵ No obstante, en la medida que con ello no se exige nada diferente a una infracción continua de determinadas normas jurídicas, lo cual no es algo privativo de los aparatos organizados de poder, sino que también se puede presentar en otros tipos de agrupaciones como pequeñas bandas criminales e incluso empresas económicas, dicho criterio pierde de forma definitiva su función delimitadora y no constituye, por lo tanto, un obstáculo para la transposición del dominio por organización al ámbito de la criminalidad empresarial,⁷⁶ de lo cual da cuenta de forma ejemplar la jurisprudencia del BGH.⁷⁷ Al respecto es mucho más consecuente *Urban*, quien en el mismo sentido de la reformulación de *Roxin* exige para la constitución de una autoría mediata en virtud del dominio por organización solamente un apartamiento del derecho en relación con determinados grupos de delitos, por lo que propugna por la aplicación – si bien solo de forma excepcional – del modelo del dominio por organización en el ámbito empresarial.⁷⁸

Frente al problema de la fundamentación del apartamiento del derecho en el caso de los aparatos estatales de poder *Roxin* trata de reaccionar con la aclaración de que el aspecto decisivo para la configuración de dicho criterio no sería “el punto de vista del sistema anterior, sino la valoración jurídica actual”.⁷⁹ De esta manera, *Roxin* logra evitar el recurso al derecho natural para fundamentar el apartamiento del derecho, por lo que no queda expuesto a las objeciones en contra de dicho proceder. Dicha argumentación, sin embargo, es intolerable desde la perspectiva de los principios básicos del Estado de derecho, pues de esa manera se establece la forma de intervención delictiva como uno de los momentos funda-

mentadores de la punibilidad de acuerdo con la “valoración jurídica actual” y no de conformidad con los estándares vigentes al momento de la comisión del delito, por lo que se termina *lesionando* el principio de legalidad y *derogando* de manera velada la prohibición de retroactividad.⁸⁰

cc) Fungibilidad de los ejecutores

A graves objeciones está sometido también el más importante de los criterios fácticos del dominio por organización, a saber, la denominada fungibilidad de los ejecutores, la cual incluso constituía en la concepción original de *Roxin* el elemento decisivo para la fundamentación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.⁸¹ De acuerdo con dicho autor, la fungibilidad – terminológicamente sería más adecuado hablar de intercambiabilidad o, incluso, de “reemplazabilidad” – consistiría en que “cuando uno de los múltiples órganos que intervienen en la realización delictiva se sustrae de su tarea, inmediatamente otro entra a ocupar su lugar, sin que la realización del plan total se vea afectada por ello”.⁸²

Este criterio es problemático, de una parte, cuando es concebido como una fungibilidad concreta, esto es, como la posibilidad efectiva de reemplazar a los ejecutores durante la ejecución típica. En el caso central que *Roxin* tomó para ejemplificar su teoría, a saber, el del régimen nacionalsocialista, es indudable que se presentaba con mucha frecuencia una fungibilidad concreta de los ejecutores. No obstante, dicha concepción de la fungibilidad ya fracasa en el segundo caso paradigmático que *Roxin* tomó como ejemplo para desarrollar su tesis, el denominado caso Staschynskij, pues si dicho agente hubiese decidido – justo antes de la ejecución típica planeada – no cumplir con las órdenes criminales emanadas del vértice de la KGB, sus superiores no habrían podido reemplazarlo de manera inmediata, pues para ese momento no disponían de otros agentes que hubiesen podido cumplir con dichas órdenes.⁸³ Esto permite ver con claridad que, si se concreta la respectiva situación típica desde un punto de vista espacial y temporal, en un gran número de casos no existirá la posibilidad de reemplazar a los ejecutores aun cuando el aparato de poder esté compuesto por cientos o incluso miles

⁷³ Véase *Roxin* (nota 9 – FS Krey), p. 459 s.

⁷⁴ Al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (534); *Schlösser* (nota 44), p. 153.

⁷⁵ *Roxin* (nota 9 – FS Krey), p. 459 s.; ya así *el mismo* (nota 9 – Individuelle Verantwortung), p. 55.

⁷⁶ En este sentido también *Herzberg* (nota 38), p. 39, 57; *el mismo*, ZIS 2009, 576 (577); *Schlösser* (nota 44), p. 153 s.; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 s. nota 138); véase también *Renzikowski* (nota 34), p. 90.

⁷⁷ Al respecto véase *Orozco López* (nota *), p. 10 ss.

⁷⁸ Véase *Urban* (nota 14), p. 144 ss., 183 ss., 217 ss., 263 s.

⁷⁹ *Roxin* (nota 9 – FS Krey), p. 459.

⁸⁰ En relación con el ámbito colombiano véase *Velásquez*, CDP 4 (2010), 183.

⁸¹ Véase *Roxin*, GA 1963, 193 (200): “El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en dichos casos [...] radica en la fungibilidad del ejecutor”.

⁸² *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

⁸³ Así ya *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, p. 43, quien para ese entonces era partidario de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, p. 100 s. También en esta dirección *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. ed. 1991, sección 21 nm. 103 nota 190 (existe traducción al español: Derecho Penal, Parte General, 1997); *Ambos* (nota 14 – La Parte General), p. 223.

de miembros.⁸⁴ Precisamente por esto es que no solo los detractores del dominio por organización, sino también algunos de sus partidarios como *Langneff* niegan la concurrencia de dicho criterio en los casos de los tiradores del muro: “En los «casos de los tiradores del muro», si bien un gran número de soldados de frontera estaba a disposición, la posibilidad de impedir la fuga en cada caso concreto dependía, por el contrario, de la actuación de pocos soldados, de los cuales no se podía decir que eran fácilmente intercambiables”.⁸⁵ En otro de los casos más famosos de criminalidad estatal, el del aparato de poder dirigido por el expresidente de Perú Alberto Fujimori Fujimori, también es bastante dudoso el cumplimiento de este requisito. Dada la naturaleza del “Destacamento Especial de Inteligencia Colina” – una unidad de aproximadamente cuarenta hombres entrenada para la ejecución de operaciones especiales; se trataba, dicho sin eufemismos, de un comando de la muerte⁸⁶ – existen serias dudas de que sus integrantes hubiesen podido ser reemplazados sin ningún tipo de inconvenientes por miembros regulares de las fuerzas armadas.⁸⁷

Ahora bien, en relación con los aparatos de poder no estatales la configuración de una fungibilidad concreta es aún más compleja. Si bien el antiguo grupo guerrillero de las FARC tendría que ser clasificado, de acuerdo con la teoría de *Roxin*, como un aparato organizado de poder por excelencia, pues se trataba de una organización que estaba estructurada jerárquicamente, que se había distanciado del ordenamiento jurídico en múltiples ámbitos desde hace más de 40 años y que, en lo que en este momento interesa, contaba con miles de miembros,⁸⁸ las particularidades de una guerra de guerri-

llas hacían de la posibilidad de un reemplazo efectivo de los ejecutores en el marco de una concreta realización típica algo bastante alejado de la realidad. Esto rige, en primera medida, respecto de las operaciones desarrolladas dentro de las zonas bajo el control de las fuerzas militares y la policía como las grandes ciudades, pues en ellas participaba por lo general un pequeño grupo de guerrilleros, cuyos miembros no podían ser sustituidos en la situación concreta, toda vez que los potenciales reemplazos se encontraban bastante distanciados espacialmente, en algunos casos incluso en la selva a cientos de kilómetros del lugar de los hechos.⁸⁹ Asimismo es difícil pensar en una fungibilidad concreta de los ejecutores en los casos de las unidades que operaban en zonas (rurales) no controladas por la fuerza pública, pues debido a la distribución territorial dentro del grupo guerrillero sus miembros no podían ser desplazados de un lugar a otro como si se tratase de un juego de mesa, por lo que cada unidad tenía a su disposición solo un número limitado de ejecutores.⁹⁰

En vista de la evidente falta de una fungibilidad concreta en casos prototípicos de aparatos organizados de poder es difícil de comprender por qué razón un criterio que, si bien puede existir en la fase preparatoria, no se presenta durante la ejecución del delito puede fundamentar un dominio precisamente en relación con el hecho concreto, pues el “dominio del hecho significa”, como de manera certera afirma *Rotsch* respecto de la teoría de *Roxin*, un “dominio durante la ejecución del hecho, no solamente antes de ella”.⁹¹

Para evitar los problemas derivados de una fungibilidad concreta entendida como la posibilidad efectiva de reemplazar al ejecutor en el momento de la realización típica se podría optar, de otra parte, por una especie de fungibilidad abstracta, la cual consistiría en que “la seguridad de producción del resultado se eleva enormemente” porque en el futuro es posible una “continua repetición de los intentos” gracias a la existencia de “muchos ejecutores potenciales”.⁹² No obstante,

⁸⁴ Esta es una objeción bastante reiterada en la literatura sobre el tema; al respecto *Murmann*, GA 1996, 269 (273); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526 ss.); *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, p. 237; *Herzberg* (nota 38), p. 38; *Zieschang*, en: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Eds.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, p. 505 (515); *Jakobs*, (nota 83), sección 21 nm. 103 nota 190; *Haas* (nota 34), p. 107 s.; *Renzikowski*, en: Kaufmann/Renzikowski (Eds.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, p. 147 (153). Véase también *Gropp*, JuS 1996, 13 (16); *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 nota 138), considera que sería muy difícil demostrar la fungibilidad concreta dentro de un proceso penal, por lo que dicho criterio sería, fuera de todo, inservible en la práctica.

⁸⁵ *Langneff* (nota 83), p. 153 s. Del lado de los contradictores de dicha figura véase *Murmann*, GA 1996, 269 (273); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 s.); *Zieschang* (nota 84), p. 515; *Herzberg* (nota 38), p. 38.

⁸⁶ Véase Sala Penal Especial, Exp. N° A.V. 19–2001, de 31 de agosto 2009, Par. 324 ss.

⁸⁷ También con dudas al respecto *García Cavero*, ZIS 2009, 596 (602); véase adicionalmente *Herzberg*, ZIS 2009, 576 (577).

⁸⁸ Luego de varios años de negociaciones, el Gobierno de Colombia y las FARC firmaron en noviembre de 2016 un acuerdo de paz definitivo. Si bien en el marco de este proceso

de paz colombiano se han presentado, como en cualquier proceso de esta naturaleza, numerosos problemas teóricos y de legitimación, así como serias dificultades en la implementación de lo acordado, el Acuerdo de Paz de 2016 constituye un paso importante hacia la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Al respecto véanse, por ejemplo, los textos de la edición especial de ZIS sobre “el proceso de paz colombiano” (ZIS 7-8/2017).

⁸⁹ Así, por ejemplo, en el caso objeto de análisis en Corte Suprema de Justicia, Rad. 25974, de 8.8.2007.

⁹⁰ Al respecto con detalle *Cadavid*, Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial, 2013, p. 385 ss., especialmente p. 417 ss. con ulteriores referencias.

⁹¹ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528); véase también *el mismo*, NSZ 2005, 13 (15 s.).

⁹² Las citas provienen en ese orden de *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 394; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (13); *el mismo*, GA 1963, 193 (205). Críticos al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526); *Meini* (nota 63), p. 38 ss. A favor de una fungibilidad abstracta *Ambos*, ZIS 2009, 552 (563); *el mismo* (nota 14 – Internationales Strafrecht), § 7

frente a esa mera posibilidad de reemplazar, en hechos futuros, a quienes deberían ser los actores directos, deben elevarse tres objeciones.

Esa concepción de la fungibilidad fracasa, en primer lugar, de forma estrepitosa en aquellas constelaciones en las que es imposible intentar nuevamente la ejecución del hecho,⁹³ lo cual es reconocido incluso por parte de otra representante de la figura del dominio por organización como *Urban*: “de la mano de los casos de los tiradores del muro quedó claro que se puede pensar en situaciones en las que de nada sirve que, en caso de una negativa, haya cientos de autores a disposición, pues ya no es posible realizar el hecho concreto a causa del retraso temporal”.⁹⁴

En segundo lugar, la crítica de la lesión del principio de la identidad material del hecho, puesta de relieve especialmente por *Rotsch*, es aún más relevante, pues no se refiere únicamente a una constelación específica, sino que afecta el núcleo de la argumentación. De acuerdo con ello, la conceptualización de la fungibilidad abstracta como la posibilidad de repetir el intento (tentativa) tantas veces como sea necesario para lograr la producción del resultado *disuelve* las fronteras de la identidad material del hecho, pues es imposible negar que todos los intentos que siguen al primero, al ser realizados en otro momento (y probablemente también bajo diferentes circunstancias de modo y lugar), constituyen hechos materialmente diferentes de ese primero, que es precisamente respecto del cual se trata de establecer la forma de intervención delictiva de los miembros del aparato de poder.⁹⁵

En estrecha relación con ello se encuentra, en tercer lugar, la crítica formulada por primera vez por *Renzikowski*, según la cual una interpretación tal de la fungibilidad implica tener en cuenta comportamientos hipotéticos de terceros, lo que atenta contra principios básicos del derecho penal.⁹⁶ Al defenderse *Roxin* aceptó que dicha crítica sería acertada si en los eventos de aparatos organizados de poder se tratase de una relación entre dos personas; no obstante, como en dichos casos el instrumento no sería el ejecutor en cuestión, sino la propia organización, la objeción no daría en el blanco, pues el funcionamiento del aparato que se basa en la existencia de muchos posibles ejecutores no sería una hipótesis, sino una

realidad.⁹⁷ Lo anterior, sin embargo, no logra convencer, pues incluso si un aparato de poder ha funcionado “a la perfección” en el pasado, eso no implica que seguirá funcionando de esa manera en el futuro. En la medida que no dispongamos de elementos para predecir con total certeza el funcionamiento del aparato en una u otra dirección, lo que evidentemente está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento, el “adecuado” funcionamiento del aparato en el futuro no pasa de ser una – así sea muy probable – mera hipótesis. Pero también el recurso de *Roxin* a una relación no interpersonal en el caso de los aparatos organizados de poder es equivocado, pues el aparato como tal no posee una capacidad de acción autónoma; “él” no puede, por lo tanto, ejecutar “por sí mismo” las conductas delictivas, sino que “él” y la cúpula de la organización dependen de los ejecutores,⁹⁸ lo cual, por cierto, es reconocido por *Roxin* en uno de sus textos al respecto.⁹⁹ Puesto que los ejecutores como sujetos autorresponsables no solo pueden obedecer las órdenes de sus superiores, sino que también pueden decidir no seguir el plan criminal,¹⁰⁰

⁹⁷ Así *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 394; *el mismo* (nota 6 – Täterschaft, 8. ed.), p. 713; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (13 s.). Véase también *el mismo* (nota 12), p. 205 s., nm. 386 s.

⁹⁸ En un sentido similar *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 203; *Haas* (nota 34), p. 107 nota 250; *Murmann*, GA 1996, 269 (274); *Schild* (nota 34), § 25 nm. 123; *Eidam* (nota 37), p. 167.

⁹⁹ Véase *Roxin*, GA 2012, 395 (414): “Se debe tener siempre presente que la dirección de la organización depende para la realización típica no solo de los ejecutores del hecho, sino también de los mandos medios que transmiten, concretan y ponen en práctica las órdenes”. Aquí queda en evidencia otro problema de la construcción de *Roxin*, pues una organización de esta naturaleza podría generar un automatismo que implique la seguridad de producción del resultado (así *Roxin* [nota 2 – FS Schroeder], p. 395) solamente si los miembros de las diferentes posiciones fuesen fácilmente reemplazables. No obstante, la posibilidad de reemplazar figuras claves en el nivel intermedio de la estructura jerárquica y personas de confianza es mucho más lejana que la de por sí ya bastante problemática intercambiabilidad de los ejecutores. En este sentido ya *Schroeder*, ZIS 2009, 569 (570), existe traducción al español en: *Ambos/Meini* (nota 12), p. 115 ss.; véase también *Jakobs* (nota 83), sección 21 nm. 103 nota. 190: “En los delitos violentos del nacionalsocialismo todos los ejecutores no eran intercambiables *al mismo tiempo* y la intercambiabilidad de los intervinientes *uno por uno* (o la intercambiabilidad *sucesiva* de todos ellos) no es algo especial en el ámbito de la intervención delictiva” (cursivas en el original); en sentido similar *Stein* (nota 98), p. 203.

¹⁰⁰ Así también *Herzberg* (nota 38), p. 38 s.; *Murmann*, GA 1996, 269 (274); véase adicionalmente *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996, p. 48. Al respecto, por último, *Eidam* (nota 37), p. 167, de acuerdo con el cual “ámbitos de actuación, caracterizados por la autonomía del sujeto y que se presentan con frecuencia, [constituyen] un argumento rele-

nm. 27; ya en esta dirección *el mismo* (nota 14 – La Parte General), p. 224.

⁹³ Al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 s.); *Herzberg* (nota 38), p. 37 s.; *Eidam* (nota 37), p. 168.

⁹⁴ *Urban* (nota 14), p. 186 s.

⁹⁵ Básico *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528 ss., 536); véase adicionalmente *el mismo*, JR 2004, 248 (249 s.); *el mismo*, NSStZ 2005, 13 (15); de acuerdo con dicho autor *Haas* (nota 34), p. 108; *Heinrich* (nota 34), p. 31; *Krämer*, Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht, 2015, p. 165. En el mismo sentido también *Herzberg* (nota 38), p. 38.

⁹⁶ Véase *Renzikowski* (nota 34), p. 89; *el mismo* (nota 84), p. 154; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, p. 319 s.; *Haas* (nota 34), p. 107; *Meini* (nota 63), p. 38 ss.; *Eidam* (nota 37), p. 167 ss.

con la aceptación de esta clase de fungibilidad por parte de *Roxin* y sus partidarios se termina *suponiendo* que uno de los potenciales ejecutores llevará a cabo la conducta delictiva a pesar de tener la posibilidad de comportarse conforme a derecho; de otra manera no podrían afirmar que “la negativa o la baja de un individuo no puede impedir la realización típica”, ya que “otro entra de forma inmediata a ocupar su lugar”.¹⁰¹

Como es bien sabido, de la creciente y fuerte crítica contra la fungibilidad *Roxin* no ha derivado la conclusión de que ese no puede ser un criterio decisivo para la fundamentación de una forma de autoría mediata. No obstante, en el 2006 y en el 2007 reconoció expresamente que “la fungibilidad puede tener diferentes grados en las organizaciones delictivas, por lo que no es aconsejable fundamentar la autoría mediata exclusivamente en este criterio y los otros requisitos ya mencionados [el poder de mando y el apartamiento del derecho, H. O.]”; por tal motivo, *Roxin* decidió incluir un nuevo criterio fundamentador del dominio por organización, a saber, la “disposición al hecho sustancialmente incrementada de parte de los ejecutores” [wesentlich erhöhte Tatbereitschaft der Ausführenden].¹⁰² No obstante, como dicho autor cambió de opinión en el año 2009 concluyendo que la disposición al hecho no podía seguir siendo considerada como un requisito autónomo de dicha figura,¹⁰³ y toda vez que los criterios del apartamiento del derecho y la fungibilidad, tal y como se mostró en las páginas anteriores, están sometidos a graves objeciones, la autoría mediata en virtud del dominio por organización está edificada, en lo que tiene que ver con sus “requisitos fácticos”, sobre arenas movedizas.

b) ¿La seguridad de producción del resultado como criterio para la fundamentación y delimitación de las formas de intervención delictiva?

Como se mostró más arriba al exponer la concepción de *Roxin*, el fundamento de la autoría mediata en virtud del dominio por organización se derivaría de la confluencia de los requisitos fácticos, pues en esos eventos el hombre de atrás dominaría el aparato de poder que le garantizaría la producción del resultado típico.¹⁰⁴ Dicho con las palabras del propio *Roxin*: “El hombre de atrás posee [...] el dominio por organización, esto es, un poder de influencia que asegura, a través del aparato de poder que tiene a disposición, la producción del resultado sin tener que ejecutar de manera directa el hecho. Esta seguridad del resultado fundamenta el dominio del hecho”.¹⁰⁵ A la crítica en contra de esta fundamentación de la

vante y central” contra la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

¹⁰¹ Citas de *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (13); *el mismo*, GA 1963, 193 (200).

¹⁰² *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (15); véase también *el mismo* (nota 2), p. 396 ss.

¹⁰³ Así *Roxin*, ZIS 2009, 565 (567); *el mismo* (nota 9 – FS Krey), p. 462 ss.; *el mismo*, GA 2012, 395 (396).

¹⁰⁴ Así *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 398 s.; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (10 s., 23); *el mismo* (nota 9 – FS Krey), p. 457 s. De acuerdo con ello *Morozinis* (nota 14), p. 313.

¹⁰⁵ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).

autoría mediata en virtud del dominio por organización *Roxin* ha respondido argumentando que no se trataría de una seguridad total del resultado, sino más bien de una mayor seguridad de la producción del resultado que en los casos de instigación e incluso que en los otros eventos de autoría mediata.¹⁰⁶

De esta manera *Roxin* logra salvar el argumento de la seguridad de la producción del resultado y del dominio del resultado cuando el aparato de poder fracasa de vez en cuando, esto es, cuando no garantiza en un caso concreto la producción del resultado típico, pues lo realmente importante sería que funcione, por lo general, “de manera adecuada”.¹⁰⁷ Así pues, el aspecto decisivo para aceptar o rechazar ese criterio como fundamento de esa forma de autoría mediata es si realmente se puede partir de que, comparada con los casos de instigación y las otras formas de autoría mediata reconocidas tradicionalmente en la literatura y la jurisprudencia, la probabilidad de la producción del resultado es (considerablemente) mayor en los eventos del dominio por organización. Esta hipótesis, analizada de cerca, es mucho más dudosa de lo que se podría pensar a primera vista.

Para justificar la “seguridad incrementada del resultado” – desde un punto de vista no solo lingüístico sería más adecuado hablar de una mayor probabilidad de producción del resultado – *Roxin* y sus partidarios concentran su atención en la estructura interna de la organización.¹⁰⁸ No obstante, de esta manera ellos pierden de vista que ese es solo un aspecto entre los muchos otros factores que son relevantes para establecer la probabilidad de la producción del resultado. En todos los delitos y, por lo tanto, también en los cometidos en el marco de un aparato organizado de poder, la probabilidad de producción del resultado se ve condicionada adicionalmente por la situación general de seguridad, la gravedad del delito perseguido, la naturaleza del objeto de la conducta, las medidas de protección previstas por parte de sus titulares, las circunstancias espaciotemporales de la ejecución, etc., es decir, por un cúmulo de factores que están más allá de la estructura de la organización o que son independientes de esta. Si se contemplan todos esos factores, la suposición, según la cual al dominio por organización, comparado con las constelaciones típicas de instigación y autoría mediata, le correspondería en general una probabilidad incrementada de la producción del resultado, no está en lo más mínimo fuera de discusión, pues la probabilidad de producción del resultado en el caso de un instigador que toma las medidas necesarias para una fácil realización típica por parte del ejecutor puede ser tan alta como en el caso de un organizador que emite una orden delictiva. Bajo determinadas circunstancias es posible incluso que un instigador tenga una mayor probabilidad de producción

¹⁰⁶ Véase *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 392 ss., 396; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (6 s., 11, 15); ya así *el mismo* (nota 9 – Individuelle Verantwortung), p. 56; de acuerdo *Greco*, ZIS 2011, 9 (11 s.). En este sentido también *Morozinis* (nota 14), p. 293 ss.; *Urban* (nota 14), p. 185 s.

¹⁰⁷ Así *Roxin* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 114; véase también *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 395 s.

¹⁰⁸ Véase solamente *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (12 ss.); *Urban* (nota 14), p. 160 ss.; *Morozinis* (nota 14), p. 297 ss.

del resultado que el comandante de un grupo armado ilegal con miles de miembros, como cuando este ordena asesinar un miembro del Gobierno que cuenta con un robusto esquema de seguridad (piénsese por ejemplo en congresistas, ministros y presidentes),¹⁰⁹ mientras que aquél se vale de un asesino a sueldo, esto es, de un delincuente profesional, para “eliminar” a un ciudadano del común que no cuenta con ningún tipo de garantías especiales de protección.¹¹⁰

A lo anterior *Roxin* no puede objetarle – como lo hace frente al ejemplo de *Rotsch* de un político corrupto con cientos de seguidores que en una manifestación promete una gran suma de dinero a quien asesine a uno de sus contrincantes¹¹¹ – que se trata de un raro ejemplo de instigación que se acercaría demasiado al dominio por organización y que, por lo tanto, no constituiría un caso típico de instigación.¹¹² No obstante, los partidarios del dominio por organización probablemente replicarían que, debido a lo reducido que es el círculo de posibles delincuentes profesionales, la probabilidad de la producción del resultado es mucho más alta en el caso de los aparatos organizados de poder, pues gracias a su gran número de miembros los organizadores podrían ordenar que los ejecutores *repetiesen* los atentados tantas veces como fuese necesario para generar la producción del resultado típico pretendido.¹¹³ Este posible argumento no tiene, sin embargo, vocación de éxito, pues una seguridad de la producción del resultado basada en la posibilidad de reemplazar a los ejecutores está aquejada precisamente de los mismos déficits de dicho criterio (fungibilidad) analizados con anterioridad.¹¹⁴ De una parte, no es posible hablar de una seguridad incrementada del resultado cuando, a pesar de la existencia de un amplio número de ejecutores potenciales, no se puede intentar nuevamente la realización del delito, pues en estos casos la probabilidad general de producción del resultado no puede ser elevada mediante nuevos intentos en el futuro, ya que estos son simple y llanamente *imposibles*. De otra parte, la probabilidad de producción del resultado de un intento que ya ha fracasado no puede – como claramente lo demuestra *Rotsch* de la mano del principio de simultaneidad – incrementarse mediante la repetición de *nuevos* atentados, pues estos representan *hechos materialmente diferentes*, cuya

probabilidad de producción del resultado debe ser evaluada de manera independiente.¹¹⁵

Con lo dicho previamente no se pretende “bagatelizar” el alto grado de responsabilidad que les cabe a los organizadores en el ámbito de la (teoría de la) intervención delictiva¹¹⁶ y tampoco negar que ellos detentan el poder de mando sobre una organización que funciona, en términos generales, de manera “adecuada”. Lo que aquí se rechaza es más bien la idea de *Roxin* y otros partidarios del dominio por organización, de acuerdo con la cual el dominio sobre la organización desembocaría prácticamente de forma necesaria en un dominio sobre el resultado en el sentido de un incremento de la probabilidad de la producción del resultado.¹¹⁷ Si bien los miembros de la organización normalmente acatarán las ordenes delictivas emanadas de la cúspide de la organización,¹¹⁸ esto no permite suponer – como deben haber dejado claro las anteriores reflexiones – que la probabilidad de la producción del resultado de un delito *concreto* sea en general más alta en los casos de los aparatos organizados de poder, por lo que el criterio de la seguridad de producción del resultado no es apto para fundamentar la denominada autoría mediata en virtud del dominio por organización.

Pero incluso si se le concediese a *Roxin* y a sus partidarios que en el caso del dominio por organización, comparado con los supuestos de instigación y los otros eventos de autoría mediata, se presentaría una mayor seguridad del resultado que serviría como fundamento de dicha construcción, esto debe ser rechazado en virtud de los *problemas* que acarrea

¹¹⁵ Al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (529 s.), quien ejemplifica ello de la siguiente manera: “El hombre de adelante número uno se niega el lunes a ejecutar el hecho porque le han surgido escrúpulos. El hombre de adelante número dos intenta ejecutar el hecho el martes, pero fracasa por ejemplo porque su disparo no dio en el blanco. Finalmente, el miércoles el hombre de adelante número tres logra matar a la víctima. [...]. Si bien la probabilidad de matar a la víctima, desde un punto de vista estadístico, crece con cada nuevo intento, la realización del hecho concreto en sentido material, respecto del cual se debe presentar el dominio del hecho, por el contrario, es tan probable o improbable el miércoles como el lunes o el martes”. Asimismo, siguiendo a *Rotsch*, *Heinrich* (nota 34), p. 31 nota 163 s. También de acuerdo *Haas* (nota 34), p. 108; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (506 nota 138). En este mismo sentido *Herzberg* (nota 38), p. 37 ss.; *el mismo*, ZIS 2009, 576 (578 s.). Véase también *Zieschang*, (nota 84), p. 514 s.

¹¹⁶ Sobre una sistematización de los grados de intervención delictiva que permita aprehender conceptualmente la mayor responsabilidad de quienes comandan un aparato organizado de poder en detalle *Orozco López* (nota *), p. 293 ss., 348 ss.

¹¹⁷ Similar *Heinrich* (nota 34), p. 31. Véase también *Eidam* (nota 37), p. 168 s.

¹¹⁸ *Renzikowski* (nota 34), p. 506, apoyándose en *Haas* (nota 34), p. 86 ss., 108, considera que el “poder de dirección” del hombre de atrás se basaría en la orden como tal, lo que se vería oscurecido por la construcción del dominio por organización.

¹⁰⁹ Sobre la orden emitida por los comandantes de la antigua guerrilla de las FARC de asesinar al entonces presidente de Colombia, lo cual, sin embargo, jamás pudieron llevar a cabo los miembros de dicho grupo, véase *Cadavid* (nota 90), p. 418.

¹¹⁰ Como aquí *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14); *Herzberg* (nota 38), p. 33 ss.; véase también *el mismo*, ZIS 2009, 576 (578 s.). Véase adicionalmente *Renzikowski* (nota 34), p. 89; *Stein* (nota 98), p. 203.

¹¹¹ Véase *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14).

¹¹² *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (7 s.).

¹¹³ Véase *Roxin*, GA 1963, 193 (205 s.).

¹¹⁴ Fundamental al respecto *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (526 ss.). De acuerdo *Haas* (nota 34), p. 108; *Heinrich* (nota 34), p. 31 nota 163 s.

para una adecuada *delimitación* de las formas de intervención delictiva.

Para poder repeler de forma definitiva la creciente crítica sobre la imposibilidad de integrar el dominio por organización en el campo de la autoría mediata, *Roxin* señala de forma enérgica que lo decisivo para la delimitación entre la autoría mediata y la instigación serían las relaciones de poder reales.¹¹⁹ Por lo tanto, “la autoría y el dominio del hecho no [se] pueden derivar primariamente de algún tipo de déficit del «instrumento», como se presentan, no obstante, en el caso del dominio por coacción y por error, sino que tienen que ser fundamentados positivamente de acuerdo con la posición del autor en el suceso total”.¹²⁰ Y puesto que la dirección de la organización le garantizaría al hombre de atrás la producción del resultado, este tendría el dominio del hecho, “pues el dominio del hecho es siempre el dominio sobre el resultado típico. El dominio del actor directo puede ser un medio para adquirir el dominio del resultado, como sucede en el caso de la coacción y, también en cierto grado, al inducir a alguien a error”; según *Roxin*, “eso, sin embargo, no tiene que ser siempre así, como lo demuestra precisamente la utilización de aparatos de poder”.¹²¹ De esta manera *Roxin* allana el camino para afirmar que el organizador debe ser visto y castigado como autor mediato, pues “genera el resultado con muchísima más seguridad que quien se esfuerza por instigar a otro, incluso que quien ostenta un dominio en virtud de coacción o de error”.¹²² No obstante, una delimitación entre autoría mediata e instigación basada en el criterio de la seguridad de producción del resultado, el cual se alinea por completo en el grupo de las teorías de la peligrosidad [Gefährlichkeitstheorien],¹²³ entra en *contradicción* con la determinación de esa misma frontera de acuerdo con los criterios tradicionales de la teoría de la intervención delictiva de *Roxin*, con lo que se afecta gravemente la coherencia interna del sistema y se descuidan las pretensiones de la dogmática penal de sistematizar consistentemente y coadyuvar a la seguridad jurídica.¹²⁴

¹¹⁹ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (6 s.); véase también *el mismo* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 712; *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 399.

¹²⁰ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11). En este mismo sentido también *Schünemann* (nota 14), § 25 nm. 65 ss.

¹²¹ *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (10); así también *el mismo* (nota 2 – FS Schroeder), p. 398 s.

¹²² *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 393; véase adicionalmente *el mismo* (nota 11 – FS Grünwald), p. 550; *el mismo* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 114; *el mismo* (nota 6 – Täterschaft, 8. ed.), p. 713 s.; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 8 (11).

¹²³ Ya crítico *Stein* (nota 98), p. 203; en este mismo sentido también *Haas* (nota 34), p. 25.

¹²⁴ También críticos en relación con la confusión de las fronteras de las formas de intervención delictiva que trae consigo el empleo del criterio de la seguridad de la producción del resultado *Stein* (nota 98), p. 181 ss., 203; *Herzberg* (nota 38), p. 39 ss.; *el mismo*, ZIS 2009, 576 (578); *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (528); *el mismo*, JR 2004, 248 (249); *Noltenius* (nota 96), p. 321 s.; *Haas* (nota 34), p. 25 s., 63, 108; *Haas*,

En primer lugar, de acuerdo con la lógica del dominio del resultado en el sentido de una mayor probabilidad de producción del resultado se tendrían que transformar no pocos casos reconocidos de manera casi unánime como supuestos tradicionales de instigación en autorías mediatas. Como es bien sabido, de acuerdo con el derecho vigente (en Alemania) se debe castigar como instigador a quien determine a otro a la comisión de un hecho punible. Para *Roxin*, quien defiende una posición intermedia, existe una instigación cuando la determinación al hecho tiene el carácter de una exhortación [Aufforderung],¹²⁵ siempre que no concurren los requisitos de algún tipo de autoría mediata.¹²⁶ Puesto que los medios de la instigación, siempre que tengan ese carácter exhortativo, serían ilimitados, se tendría que castigar como instigador a quien determine a otro a la ejecución del delito a través, por ejemplo, de exigencias, persuasión, ofrecimiento de algún tipo de recompensa o amenazas debajo del umbral del § 35 StGB.¹²⁷ En contra de los partidarios de las teorías de la peligrosidad como *Perten*, *Stein* ha mostrado de forma convincente que no es posible constatar una peligrosidad de la insti-

en: *Matt/Renzikowski* (Eds.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 25 nm. 28; *Renzikowski* (nota 17), p. 505; *Eidam* (nota 37), p. 170, 173. Véase también *Murmann*, GA 1996, 269 (274); *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 581 (606 ss.); *Radtke*, GA 2006, 350 (355); *Krämer* (nota 95), p. 164. – En su recensión a mi tesis doctoral, v. *Weezel*, InDret 2/2020, p. 525, apunta en relación con mis argumentos en contra de la tesis de *Roxin* que la “crítica es aguda, aunque por momentos uno tiene la sensación de que el autor podría estar descontextualizando el criterio de *Roxin*. La seguridad incrementada de producción del resultado es una idea que solo puede funcionar bien allí donde además concurren los presupuestos fácticos de la autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder. Si se le aplica fuera de este contexto, conduce efectivamente a resultados inconsistentes.” En contra de esta última afirmación, si se sostiene – como lo hace *Roxin* en los escritos acabados de citar en el texto principal: *Roxin* (nota 2 – FS Schroeder), p. 393, 398 s.; *el mismo* (nota 6 – Täterschaft, 8. ed.), p. 713 s.; *el mismo*, ZStrR 125 (2007), 1 (6 s., 10 s.); *el mismo* (nota 4 – Täterschaft, 9. ed.), p. 712 – que lo decisivo para la fundamentación de la autoría mediata en general serían las relaciones de poder y el dominio sobre el resultado por parte del hombre de atrás, esto debería valer – so pena de quedar sometido a la objeción de arbitrariedad – frente a todos los posibles eventos de autoría mediata, por lo que no existe ninguna razón plausible para restringir el criterio de la seguridad incrementada del resultado a los casos de aparatos organizados de poder, pues es perfectamente posible formular cierto tipo de “presupuestos fácticos” que incrementen la seguridad de producción del resultado en otras constelaciones como la de la utilización de los servicios de delincentes profesionales, tal y como lo defiende consecuentemente *Schroeder* (al respecto véase infra nota 130).

¹²⁵ *Roxin* (nota 11 – AT II), § 26 nm. 74 ss.

¹²⁶ Véase *Roxin* (nota 11 – AT II), § 26 nm. 10.

¹²⁷ *Roxin* (nota 11 – AT II), § 26 nm. 80.

gación típicamente menor que la de la autoría mediata;¹²⁸ por el contrario, en muchos eventos puede partirse del hecho de que la probabilidad de la producción del resultado es más elevada en el caso de la instigación que en el de la autoría mediata, como cuando alguien se vale de los servicios de un delincuente profesional, lo cual es resaltado también por otros autores como *Herzberg*, *Renzikowski* y *Haas*.¹²⁹

Ahora bien, al intentar clasificar el comportamiento del hombre de atrás del ejemplo acabado de mencionar saltan a la vista las graves incongruencias que se presentan al interior de la concepción *global* de *Roxin*. Desde el punto de vista del concepto de instigación defendido por *Roxin*, dicho sujeto debería ser castigado como instigador, pues exhortó al hombre de adelante a ejecutar la conducta antijurídica y, adicionalmente, no se presentan los requisitos de ninguna de las manifestaciones de la autoría mediata. Pero si se toman como punto de referencia las reflexiones de *Roxin* sobre la delimitación entre instigación y autoría mediata acabadas de mencionar, de acuerdo con las cuales lo decisivo sería finalmente el dominio del hecho en el sentido de una mayor seguridad de la producción del resultado, el hombre de atrás tendría entonces que ser sancionado como autor mediato y no como “mero” instigador, pues él ha asegurado la producción del resultado al tomar todas las medidas de precaución necesarias para ello.¹³⁰ La posición *contradictoria* del hombre de atrás en la teoría de *Roxin*, de una parte como *instigador* de acuerdo con su concepto de instigación y de otra parte como *autor mediato* de acuerdo con el principio fundamentador y delimitador

del dominio del resultado, no puede ser resuelta con el argumento de una primacía de la autoría mediata frente a la instigación en caso de la concurrencia de esas dos figuras, pues en el ejemplo en cuestión no entran en consideración los requisitos específicos de ninguna forma de autoría mediata, esto es, tampoco de la autoría mediata en virtud del dominio por organización.¹³¹

Si se toma el *dominio del resultado* como punto de referencia para delimitar las formas de intervención delictiva, se presenta una nueva *confusión* de las fronteras entre la autoría mediata y la instigación trazadas de acuerdo con los postulados tradicionales de la teoría del *dominio del hecho*, solo que esta vez en sentido diametralmente opuesto. Puesto que *Roxin*, debido a su rechazo del principio de responsabilidad como fundamento material general del “dominio de la voluntad”, no quiere deducir la autoría mediata “primariamente de algún tipo de déficit del «instrumento»”, sino más bien fundamentarla “positivamente de acuerdo con la posición del autor en el suceso total”,¹³² se pone en tela de juicio la presencia de esa forma de intervención delictiva en aquellos casos en los que no es posible hablar de una mayor probabilidad de producción del resultado. Así pues, de acuerdo con las premisas del dominio del resultado se tendría que descartar una autoría mediata cuando la producción del resultado sea más bien improbable, incluso si el hombre de adelante actúa bajo un estado de necesidad por coacción. En casos de esta naturaleza, a pesar de la existencia de los requisitos de una forma de autoría mediata, reconocidos mayoritariamente y por el mismo *Roxin* (dominio de la voluntad en virtud de coacción),¹³³ la única solución consistente con el criterio del dominio del resultado sería aceptar una instigación en virtud de la menor probabilidad de producción del resultado.

¹²⁸ *Stein* (nota 98), p. 181 ss., especialmente p. 185.

¹²⁹ Véase *Stein* (nota 98), p. 185; *Herzberg* (nota 38), p. 37 ss.; *Renzikowski* (nota 34), p. 89 s.; *el mismo* (nota 17), p. 505; *Haas* (nota 34), p. 26; *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (14).

¹³⁰ Consecuente con la idea básica de las teorías de la peligrosidad, esto es, con el rechazo de una instigación en el caso de una gran probabilidad de la producción del resultado, *Schroeder*, JR 1995, 177 (179), aboga por la ampliación del ámbito de aplicación de la autoría mediata, más allá de la constelación del aprovechamiento de estructuras organizadas jerárquicamente, a los casos de la utilización de un sicario. Si se toman en serio las palabras de *Roxin* en el libro homenaje para *Schroeder*: “El dominio del hecho es un criterio que, como casi todos los conceptos jurídicos, si bien debe ser definido normativamente en sus fronteras, en su ámbito nuclear debe tener un fundamento fáctico. Este consiste, como *Schroeder* y yo independientemente de múltiples diferencias lo hemos sostenido coincidentemente desde el principio, en un dominio sobre la producción del resultado” (*Roxin* [nota 2 – FS *Schroeder*], p. 398 s.), su posición, desarrollada consistentemente, *también* debería conducir a la asunción de una autoría mediata en los casos de la utilización de delincuentes profesionales como los sicarios. A esta misma conclusión llega *Herzberg* (nota 38), p. 59; de acuerdo con este autor también *Hoyer*, en: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, p. 379 (386).

¹³¹ Este problema de cualquier teoría que se base en la probabilidad de la producción del resultado – a saber, que en los casos de una gran probabilidad de producción del resultado se debería aplicar la autoría mediata, aun cuando no se presenten los requisitos tradicionales de ninguna de las diferentes manifestaciones de dicha figura general – tiene su origen en el hecho de que “las fronteras entre las formas de intervención delictiva no son idénticas con aquellas entre los diversos grados de probabilidad del resultado” (*Stein*, [nota 98], p. 182).

¹³² Véase *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (11).

¹³³ Véase *Roxin* (nota 11 – AT II), § 25 nm. 47 ss.