

LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL. LA AUTORÍA MEDIATA DEL PROF. DR. DR. H.C. MULT. CLAUS ROXIN. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL¹

Antecedentes

En Italia la criminalidad organizada ha sido identificada con la mafia y otras organizaciones criminales similares, en Portugal se asocia a los ilícitos del mercado financiero, en Alemania fundamentalmente al lavado de dinero y a la corrupción, mientras que en España la identificación de criminalidad organizada es sin lugar a dudas con el terrorismo.²

Aunque sus antecedentes puedan verse en el bandolerismo o las asociaciones ilícitas del siglo XIX, en realidad la criminalidad organizada como fenómeno asociado a los tráfico ilícitos marca su inicio en los años veinte de Estados Unidos, en los que se prohibió la venta de alcohol y tabaco. Desde ahí viene la versión mitómana de este tipo de criminalidad o la versión conspirativa, dependiendo de donde se sitúe el intérprete.

La señal de inicio de la noción internacional de criminalidad organizada está en la ley estadounidense Organized Crime Control Act de 1970, comprendida en la más notoria Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, mundialmente conocida como ley R.I.C.O.), que propone una visión relativamente más genérica del fenómeno en examen, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo, y renunciando a construir una definición más articulada y descriptiva de la complejidad del fenómeno que lo comprende. La ley RICO tipifica el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos

¹ Abogado y doctor en Jurisprudencia, Guayaquil, Ecuador.

² Es importante revisar los trabajos de Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, citando por de pronto, *Criminalidad organizada, Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis*. Se lo puede revisar en www.alfonsozambrano.com.

extorsivos³, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

“Por otro lado, la noción de ‘criminalidad organizada’ empezó a ser utilizada en el lenguaje de la legislación y de la jurisprudencia italiana, a mediados de los años setenta, frente a la extensión de secuestros de personas y el crecimiento de los grupos terroristas, en que se empiezan a dar regulaciones especiales, de tipo emergencial. Pero es especialmente en los años ochenta cuando la criminalidad organizada emerge como un sujeto político en el escenario italiano, al haber logrado la acumulación del “capital criminal” bajo un proceso de apropiación de recursos públicos y valorización en el mercado político y económico de beneficios y métodos de actuar provenientes del sector ilegal.

Se hace común en Italia hablar de mafia o mafias para denotar a las particulares formas de criminalidad organizada existentes en su territorio, como la Camorra napolitana, o la N’dranguetta calabresa, aunque el término mafia provenga de la más representativa, que es la mafia siciliana, también llamada Cosa Nostra”.⁴

En los años de la guerra fría el protagonismo mundial lo lleva el terrorismo, principalmente de izquierda. Luego de la caída del muro de Berlín se inicia un período histórico caracterizado por el triunfo ideológico del capitalismo y la consiguiente liberalización de los mercados. Esto le supone un renacer a la criminalidad organizada, pues el tinte mercantil de maximización de los beneficios, aprovechamiento de los adelantos tecnológicos, prevalencia del mercado le permitirá dar un salto cualitativo.

Sobre los conceptos y definiciones

Un primer problema que encontramos es la definición de criminalidad organizada. Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas característi-

³ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 110. La palabra racketeering puede traducirse por chantaje o extorsión sistemática, y también es utilizada para designar el crimen organizado en general, con lo cual se da cuenta del carácter corruptor, torcedor de la voluntad, violento del mismo. Por otro lado, la voz “racketeering” ha sido entendida como sinónimo de actividades criminales sistemáticas (systematic criminal activity).

⁴ Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, en ob. cit. p. 2.

cas consensuadas en todos los ámbitos y países. Incluso se discute si es posible aprehender en un concepto general un fenómeno tan complejo y a ratos difuso. Puede resultar necesario encontrar aproximaciones conceptuales, porque:

1.— Los convenios internacionales recomiendan la armonización de las legislaciones penales, a los efectos de facilitar la doble incriminación, necesaria para la extradición.

2.— Es preciso distinguir la criminalidad organizada de otros fenómenos criminales conexos como la criminalidad de empresa, la corrupción política y el terrorismo, a los efectos de una mejor política criminal de cada tipo de criminalidad.

3.— El hecho de que en la realidad se presenten formas de criminalidad organizada con especificidades concretas próximas a la corrupción la criminalidad de empresa o el terrorismo, no empecé la conceptualización, sino por el contrario, la hace más necesaria.

4.— Es importante conocer qué es la criminalidad organizada para poder establecer mecanismos de prevención; y conocer es, necesariamente, ordenar, sistematizar, clasificar, establecer propiedades comunes.

Seguramente el criterio más idóneo para un acercamiento racional al tema sea acudir a las definiciones internacionales, dado que, lo principal es llegar a acuerdos en el ámbito internacional a los efectos de una cooperación policial y judicial más efectiva. A esta conclusión se ha llegado, fundamentalmente desde que la criminalidad organizada adquiere carácter transnacional. Especialmente, la lucha internacional contra los tráfico ilícitos es tarea de la ONU a partir de la Convención Internacional contra el Crimen Organizado Transnacional, celebrado en Nápoles, entre 21 y 23 de noviembre de 1994".⁵ Desde los inicios de los años noventa empieza usarse el término *transnational organised crime*, para denotar el mercado ilícito internacional y empieza a tener uso común en el vocabulario de la justicia criminal.

Hoy, los estudios especializados, los congresos internacionales y los operadores de la justicia internacional, se refieren con el término criminalidad organizada a las grandes organizaciones criminales (y sus satélites) que utilizan los métodos de la mafia: extorsión, secretismo, violencia, búsqueda de impunidad, corrupción pública y privada, para conseguir beneficios ilícitos. El dominio del sistema capitalista de producción en el mundo globalizado impone una nueva dinámica a la criminalidad organizada, en la medida en

⁵ Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, en Ob. cit. p. 3-4.

que queda como principal protagonista de sus actividades la búsqueda del lucro ilícito, de la explotación del mercado de bienes y servicios prohibidos, que llega a la contaminación por su carácter invasivo del mundo empresarial y político. Naciones Unidas se ocupa por primera vez del crimen organizado en el V Congreso de Prevención contra la Criminalidad celebrado en 1975. Con el tema “Transformaciones en las características y dimensiones de la criminalidad nacional y transnacional”, el Congreso puso énfasis en el crimen como negocio, tanto a nivel nacional como transnacional, señalando: la criminalidad organizada, la criminalidad de empresa y la corrupción.⁶

Debemos reconocer que el tratamiento internacional propiamente del crimen organizado, se acentúa en Naciones Unidas, con la Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 1994, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de diciembre de 1994.⁷

En la llamada Cumbre del Milenio, la Asamblea General adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, en diciembre de 2000, en la ciudad de Palermo. El propósito principal de la Convención es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, de ahí que los Estados que lo ratifiquen se obligan a:

- a) Penalizar en sus ordenamientos jurídicos internos determinadas conductas delictivas: participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), blanqueo o lavado del producto del delito (arts. 6 y 7), corrupción de funcionarios públicos (art. 8) y la obstrucción de la justicia (art. 23).
- b) Adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, para combatir el blanqueo de dinero (art. 7), para promover la integridad, prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos (art. 8).

⁶ Antes la Ley RICO de Estados Unidos, pero es recién en este Congreso de Naciones Unidas cuando se percibe la tenue línea que separa la criminalidad organizada de la delincuencia de cuello blanco. La famosa tesis de SUTHERLAND de los delitos cometidos por personas de respetabilidad y alto nivel social en el curso de una actividad profesional legítima, fue superada en la praxis cuando la criminalidad organizada interviene en el mundo económico empresarial. Cfr. “Los retos de la criminología de cara a la delincuencia organizada”, en MACEDO DE LA CONCHA, *Delincuencia organizada*, México D.F., Inacipe, 2003, págs. 73-75.

⁷ Cfr. CARRILLO SALCEDO, “Soberanía de los estados y cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada”, en Gutiérrez-Alviz /Valcárces López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, 2001, págs. 16 y 17.

c) Extraditar o enjuiciar los delitos contemplados en la Convención.

d) Cooperar a los fines de decomiso (art. 13), asistencia judicial (art. 18) y llevar a cabo investigaciones conjuntas (art. 19), así como en la adopción de medidas destinadas a intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (arts. 26 y 27).⁸

Respecto a los avances en la definición de criminalidad organizada en la Convención de Naciones Unidas⁹, resulta interesante el consenso alcanzado acerca de la definición de grupo delictivo organizado. Designa a un grupo estructurado de tres o más personas, con cierta permanencia en el tiempo, y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 2. a).

Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad máxima de al menos 4 años o con una pena más grave (art. 2. b). Es de tener en cuenta que el Proyecto de Convención de 1999 establecía los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión "infracción grave": el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de seres humanos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, delitos relativos a materiales nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción. Aunque estos delitos no fueron contemplados en la Convención definitiva, sí son una buena muestra de los delitos graves que comúnmente están asociados a la criminalidad organizada.

En cuanto a la tipificación, se llega al consenso de tipificar un tipo penal de participación en organización criminal, independientemente de los delitos específicos cometidos o tentados.

En el ámbito regional europeo, los avances en materia de cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada vienen de la mano principalmente del Tratado de Amsterdam de 1997, en el que se potencia la creación de un espacio

⁸ Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, en ob. Cit. p. 6-7.

⁹ Sobre este instrumento y los de la UE Cfr. BLANCO CORDERO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio", en AA. VV., *Criminalidad Organizada. Actas preparatorias de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, págs. 5 y ss.

común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar. Sobre la base del art. 29 del Tratado de Ámsterdam que dice: “Sin perjuicio de las competencias del Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”.

Por su parte el art. 31 e) del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas”.

A partir de estas disposiciones del TUE se impulsa el denominado Tercer Pilar, esto es, un proceso de armonización de legislaciones penales y el desarrollo de la cooperación policial con la Europol y judicial con la creación del Ministerio Fiscal Europeo y la euro orden, en el que la lucha contra la criminalidad organizada constituye uno de los ejes fundamentales. Se procede así a la creación del “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”.¹⁰ De esta manera se alude al “espacio de seguridad” y se contempla específicamente a la “delincuencia organizada”, “drogas” y “Europol”; y en el “espacio de justicia” se apunta a la “cooperación judicial en materia penal”.¹¹

Dentro de este ámbito, el Consejo Europeo ha adoptado la “Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”, de 21 de diciembre de 1998, sobre la base de los arts. 29 y 31 TUE. La organización delictiva se define en el art. 1 como “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con

¹⁰ Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° C de 23 de enero de 1999.

¹¹ Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Ob. Cit. p. 8-9.

una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismo o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública".¹² El segundo párrafo, establece que los delitos a que se refiere el párrafo 1º incluyen los mencionados en el art. 2 del Convenio Europol y su anexo, siempre que puedan ser sancionados con una pena equivalente al menos de 4 años.

Los delitos contemplados en el art. 2 son: terrorismo (que entrañe atentados contra la vida, la integridad física y libertad de las personas o contra sus bienes), el tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radioactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados, el blanqueo de dinero vinculado a los anteriores delitos. Además, el Anexo añade: delitos contra la vida, la integridad física (homicidio voluntario, agresión con lesiones graves), la libertad (secuestro, detención ilegal, toma de rehenes), la propiedad (robos organizados, fraude, estafa, extorsión, etc.), falsificación de moneda y medios de pago, falsificación de documentos y tráfico de documentos falsos, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tráfico ilícito de bienes culturales, tráfico ilícito de especies animales y vegetales protegidas, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, etc. Con esta Acción Común se pretende llegar a un consenso en los diversos Estados miembros sobre la tipificación del delito de participación en una organización delictiva, así como sobre su persecución penal (cooperación policial y judicial), independientemente del lugar de la Unión donde actúe la organización, teniendo en cuenta que puede comprometer a varios países. Es de subrayar que las características esenciales establecidas por esta Acción Común de la UE para la organización criminal coinciden con las destacadas por la definición de Naciones Unidas.

La definición de la UE sobre grupo criminal organizado incluye no sólo aquellos grupos delictivos que posean finalidad puramente económica, sino también, otros fines ilícitos, como los móviles políticos por fuera de la ley. Sin duda, la preocupación europea por el terrorismo se hizo presente, pues en el Preámbulo de la citada Acción Común se menciona expresamente el terrorismo como forma de delincuencia organizada, y en el párrafo 2º del art. 1 se considera como uno de los delitos que se consideran propios de la criminalidad organizada.¹³

¹² Cfr. Diario Oficial de Las Comunidades Europeas, N° L 351/1 de 29 de diciembre de 1998.

¹³ Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Ob. Cit. p. 9-10.

Destaca también la preocupación europea por el terrorismo. Asimismo, puede verificarse cómo los intereses político criminales cambian como consecuencia de los crímenes cometidos y, esto, incide sobre la conceptualización de la criminalidad organizada. En el año 2000, en que todavía no se había producido el atentado del 11 de septiembre en Nueva York, Europa ya estaba preocupada por el terrorismo y en la Convención de Naciones Unidas todavía no se vislumbraba la focalización sobre este fenómeno. Un año después, al hilo del citado atentado, Europa empieza a desarrollar más rápidamente una serie de medidas en la lucha contra el terrorismo: la definición común de terrorismo, la euro orden, la creación del Ministerio Fiscal Europeo, etc. Finalmente, la lucha contra la financiación del terrorismo, va a dar lugar a una mayor presión contra las organizaciones criminales, toda vez que varias se dedican a ambas actividades.

En la línea de conseguir un mínimo común en relación a los elementos constitutivos del delito y de las sanciones, esto es de armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros, como paso previo de la cooperación internacional, un grupo de expertos se reúne entre los años 1998-2000 en la ciudad de Palermo, con el propósito de elaborar el “Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada”, dirigido por el Profesor de la Universidad de Palermo Vincenzo Militello. Siguiendo el método de comparar las diversas legislaciones de los países miembros los trabajos han concluido en una propuesta de normas penales comunes europeas en esta materia, concretamente sobre:

- a) Punibilidad de la participación en una organización criminal.
- b) El comiso de las ganancias de las organizaciones criminales.
- c) Disposiciones sobre colaboradores con la justicia y agentes infiltrados.
- d) Interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Concretamente, en lo que respecta al ámbito penal sustantivo debe resaltarse:

a) La figura penal de “participación en organización criminal” se define como un tipo general de participación en delitos de grupo, que dentro de los esquemas tradicionales de autoría y participación difícilmente resultarían aceptables

Se trataría, según los esquemas españoles, de la punibilidad de cooperadores necesarios de delitos de organizaciones cuyas figuras más próximas en la legislación española serían los delitos de colaboración terrorista del art. 576 CP y favorecimiento terrorista del art. 575 CP. Ya la AIDP, en su XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest, en 1999 y dedicado a “El derecho penal frente al reto del crimen organizado”, puso de

relieve que “las categorías tradicionales de la autoría y participación pueden no ser suficientes para encauzar la responsabilidad” de los miembros de organizaciones criminales.¹⁴

b) La Propuesta incide en que los delitos del programa criminal deben tener carácter grave, para no dejar abierta cualquier posibilidad de delitos de referencia. La gravedad de los delitos la determinará cada Estado según sus particulares circunstancias, cuestión a valorar positivamente porque cada Sociedad debe establecer la relevancia de su propia criminalidad. En todo caso la Propuesta establece un mínimo: los delitos de homicidio doloso, secuestro, tráfico de estupefacientes, blanqueo de dinero y tráfico de seres humanos, serán siempre considerados graves. Llama la atención a primera vista la no consideración del delito de terrorismo, quizás por las dificultades para llegar a acuerdos en materia de terrorismo son considerables, debido no sólo a razones de orden político, sino también de tipo jurídico.

No sólo está la discrepancia ya mencionada de considerar al terrorismo como forma de crimen organizado, sino también el tratamiento propiamente penal, como figura especial, que determina la necesidad de tipificaciones de delitos de terrorismo, en los que es difícil llegar a consensos sobre sus características, sin caer en tipos abiertos.

En todo caso, el hecho que no esté en el catálogo de mínimos no impide que el propio Estado, por sus propias particularidades, lo incluya.

c) Por último, debe distinguirse la penalidad en orden al grado de participación en la organización criminal, en las organizaciones jerárquicamente estructuradas. Quienes son fundadores o dirigentes de la organización criminal deben tener mayor pena que otros participantes como financiadores, miembros activos, promotores, etc. Se trata, pues, de establecer el principio de proporcionalidad en las penas según el grado de responsabilidad en la organización.¹⁵

De otro lado, la Unión Europea, concretamente en el ámbito de la Euro-pol, ha elaborado 11 criterios para determinar la existencia de criminalidad organizada. Son los siguientes:

1. Colaboración de dos o más personas.
2. Distribución de tareas entre ellas.
3. Permanencia.

¹⁴AIDP, Carta informativa, pág. 92.

¹⁵Cf. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, en Ob. Cit. p. 11-12.

4. Control interno.
5. Sospechosas de la comisión de un delito grave.
6. Actividad internacional.
7. Violencia.
8. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
9. Blanqueo de dinero.
10. Presión sobre el poder público.
11. Ánimo de lucro.

Se considera que como mínimo deben concurrir 6 características de las anteriormente enumeradas, de las cuales serán obligatorias al menos tres: las correspondientes a los números 1,5 y 11. Sin duda, estos indicadores que tienen la funcionalidad práctica de mostrar los elementos fundamentales y accesorios del fenómeno criminalidad organizada, resultan interesantes en orden a establecer una definición o conceptualización. Si tenemos en cuenta los tres indicadores mínimos, podemos ver su correspondencia con los elementos de las definiciones internacionales, a saber, organización, comisión de delitos graves y afán de lucro.

En realidad, hoy en día las finalidades se entrecruzan y funcionan unas con otras. Las organizaciones que tienen finalidades políticas también buscan el fin de lucro en la medida que necesita financiación para sus actividades delictivas. Las organizaciones criminales que tienen claramente fines de lucro también buscan alianzas con el poder político para lograr la impunidad. Se presenta hoy cierta simbiosis entre los fines económicos y políticos. La clave de la discusión es si el fin fundamental es sólo el lucro, o contemplamos también dentro de la definición de criminalidad organizada a aquellas organizaciones con fines ideológicos o religiosos, integrando con ello al terrorismo

Dejamos sentadas algunas ideas en el debate sobre si el terrorismo puede o no ser considerado criminalidad organizada, planteando las siguientes características:

1) En Europa, y más concretamente en España, la discusión está marcada por la permanencia del fenómeno terrorista, que es un tipo de criminalidad que requiere estructuras organizadas.

2) Aunque en la realidad haya simbiosis o alianzas entre la criminalidad organizada y el terrorismo, no debe confundir sus reales fines, siendo para la primera el fin de lucro y para la segunda la finalidad política.

3) Mientras que a la criminalidad organizada le interesa el secreto o reserva de sus actividades, el terrorismo busca la publicidad de sus actividades últimas, buscando el terror.

4) En más de una ocasión la criminalidad organizada puede buscar alianzas con el poder político, en tanto que el terrorismo busca confrontar con el poder político.

5) Lo que debe definir cada tipo de criminalidad es la finalidad última, no la finalidad mediata que es accesoria.

Por todas estas consideraciones es que se propone no asimilar conceptualmente, ni desde la política criminal al terrorismo con la criminalidad organizada. En España es mayoritaria la consideración del terrorismo como criminalidad organizada.

La mafia siciliana así como los cárteles colombianos, deben ser vistos como grandes representantes de la criminalidad organizada transnacional, que han pretendido competir con el Estado, mostrándose como una “alternativa” de protección social y bienestar para los sectores marginales, llegando en algunos momentos a desafiar con actos criminales al propio Estado. Recordemos los episodios de asesinato de la mafia a jueces especializados como Falcone y Borsalino; o el atentado en Bogotá contra un avión para presionar al Estado colombiano contra la extradición de Pablo Escobar a los Estados Unidos.

Para América Latina hay una suerte de especificidad que tiene sus propios espacios, este sería el caso actual de las FARC y otras fuerzas irregulares colombianas, para muchos etiquetadas como *terroristas*, o la situación de Sendero Luminoso en el Perú. No es extraño decir que como forma de delincuencia organizada tras un aparato organizado de poder, hay que mirar los casos resueltos por la justicia penal en contra de las llamadas Juntas Militares (Dictadura Militar Argentina), o el juzgamiento contra Abimael Guzmán ideólogo de Sendero Luminoso en Perú, o el reciente juzgamiento al ex Presidente Alberto Fujimori.¹⁶

¹⁶ En nuestra página web en www.alfonsozambrano.com se puede revisar el fallo íntegro en el link SENTENCIA FUJIMORI que tiene una sub carpeta con el nombre de AUTORIA MEDIATA y trabajos de varios autores entre ellos uno monográfico del Prof. Dr. Dr.h.c. mult. CLAUS ROXIN, KAI AMBOS, MATÍAS BAILONE, DANIEL RAFECAS y otros.

La autoría mediata del Prof. Claus Roxin¹⁷

Esta tesis fue introducida en 1963 en la dogmática penal por el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, y fue aplicada en el *caso criminal* contra Adolf Eichmann quien fue juzgado y condenado por un Tribunal en Jerusalén en 1968. El Prof. Roxin sigue defendiendo su tesis, y en esta misma línea se ubican entre otros ilustres profesores: Stratenwerth, Schmidhäuser, Wessels, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez, y Enrique Bacigalupo). Podemos sintetizar expresando que de acuerdo con esta teoría tiene lugar la *autoría mediata*, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometen delitos, como por ejemplo homicidios, desaparición forzada de personas, secuestros y torturas. Serán igualmente autores, en calidad de *autores mediatos*, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso tanta responsabilidad como los ejecutores directos o materiales.

En la propuesta del Prof. Roxin, tratándose de una organización criminal de estas características, la realización del delito en modo alguno depende de los ejecutores materiales o directos. Estos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el “autor de escritorio” (Schreibtisch täter) como le dicen en Alemania, alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados. Vale decir que mantiene *el dominio del hecho*.

Si el encargado de la ejecución del delito, se resistiere a la ejecución del mismo, esto no conlleva el fracaso de la actividad delictiva (he aquí una primera distinción con la instigación), porque de inmediato otro ocuparía su lugar y ejecutaría el delito, sin que necesariamente el hombre de atrás conozca que hubo un cambio del autor o ejecutor inmediato. El hombre de atrás, controla el resultado típico a través del *aparato organizado de poder*, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. El hombre del escritorio tiene el “dominio” propiamente dicho, y por lo tanto es autor mediato.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos constituye entonces una tercera forma de autoría mediata,

¹⁷ Por lo ilustrativo mencionamos el trabajo monográfico del Prof. Daniel RAFECAS, *Autoría mediata mediante aparatos organizados de poder*, en www.alfonsozambrano.com en el link AUTORIA MEDIATA, *up supra*.

que va más allá de los casos de coacción y de error. Esta tercer forma de autoría mediata, basada en el empleo de un aparato organizado de poder, tiene su piedra de base en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes no dejan de ser, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o en palabras de Roxin y del Tribunal de Jerusalén, engranajes cambiables en la máquina del poder.

Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando emplea sus atribuciones para ejecutar acciones punibles, siendo indiferente si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. Lo decisivo será en todo caso, que pueda conducir la parte de la organización que está bajo su mando, sin tener que dejar al criterio de otros la consumación del delito.

Todos aquellos funcionarios que carezcan del poder de emitir órdenes, o bien aquellos otros que proporcionen los medios para matar, serían sólo cómplices. Del mismo modo, el denunciante ajeno al aparato organizativo sería instigador, pues no influye en el posterior desarrollo de los acontecimientos.

Compiten con la postura del Prof. Claus Roxin, la tesis de la coautoría sostenida por el Prof. Dr.D.h.c. mult. Gunther Jakobs, y la de la de la instigación, que sostienen Herzberg y Köhler, así como el ilustre profesor Dr. Dr.h.c. mult.D. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Nuestra posición sobre autoría mediata puede ser revisada en un libro de reciente publicación de nuestra autoría, en que expresamos: "**Autor mediato:** Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable (Soler. Ob. Cit. Tomo II, pág. 245), que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico (Cury. Ob. cit., pág. 274). Hay en el **autor mediato** el dominio final del referido acto apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento. Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta.

El prof. *Reyes Echandía* (La Tipicidad, pág. 214), concluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente —o como instrumento— a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justificación o de inculpabilidad. Solución que nos parece

apropiada para ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente¹⁸.

Requisitos de la autoría mediata

Dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical), y 2) la intercambiabilidad del ejecutor.¹⁹

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva con poder de mando autónomo.

Según Roxin, es posible suponer también la autoría mediata en organizaciones criminales no estatales (por ej. mafias) que alcancen a tener una estructura similar y que cumplan con estos dos requisitos.

La teoría de Roxin ha adquirido un gran respaldo por parte del Tribunal Supremo Alemán (BGH), ya que en una sentencia del 26/7/94 empleó esta fórmula de autoría mediata para condenar a tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. por el asesinato de nueve personas entre 1971 y 1989 que quisieron trasponer el muro de Berlín, víctimas de los disparos de soldados fronterizos que cumplieron las directivas de aquellos funcionarios.²⁰

En el juicio a los Comandantes de las Juntas Militares que tuvieron el poder en la Argentina desde 1976 y encabezaron un esquema de terrorismo de estado contra quienes ellos consideraban eran enemigos del régimen, la

¹⁸ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., Lima Perú, 2009, p. 419 –420.

¹⁹ Cf. Matias BAILONE, *El autor de escrito y el ejecutor fungible*, en www.alfonsozambano.com en el link AUTORIA MEDIATA.

²⁰ Sugerimos revisar el excelente y erudito trabajo monográfico de Robert ALEXY, publicado en la Revista DOXA 23 (2000) de la Universidad de Alicante en España, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, p. 197,230, en que se refiere y comenta la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.

Cámara Federal Buenos Aires, en su sentencia del 9/12/85, empleó la teoría de Roxin para condenarlos como autores mediatos con relación a los homicidios, secuestros, torturas y robos que en cada caso fueron comprobados. De acuerdo con la percepción de los Magistrados, los integrantes de las Juntas Militares “mantuvieron siempre el dominio sobre los ejecutores y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos”.

Se demostró en el juicio que los imputados construyeron un aparato de poder paralelo al formal, basado sobre la estructura militar ya montada de antemano, y ordenaron a través de la cadena de mandos tanto de las fuerzas militares como de seguridad del Estado, pasar a actuar en la ilegalidad sirviéndose de ese aparato clandestino; no sólo eso, garantizaron a los cuadros no interferir en su accionar, y lo más importante, les aseguraron la impunidad de su actuación por todos los medios a su alcance (propaganda, distracción, negación a brindar información, montajes, etc.).

Sobre esta base fáctica, los Camaristas concluyeron que en este caso, “...el instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una ‘voluntad indeterminada’, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá”.

Dicha adecuación típica fue asumida por el Procurador General Gauna, y por tres de los cinco Ministros de la Corte: Petracchi y Bacqué, por un lado, y Fayt, por el otro.

Pero como Fayt, por otras razones, terminó adhiriendo in totum al voto de Belluscio y Severo Caballero, la calificación que en definitiva se les impuso a los enjuiciados fue la de cómplices necesarios.

En Perú tanto a Abimael Guzmán como a su perseguidor el ex Presidente Alberto Fujimori, se los condenó aplicando la *teoría mediata* del Prof. Claus Roxin, en el primer caso por *terrorismo común* y en el otro por *terrorismo de Estado*, pero apreciadas como expresiones del crimen organizado o de delincuencia organizada.

Para nosotros hay que plantear una discusión y respuestas que estén mas allá de las precisiones terminológicas y de los conceptos, pues es cierto que cuando hablamos de “delincuencia organizada”, “crimen organizado” y “criminalidad organizada”, en el fondo nos estamos refiriendo a un mismo fenómeno delictivo o criminal en la era de la globalización. La primera denominación es propia del Derecho Penal, la segunda es una traducción del inglés *organised*

crime, y la tercera parece más consolidada en los ámbitos criminológicos y las definiciones internacionales del ámbito europeo, y en cierta medida, por tanto, más comunes para los operadores del sistema penal.

La posición del Prof. Claus Roxin

Nos conducimos a lo que dice el mismo catedrático emérito, Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Claus ROXIN en conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada) ²¹:

I. Introducción

El “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” es hoy un tema central de discusión de la doctrina penal de la autoría. Esta figura jurídica fue en primer lugar desarrollada por mí en el año 1963. La misma se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables. En alemán coloquial se designa a estos hombres de atrás como “delinquentes de despacho o escritorio” [“Schreibtischtäter”].

Mi idea era trasladar este concepto común a las precisas categorías de la Dogmática jurídica. La causa inmediata para este empeño fue el recién terminado proceso en Jerusalén contra Adolf Eichmann, un responsable principal del asesinato de judíos en la época nazi.

La nueva construcción jurídica se ha impuesto en las décadas siguientes mayoritariamente en la doctrina alemana y ha sido admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Federal alemán. En esta sentencia, los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de la

²¹ ROXIN Claus, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Alemania del Este fueron condenados como autores mediatos de homicidios dolosos porque habían ordenado impedir a fugitivos que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán del Este la puesta en práctica de su decisión, en caso necesario mediante disparos mortales. Los soldados de frontera, los “soldados del Muro” [“Mauerschützen”], que habían realizado los disparos, fueron condenados igualmente por homicidio doloso.

Esta jurisprudencia se ha continuado en sentencias posteriores y ha suscitado en Alemania una profusión de posiciones doctrinales apenas abaricable. Pero también en el ámbito internacional ha encontrado gran aceptación la figura jurídica del dominio de la organización. Ya fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en la condena de la Junta General argentina, es objeto de atención en el moderno Derecho Internacional Penal [Völkerstrafrecht] y también muy discutida en la doctrina española y latinoamericana. En diversas publicaciones he defendido y precisado mi concepción inicial durante los cuarenta y tres años que han transcurrido desde su origen y también hablé ya en España sobre el dominio de la organización [Organisationsherrschaft] en el año 1998, en Huelva, muy cerca de Sevilla.

II. Ninguna coautoría o inducción de los hombres de atrás

En verdad, la concepción de que los hombres de atrás en delitos dentro del marco de aparatos organizados de poder no son autores mediatos sino coautores o inductores ha ganado en los últimos años algunos otros partidarios de prestigio, pero sigue siendo decididamente rechazable. Expongo los argumentos centrales sólo brevemente, completando explicaciones anteriores.

Para una coautoría falta la ejecución “en común”, que exigen tanto el legislador alemán como el español (§ 25 II del Código Penal alemán, Art. 28 I del Código Penal español). Una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho. Tampoco existe una ejecución común. Porque el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor. Sobre todo, no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas, lo que comúnmente se considera como el criterio central de la coautoría. Tampoco se aprecia en el dominio de la organización una unión recíproca de cómplices que colaboran al mismo nivel, que es característica de la coautoría.

Pero también con acierto tiene que excluirse una inducción. Y es que la situación descrita mediante el dominio de organización tiene una circunstancia en común con la inducción, a saber, que el hombre de atrás provoca al que ejecuta inmediatamente al hecho. Pero el peso objetivo de las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en el dominio de organización. El inductor permanece fuera del suceso y ha dejado al que actúa inmediatamente la decisión acerca de si y cómo será ejecutado el hecho. Por el contrario, en una organización delictiva el hombre de atrás en la palanca de mando del poder toma la determinante decisión acerca de si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que ejecuta inmediatamente casi siempre llega sólo casualmente a la concreta situación de acción. Éste no puede cambiar ya nada esencial en el curso del suceso trazado por el aparato, sino, a lo sumo, modificarlo. Incluso, por regla general, un rechazo de la orden no serviría de nada a la víctima porque las condiciones del marco de organización aseguran habitualmente la ejecución de una orden también en este caso. Esta divergencia en el reparto de poder prohíbe equiparar al hombre de atrás de una organización delictiva con el inductor.

III. ¿Cómo se puede fundamentar una autoría mediata en los casos de dominio de la organización?

La aceptación de una autoría mediata propuesta por mí, sigue, pues, siendo también dominante en la discusión científica. Cito entre la doctrina alemana sólo dos autores de los más importantes Comentarios al Código penal alemán. HEINE destaca que, en tanto se trata de aparatos organizados de poder desvinculados del ordenamiento jurídico, pudiera “en gran medida estar asegurada la “autoría mediata”“. Y JOECKS declara: “El dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder” aparece como tercera forma independiente de la autoría mediata. Es el prototipo de una situación del “autor detrás del autor” y ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo algunas voces se muestran contrarias a esta construcción, rechazándola”. También las tres monografías sobre el tema existentes entretanto en Alemania de Langneff (2000), 12 Schlösser (2004) 13 y Urban (2004) 14, con todas sus discrepancias en particular, parten, sin embargo, de modo coincidente, de la aceptación de autoría mediata en los casos de dominio de organización. De la bibliografía española cito sólo la representativa afirmación de nuestro distinguido anfitrión. MUÑOZ CONDE afirma que el dominio de la organización se debería “considerar hoy como un afianzado pilar fundamental de la teoría de la autoría mediata”.

Pero, ¿cómo se puede fundamentar en realidad la autoría mediata? Los que se oponen a esta figura jurídica defienden casi siempre la solución de la coautoría o la inducción no por su fuerza de convicción, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida porque creen que la aceptación de una autoría mediata choca contra un principio irrefutable de la teoría de la autoría. Este principio se basa en la aceptación de que no puede haber un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Si el que actúa inmediatamente —esto es, por ejemplo, el asesino del campo de concentración o el soldado del Muro— como poseedor del dominio del hecho es plenamente responsable de su conducta y considerado responsable como autor, sería impensable atribuir simultáneamente al hombre de atrás el dominio del hecho. En este sentido, un “autor detrás del autor” [*“Täter hinter dem Täter”*] sería una construcción jurídica irrealizable. Ésta es una idea seductora. Sin embargo, se apoya en tres errores, cuyo conocimiento abre el camino a una sólida fundamentación de la autoría mediata.

En primer lugar, el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide.

En segundo lugar, de esta visión de las cosas se deriva que el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho, que no se excluyen mutuamente. Quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el por mí denominado dominio de acción [*Handlungsherrschaft*], es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.

En tercer lugar, de las circunstancias mencionadas anteriormente se puede obtener una conclusión fundamental, que hace plausible una autoría mediata. No se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualesquiera

déficits del “instrumento”, como existen, por cierto, en el dominio mediante coacción y error [del instrumento] sino que hay que fundamentarlas positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa en el caso concreto de la dirección de la organización que el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata.

Esto ya lo ha contemplado el Tribunal Supremo Federal alemán cuando sobre el dominio de la organización declara: “... en el empleo de instrumentos con error o incapaces de culpabilidad son frecuentes configuraciones de casos en las cuales el autor mediato tiene la aparición del resultado mucho menos en su mano que en casos del tipo descrito”.

IV. Las condiciones del dominio de organización

Por consiguiente, si se reconoce el dominio de organización [*Organisationsherrschaft*] como una forma independiente de autoría mediata, queda la cuestión acerca de sobre qué condiciones en particular se fundamenta este dominio. Ésta plantea múltiples puntos de discusión. Según el estado actual de mi razonamiento, son cuatro los factores a los que se puede atribuir el dominio del hecho de los hombres de atrás.

1. Poder de mando [“Anordnungsgewalt”]

Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores. De ahí que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena. Por el contrario, el personal de servicio en un Campo de Concentración semejante sólo puede ser castigado por complicidad [*Beihilfe*] si de verdad ha promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones, pero no ha ordenado personalmente homicidios y tampoco ha cooperado en su ejecución.

2. *La desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder*

Desde el principio he postulado la desvinculación del ordenamiento jurídico [*Rechtsgelöstheit*] del aparato de poder como condición indispensable del dominio de organización. Esta exigencia es discutida incluso entre los partidarios de mi teoría y puesta en duda también por Muñoz Conde. No obstante, pienso que hay que mantenerse en esta exigencia si se eliminan los puntos críticos traídos a la discusión mediante las dos aclaraciones siguientes.

En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido; pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de “impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín” o, por citar sólo el caso más terrible, la llamada “solución final de la cuestión judía”, entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho. Y esta desvinculación al Derecho no depende ya, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica. Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto. Por supuesto, entonces los asesinatos en masa del régimen nazi también habrían sido hechos desvinculados del Derecho si la Jefatura del Estado de entonces los hubiera ordenado no mediante órdenes secretas sino “legalmente”.

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizado de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ej., el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta. Lo mismo es válido para las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado sólo de extralimitaciones de individuos y no de un gran aparato que hubiese trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes. El sistema (o sea,

el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo (“desvinculado del Derecho”) [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás.

3. *La fungibilidad del ejecutor inmediato*

También la fungibilidad, esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo, fue siempre para mí una característica esencial del dominio de la organización. La ejecución de órdenes del hombre de atrás —ésta era mi tesis— se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo. También este criterio ha comenzado a ser criticado en la discusión más reciente. Trato, en lo que sigue, las tres objeciones más importantes.

RENZIKOWSKI me reconoce sin más una “posibilidad garantizada” de producción del resultado en virtud de la intercambiabilidad del que actúa inmediatamente. Pero me objeta que “hipotéticas acciones de terceros”, es decir, la posibilidad de recurrir a otros ejecutores, no puede fundamentar un control del que actúa de hecho. Este argumento es acertado si se estima como instrumento sólo al ejecutor en la situación concreta. Pero ya he expuesto que una visión individualista así, que reduce el suceso a una relación entre dos personas, no se corresponde con la esencia del dominio de organización. El instrumento es la organización y, para su eficaz funcionamiento, la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis, sino una realidad que asegura el resultado.

SCHROEDER ha formulado la otra objeción en el sentido de que especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores, pero, sin embargo, los hombres de atrás son autores mediatos. No obstante, con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, que se ajusta al “automatismo” descrito y, por regla general, también a una pluralidad de delitos que se desarrollan según el mismo esquema. Cuando un servicio secreto tiene que reclutar un especialista, ya que sólo él es el que está en condiciones de realizar un determinado delito, no puede desarrollarse desde un principio el modo de obrar específico de la organización. También un autor individual puede contratar un hombre así. Por tanto, existe sólo una inducción mientras no se ejerza

una presión coactiva relevante conforme al § 35. Sin embargo, con ello sólo se demuestra que no todos los delitos provocados por una organización delictiva fundamentan *eo ipso* una autoría mediata de los que ordenan.

Pero esto tampoco lo he sostenido nunca. Si –por escoger un ejemplo práctico– una organización criminal, con base comercial y sin coacción alguna, encarga pasaportes falsificados en un taller especializado en ello, pero no perteneciente a la organización, esto no es entonces una autoría mediata, sino una inducción a la falsificación de documentos. Pero el significado de la fungibilidad del ejecutor para la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder no resulta relativizado por ello, sino subrayado.

Finalmente, se hace valer contra el criterio de fungibilidad que el ejecutor inmediato pudiera perdonar la vida a la víctima y dejarla escapar, de tal modo que entonces tendría el dominio exclusivo sobre la realización del resultado y no podría hablarse de fungibilidad.

Sin embargo, en los asesinatos en masa en los campos de concentración, que tuve presentes en primer término en el desarrollo del dominio de organización, el individuo que obedece la orden apenas habrá tenido alguna vez la posibilidad de impedir la muerte de las víctimas mediante negativa o inactividad. En los soldados que vigilaban el Muro, a los que HERZBERG también recurre como ejemplo, parece, a primera vista, de otra manera. ¿No hubiera podido el soldado en la frontera sencillamente errar el tiro o mirar para otro lado? Pero tampoco es así, por regla general, en tales situaciones, ya que si un régimen toma medidas de organización, que deben, en caso necesario, impedir una “huida de la República” mediante el disparo a los fugitivos, esto no puede suceder de manera que deje pasar a los que huyen con permiso, sin trabas e inadvertidos.

Esto no sería una organización apta para funcionar. Más bien se tiene que crear un sistema de vigilancia de puestos recíproca, como existió también en la RDA. Si, entonces, y puesto que los disparos finalmente dependieron “del actuar de pocos soldados”, y a pesar de ello alguna huida tuvo éxito por la inactividad saboteadora de los soldados de frontera –quedaría por aclarar si un caso así ha ocurrido alguna vez–, esto fue, desde la perspectiva de los que tienen el poder, un fracaso de la organización, una “avería”.

Pero un fallo así es en una organización delictiva mucho más raro que en el empleo de un instrumento no culpable o que actúa por error, en el que nadie pone en duda la existencia de una autoría mediata por el hecho de que la tentativa pueda fracasar en el caso particular. Sin embargo, una comparación

de los asesinatos en masa de los nazis con los casos de los soldados del Muro muestra que la fungibilidad en las organizaciones puede estar configurada en distinta medida, de modo que es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio. Quiero, por este motivo, completar aún en otro punto las circunstancias que fundamentan el dominio.

4. La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Con los criterios del poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente —de modo distinto a como originalmente había creído— las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho [*Tatherrschaft*] de los hombres de atrás [*Hintermänner*].

Hay que añadir todavía factores que en sus consecuencias califico como “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada”. Este elemento se asemeja a los conceptos con los cuales SCHROEDER y HEINRICH intentan explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. SCHROEDER habla de una “disposición condicionada a actuar” y HEINRICH de una “inclinación al hecho típica de la organización” por parte del ejecutor. También el Tribunal Supremo Federal alemán menciona —acaso influido por Schroeder— entre los argumentos para la autoría mediata de los hombres de atrás en organizaciones delictivas “la disponibilidad incondicional del que actúa inmediatamente para realizar el tipo”. Tales circunstancias no pueden fundamentar control alguno del que actúa inmediatamente porque incluso por muy “dispuesto”, “decidido” o “inclinado al hecho” que pueda estar, esto no cambia en absoluto la libertad responsable de su actuar. Distinto es, sin embargo, que se comprendan tales posturas como elementos de la manera de obrar específica de una organización delictiva. Entonces no sólo resultan decisivos para la aceptación de autoría mediata, sino que constituyen, al fin y al cabo, junto a los tres factores ya citados por mí, un aspecto del dominio de organización. Por qué esto es así no lo han explicado más detalladamente ni los autores citados ni el Tribunal Supremo Federal alemán. Por este motivo, se expondrá brevemente en lo que sigue en qué sentido entiendo el criterio de la “considerablemente elevada disponibilidad al hecho” como componente del dominio de organización.

Parto de que aquél que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél

se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, “más preparado para el hecho” que otros potenciales delinquentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás. Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel. La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así.

Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros perjuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada “por los de arriba”.

Todos estos factores que aparecen mezclados de diversas formas, que no excluyen la culpabilidad [Schuld] y responsabilidad [Verantwortlichkeit] del que actúa inmediatamente, disminuyen también su medida sólo un poco e incluso la elevan en algunas manifestaciones, coinciden, sin embargo, en un punto: conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes”.

Delincuencia organizada y derecho penal del enemigo

Debemos estar prevenidos para evitar que ante el justificativo ideológico de un *combate a la delincuencia organizada* o en la *lucha contra el terrorismo*

demos paso a la instauración de un *derecho penal del enemigo* e inclusive de un *derecho procesal penal del enemigo*.²²

El ilustre profesor Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camarino, nos recuerda “que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”.²³

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, Claus Roxin, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino *también* del Derecho Penal. En expresiones del profesor Roxin “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. Como instrumentos de protección que brinda el Estado vemos el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones desproporcionadas”.²⁴

En la orilla opuesta nos encontramos con la consolidación de un *discurso de la emergencia* y la clara propuesta de un *derecho penal del enemigo*, aunque se advierte que derecho penal de la emergencia que se traduce en una propuesta de *derecho penal máximo* con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publicaciones del profesor de la Universidad de Bonn, GUNTHER JAKOBS,²⁵ mismo que nos advierte que

²² Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal del enemigo y amparo de libertad*, en obra *Derecho penal y Estado de Derecho*, Paulo Cesar Busato – Alfredo Chirino Sánchez – Víctor Gómez Martín – Fauzi Hassan Choukr – Winfried Hassemmer – Zambrano Pasquel, editorial B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 223 y siguientes.

²³ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 21.

²⁴ Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

²⁵ Gunther JAKOBS, Manuel CANCIO MELIA, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

esta construcción de un derecho penal del enemigo es la negación de un derecho penal del ciudadano.

La sociedad de la post modernidad ha ido creando la figura del *enemigo*, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda que vivimos la era de la tecno criminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del *ciudadano* (sujeto normal) al *enemigo* (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado como *derecho penal del enemigo*, pero que a lo largo de la historia hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos.

El profesor Raúl ZAFFARONI²⁶, hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de *peligrosidad* como argumento legitimante de los Estados de policía anti modernos, y las posiciones extremas en el nacionalsocialismo alemán más graves que las conocidas en el fascismo, “basado en la *comunidad del pueblo*, fundada sobre la *comunidad de sangre y suelo* – sostenida por el *mito de la raza* – las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de *filos* genéticos inferiores. Por ello la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados a jerarcas del partido que a los funcionarios; en 1936 se penaron las relaciones sexuales y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2º del StGB –Código Penal alemán– por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al*

²⁶ Eugenio Rul ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 320.

sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique mas ajustadamente a la idea fundamental". Esta es la más depurada expresión de un *derecho penal del enemigo* a partir del mito de la superioridad de la raza aria, con la que se pretendió legitimar todo el perverso holocausto.

Italia también ha vivido lo que el profesor Luigi Ferrajoli denomina el *sub-sistema penal de excepción* nacido por una cultura de la *emergencia* que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo, esto ha conllevado a un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, "no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismo años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía".²⁷

El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, tráfico de migrantes, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

²⁷ Luigi FERRAJOLI, en ob. cit. p. 807.