



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



La instigación como figura delictiva de quien resulta ser líder de un aparato organizado de poder*

PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS

SUMARIO: I. Introducción.- II. Breve repaso de las diversas soluciones planteadas. 1. Tesis que atribuyen responsabilidad en grado de autoría.- 1.a. Tesis de la autoría mediata.- 1.a.1. La autoría mediata por aparatos organizados de poder.- 1.a.2. Autoría mediata por aprovechamiento de la disposición al hecho del ejecutor.- 1.b. Tesis de la coautoría.- 1.c. Autoría accesoria.- 2. Tesis que atribuyen responsabilidad en grado de participación.- 2.a. Tesis de la inducción.- 2.b. Tesis de la complicidad.- III. Compatibilidad de la inducción con la actividad del dirigente de un aparato organizado de poder.- 1. Concepto de inducción.- 1.a. Determinar.- 1.b. El medio a emplear.- 1.c. El elemento subjetivo.- 1.d. El grado de determinación del ejecutor.- 1.e. El hecho a inducir.- 1.f. El dominio del hecho.- 2. Análisis de la actividad desarrollada por el líder de una organización criminal.- IV. Conclusiones

RESUMEN

ESPAÑOL

En el contexto de la comisión de delitos en el marco de organizaciones criminales, en el presente artículo se aborda un tema que aún no es de pacífica aceptación por la doctrina penal; esto es, ¿cuál es el título de imputación que corresponde al líder de la organización criminal? Es así que, con el afán de refrescar la polémica existente, se realiza un breve repaso por las diversas tesis que han brindado respuesta a dicha problemática, haciéndose también hincapié en las críticas que se han formulado contra cada una de aquellas. Luego de lo cual se procede acoger a la figura del instigador como aquella que no solamente engarza mejor la conducta que de ordinario despliega el dirigente de una estructura de poder jerárquizada, desarrollándose para tal fin un concepto de inducción —los elementos estructurales de dicha figura delictiva y el papel que desempeña, en la actividad determinante del líder de la organización, la existencia de una estructura criminal—; sino también las bondades en simplificación probatoria que significa el acogimiento del aludido título de imputación para el tipo de casos bajo comentario. No viéndose afectado el mensaje que la Administración de Justicia comunica a la sociedad, ya que es posible la imposición, en la legislación peruana, de una sanción penal al instigador, como si de un autor se tratase.

* Resumen de la tesis con la que el autor obtuvo el título profesional de abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

FRANCÉS

Dans le cadre de la commission de crimes dans le cadre d'organisations criminelles, cet article traite d'un sujet qui n'est pas encore accepté pacifiquement par la doctrine pénale; c'est-à-dire quel est le titre d'imputation qui correspond au chef de l'organisation criminelle. Ainsi, dans le souci de rafraîchir la controverse existante, une brève revue est faite des différentes thèses qui ont apporté une réponse à ce problème, soulignant également les critiques qui ont été faites contre chacune d'elles. Après quoi, nous procédons à embrasser la figure de l'instigateur comme celui qui non seulement engage le mieux le comportement que le chef d'une structure de pouvoir hiérarchique affiche habituellement, développant à cet effet un concept d'induction - les éléments structurels de ladite figure criminelle et le rôle que joue l'existence d'une structure criminelle dans l'activité déterminante du dirigeant de l'organisation; mais aussi les avantages de la simplification de la preuve que l'acceptation du titre d'imputation susmentionné signifie pour le type de cas faisant l'objet du commentaire. N'étant pas affecté par le message que l'Administration de la Justice communique à la société, il est peut-être que l'imposition, dans la législation péruvienne, d'une sanction pénale à l'instigateur, comme s'il s'agissait d'un auteur.

INGLÉS

In the context of the commission of crimes within the framework of criminal organizations, this article deals with a subject that is not yet of peaceful acceptance by the Criminal Doctrine; that is, what is the imputation title that corresponds to the leader of the criminal organization. Thus, with the desire to refresh the existing controversy, a brief review is made of the various theses that have provided an answer to this problem, also emphasizing the criticisms that have been made against each of them. After which we proceed to embrace the figure of the instigator as the one who not only best engages the behavior that the leader of a hierarchical power structure ordinarily displays, developing for this purpose a concept of induction - the structural elements of said criminal figure and the role that the existence of a criminal structure plays in the determining activity of the organization's leader; but also the benefits in evidentiary simplification that the acceptance of the aforementioned imputation title means for the type of cases under comment. Not being affected the message that the Administration of Justice communicates to society, it is possible that the taxation, in Peruvian legislation, of a criminal sanction to the instigator, as if it were an author.

I. INTRODUCCIÓN

El concurso de varios individuos en la realización de un delito siempre ha sido algo problemático para la doctrina, ya que se debe de determinar el grado de intervención de cada uno de estos en la realización del injusto penal, pero dicho problema se potencializa cuando en la realización del evento criminal participan individuos plenamente responsables y solo unos cuantos de ellos ejecutan el tipo penal, permaneciendo únicamente uno de ellos en “las sombras”, decidiendo qué delitos cometer.

El antecedente más próximo y directamente vinculado¹ a la problemática respecto a qué título de imputación debe corresponder a quien es

1 Aun que se puede señalar que dicha problemática encuentra su raíz en la discusión acerca

el líder de un aparato organizado de poder es la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, que Roxin desarrolla en 1963. Al sostener, con base en el caso del dirigente nazi Adolf Eichmann, que quien lidera una organización estructurada rígidamente, con una gran variedad de ejecutores, y que desarrolla sus actividades desvinculadas del derecho, puede ser considerado como autor mediato por dominio de organización. Añadiendo así, a las dos vías clásicas de la autoría mediata (el autor mediato se sirve del error o coacciona al ejecutor), una tercera para configurar la autoría mediata

Pero en el afán de pretender refrescar la discusión respecto a cómo debe de ser calificado el tipo de intervención de quien lidera una organización criminal, nos permitimos formular las siguientes interrogantes: ¿qué título de imputación es el adecuado para el jefe de un aparato organizado de poder?, ¿cuenta con el dominio del hecho el dirigente del aparato?, ¿cuál es la fuente o de dónde proviene el liderazgo del dirigente?, ¿desempeña algún papel la existencia de la estructura criminal en la selección del título de imputación?

II. BREVE REPASO DE LAS DIVERSAS SOLUCIONES PLANTEADAS

En cuanto a las diversas soluciones que la doctrina ha desarrollado para dar respuesta al hecho estudiado, se puede indicar, de manera general, que las tesis planteadas se clasifican en dos grandes grupos: 1) tesis que otorgan la calidad de autor al dirigente de la estructura criminal y 2) tesis que plantean la calidad de partícipe del jefe de la organización.

de la naturaleza de “instrumento”, ya que antiguamente se equiparaba dicho término con un instrumento mecánico y no se lo vinculaba a la autoría mediata. Sin embargo, la concepción de entender que el delito solo es el que se realiza de propia mano varía y empieza a ser aceptado el calificar como instrumentos a seres animados. Siendo Binding quien alzó su voz para dar cuenta cómo la comisión de delitos había variado. Ahora bien, de considerar que un ser animado puede ser instrumento a posteriormente sostener que una persona completamente responsable también lo pueda ser, no hay mucho camino. Dando cuenta de dicha evolución en el concepto de “instrumento”. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2006, p. 41 y ss.

1. Tesis que atribuyen responsabilidad en grado de autoría

1.a. Tesis de la autoría mediata

Dos son las posturas más connotadas que pretenden indicar que el líder de una organización jerarquizada es autor mediato. Una es la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, formulada por Roxin, y la otra es la teoría de la disposición al hecho por parte del ejecutor, planteada por Schroeder.

1.a.1. La autoría mediata por aparatos organizados de poder

En cuanto a la primera de las teorías mencionadas, se puede referir que para Roxin tanto quien ejecutó el hecho criminal como quien ordenó el mismo responden en calidad de autor, siendo que el primero será autor directo del injusto mientras que quien imparte la orden de comisión deberá de ser considerado autor mediato. Y ello no obstante que quien cumple la orden del líder es una persona plenamente responsable. Pero para poder sortear dicha dificultad —considerar al hombre de atrás autor mediato a pesar de que el ejecutor es una persona plenamente responsable—, Roxin indica que para el hombre de atrás, al disponer de una gran cantidad de ejecutores reemplazables a su antojo, el ejecutor del delito es a sus ojos simplemente un engranaje cambiante de la maquinaria criminal. Siendo justamente la capacidad de intercambiar al ejecutor lo que, a entender de Roxin, otorgaría el dominio del acontecer al hombre de la cúspide. Aunque, valga aclarar, dicha “intercambiabilidad” (*Austauschbarkeit*) o “fungibilidad” (*Fungibilität*) no es el único elemento que, para el citado jurista, configura el dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder. Así, también exige como requisito que el hombre de atrás cuente con el “dominio de la organización” —lo que presupone la existencia de una estructura rígidamente organizada—, ya que ello le permitirá al jefe de la organización confiar en que sus requerimientos serán acatados sin chistar por los eslabones más bajos de la organización. Y como tercer requisito, Roxin añade que

el “apartamiento del derecho”² (*Rechtsgelösheit*) exige la concurrencia de dicho requisito debido a que si la organización actuase reconociendo la validez del ordenamiento jurídico, las normas de dicho ordenamiento actuarían como una barrera o freno respecto de las órdenes que emitiera la cúpula a sus subordinados, puesto que el ordenamiento jurídico no ampara órdenes ilícitas; por ello, la organización en su conjunto debe de actuar de manera no vinculada a las normas del ordenamiento jurídico, para que así los ejecutores no puedan oponerse al cumplimiento de las disposiciones emitidas por el alto mando de la organización criminal³.

Ahora bien, dicha postura no está exenta de críticas. En contra de la fungibilidad se ha pronunciado, entre tantos, Charchulla, quien afirma que sostener que la fungibilidad otorga el dominio del hecho al hombre de atrás no es compatible con el dominio del hecho mismo, pues entiende que la autoría exige un dominio sobre un suceso concreto. Para Charchulla, la intercambiabilidad de ejecutores permite al líder instigar a la comisión de hechos punibles generales, pero ello no incidiría en un hecho determinado ni en un autor en concreto (dando cuenta de la crítica de Charchulla, cfr. Fernández Ibáñez, 2006, p. 124).

También se ha sumado a las voces críticas contra la fungibilidad, Murmann (sobre la crítica formulada por Murmann, véase Fernández Ibáñez, 2006, pp. 137-138); quien indica —basándose en el caso de los disparos del muro— que para él existe una limitación “temporal-espacial de la situación de huida” respecto de la intercambiabilidad; es

-
- 2 El año 2006, en una publicación homenaje al profesor Schroeder, Roxin sumó a los tres requisitos indicados uno más referido a la *elevada predisposición del ejecutor al hecho*. Sin embargo, posteriormente Roxin se aparta de dicha postura al considerar que este último elemento no puede ser considerado como requisito autónomo, por entender que el mismo se deriva de los tres anteriores. Así Roxin, 2010, p. 100.
 - 3 Sobre este punto Roxin ha realizado una aclaración a su planteamiento original, ahora postula que la desvinculación del derecho por parte del aparato solo necesita referirse a los hechos inculcados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización. Entendiéndose que Roxin ahora exige que la organización se aparte del derecho por cada injusto que cometa. Lo que AMBOS, 2008a, p. 123, denomina una *desvinculación en sentido restringido*.

decir, que en el hecho en concreto solo entrarán en consideración un número limitado de soldados de frontera, por lo que la ejecución del hecho dependerá de “la obediencia de alguno o algunos pocos soldados”. Murmann concluye señalando que no se puede predicar el carácter de fungible de los ejecutores, pues no puede hablarse de un número ilimitado de personas dispuestas al hecho⁴. Igualmente, Ambos (2008a, pp. 102-107) se permite cuestionar el mentado criterio afirmando que si bien la fungibilidad puede ser afirmada en abstracto, pero, bastaría con que esta no sea corroborada en un solo caso en concreto para que la pretensión de validez general de la fungibilidad decaiga. Así, para AMBOS la intercambiabilidad solo puede sostener el dominio en sentido general, mas no en un caso en concreto. Se apoya para ello en el caso de los disparos del muro, indicando que si el guardia se hubiese negado a impedir la fuga, entonces, el dominio del vértice de la organización decae. Se entiende así que, para Ambos, si el dirigente no puede contar con la intercambiabilidad del ejecutor en el instante mismo en que se debe de cometer el injusto, no puede arrogársele el dominio del hecho⁵. Por otra parte, ROTSCH objeta el criterio de la fungibilidad haciendo una distinción entre lo que él denomina delitos de naturaleza “no recuperable” (*nicht nachholbar*) y “recuperable” (*nachholbar*). Para el primer

4 La doctrina española ha reaccionado contra la crítica planteada por Murmann, así BOLEA BARDÓN, 2000, p. 396, ha afirmado que “no es necesario contar con un número ilimitado de personas dispuestas al hecho para hablar de fungibilidad. Y, en cuanto a la falta o limitación de las posibilidades de ser reemplazados los soldados en la situación concreta final, entiendo que el criterio de la fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento final en que los soldados disparan, sino observando si existen con anterioridad sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean solo unos pocos los que las ejecuten [...]”. En igual sentido, FARALDO CABANA, 2004, p. 206. Y también en el mismo sentido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. 2006, pp. 137 y 138.

5 ROXIN ha respondido a la crítica que postula AMBOS; en ese sentido, ha referido que dicho autor —AMBOS— comete un error al creer que la autoría mediata por organización es una panacea o solución que pretenda validez en todos los casos imaginables, con independencia de cuestiones concretas; agrega ROXIN, 2014, p. 117, que su planteamiento es un modelo que debe de corroborarse con la realidad. Además, indica que la figura jurídica ideada por él excluye por regla general la figura de la coautoría y de la inducción en el marco de aparatos organizados de poder, pero no lo excluye en cada caso en concreto.

grupo de casos, se basa en el delito de los disparos del muro, afirmando que en el hecho en concreto solo se disponía de unos pocos ejecutores para impedir el paso de la frontera; entonces, si no se podía ejecutar el hecho, el mismo ya no era recuperable, pues no podía impedirse en otra oportunidad que una persona no cruce la frontera cuando ya lo realizó; es por eso que en estos casos para ROTSCH no podía afirmarse la seguridad de producción del resultado debido a la intercambiabilidad de ejecutores. Y en cuanto a los delitos de naturaleza “recuperable”, ensaya como ejemplo que “A” se niega a ejecutar el lunes el delito. “B” se prepara para cometerlo el martes, pero yerra en el disparo. Finalmente “C” consigue matar a la víctima el miércoles. Observa sobre este caso que si bien existe la posibilidad de emplear otro ejecutor, no obstante ello no revela un dominio a través de la fungibilidad; ya que si bien pudo el hombre de atrás reemplazar al ejecutor, sin embargo, ello no le permitió la comisión del delito, porque la consumación de un nuevo hecho no aumenta la seguridad del resultado de la comisión del hecho en los intentos previos⁶.

Asimismo, Renzikowski (consultar Fernández Ibáñez, 2006, p. 154) ha alzado su voz contra dicho requisito alegando que es pacíficamente aceptado que las acciones hipotéticas de un tercero no deben ser materia de valoración del desarrollo causal; no obstante, el que se diga que —en

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

6 ROTSCH, Thomas, citado por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2006, p. 150. Frente a dicha objeción la referida autora española señala que el error de Rotsch es entender que existen tantos dominios del hecho como de ejecutores fungibles se dispongan, y que no aprecia la existencia de un solo dominio del hecho, que será el último de los hechos ejecutados, bien sea en grado de tentativa (o de naturaleza “no recuperable”) o se llegue a consumir (de naturaleza “recuperable”). FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2006, p. 150, parte de la conveniencia de apreciar en dichos casos la imputación de un solo hecho en autoría mediata y de un solo dominio del hecho (el último). Justifica esta postura al indicar que de no ser así se caería en el absurdo supuesto de castigar al hombre de atrás como autor mediato no solo por el delito consumado, sino también por tantas tentativas como ejecutores fungibles hayan fracasado. En ese sentido la autora se pregunta si “¿depende entonces de la contribución al hecho de aquellos cuya penalidad se pone en duda, es decir, de si para el hombre de atrás es independiente tanto el número de ejecutores empleados como el concreto ejecutor que finalmente consuma el hecho y ello en ineludible congruencia con el planteamiento ontológico o normativo que se siga?”. Y ella se responde: “Así lo creo”.

el marco de un aparato organizado de poder— en caso de negarse el ejecutor otro ocupará su lugar, constituye una posibilidad, una hipótesis; por lo que la fungibilidad como consideración hipotética no puede fundamentar el dominio del hecho. Por último, podemos traer a colación la observación que formula Hernández Plasencia, quien refiere que la fungibilidad se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata, ya que si el ejecutor puede negarse a cumplir la orden, ello quiere decir que la influencia que recibe por intermedio de la orden es solo constitutiva de inducción (Hernández Plasencia, 1996, pp. 274-275).

Otro grupo de críticos se centra en contradecir el requisito del dominio de la organización. Así, tal vez la crítica más relevante esbozada contra este requisito la formula JAKOBS (1997, pp. 783-784), quien ha indicado que si bien se puede admitir que dentro de la dinámica de grupos pueda existir cierta superioridad de algunos miembros respecto de otros, el dominio del hombre de atrás solo podría manifestarse si el hombre de adelante se encontrase subordinado jurídicamente. Ello, además, porque el “si” y el “cómo” en una organización influye en la imputación lo decide el derecho y no la lógica de una organización que opera al margen de la ley. Añade también que del constructo roxiniano no queda claro qué nivel de la jerarquía debe ocupar alguno de sus miembros para poder ser considerado como autor mediato. AMBOS (2008a, pp. 116-118) se ha sumado a dicha reflexión y ha afirmado que, en su opinión, el dominio del hecho solo puede ser reconocido a los hombres que se encuentran en el vértice de la organización, ya que si un funcionario de rango alto o medio —como EICHMANN— emite una disposición, la misma podría haber sido retirada o anulada por algún superior, y, en igual sentido, su poder de mando sobre los ejecutores también pudo haber sido suspendido por sus superiores, por lo que AMBOS duda de calificarlos como autores mediatos y se inclina —en caso de los mandos medios— por una coautoría.

En cuanto a las réplicas que se han formulado contra el requisito del “apartamiento del derecho”, se puede citar a AMBOS (2008a, pp. 130-

133) como uno de los autores que ha desarrollado con más profundidad la crítica a este requisito. Considera que el aludido requisito carece de utilidad práctica, pues si bien acepta que si el aparato organizado no se desvincula del ordenamiento, las normas pueden operar como barreras al cumplimiento de la orden ilícita; sin embargo, dicha funcionalidad de la norma como barrera solo podría ser predicada cuando nos referimos a una desvinculación del ordenamiento positivo, porque, de aludirse al ordenamiento suprapositivo, dicho criterio carecería de precisión, ya que, cuando se cometa un injusto en el marco de aparatos organizados de poder, resultará una cuestión de pura valoración el determinar si para el ejecutor el derecho suprapositivo resultaba reconocible. Herzberg (2010, pp. 131-132) también se suma a las críticas contra la desvinculación jurídica afirmando que —con motivo de la aclaración hecha por ROXIN sobre dicho requisito— si la desvinculación solo es respecto al delito que se cometerá —esto es, una desvinculación específica—, entonces, bajo dicha línea de razonamiento, se debe afirmar la autoría mediata cuando un gobernante ordena por primera y única vez a su estado mayor que cometa un delito. Perdiendo con ello todo sentido el mentado requisito, ya que siempre se evidenciaría una desvinculación jurídica, porque esta se presentaría cada vez que alguien cometa un injusto producto de una orden. Dejando a la mera discrecionalidad del juez el delimitar entre los límites del “aún no” y el “ahora sí” de la desvinculación del orden jurídico.

En la doctrina nacional también se aprecian voces discordantes con relación a la actuación marginal al derecho que debe de desarrollar la organización. Así, Meini (2008, pp. 55-57) alega que si la indiferencia al derecho está referida a un ordenamiento suprapositivo, no es entendible cómo solo en los casos de crímenes por aparatos organizados de poder se indique que el ejecutor no tendría suficientes barreras normativas para oponerse al acatamiento de la orden ilícita si todos los delitos en mayor o menor medida contravienen el mismo derecho supralegal. Agregando que, si se tratase del derecho positivo como el que debe de fungir de barrera inhibitoria de la orden, podría decirse que dicho orden legal es

más cognoscible que el orden suprallegal; pero solo bastaría con que el aparato se haga con una cobertura legal para que el criterio de marras ya no tenga razón de ser. Añade a sus críticas que si la marginalidad al derecho se refiere únicamente a las actividades ilícitas de la organización, entonces, tampoco se llega a comprender cómo se puede sostener que el ejecutor podrá adolecer de barreras motivacionales en contra del cumplimiento de la orden ilícita en el esquema de la autoría mediata; mientras que por el contrario el resto del tiempo se le reconocerá tal capacidad inhibitoria. Incluso llega a referir, a manera de ejemplo, que se debe de entender —siguiendo dicha línea argumentativa— que el sicario que asesina independientemente no actúa desvinculado del derecho.

1.a.2. Autoría mediata por aprovechamiento de la disposición al hecho del ejecutor

Como ya se ha indicado anteriormente, la autoría mediata con el empleo de un ejecutor plenamente responsable también ha sido desarrollada por Schroeder, quien para fundamentar su planteamiento se basa en el caso *Dohna*⁷. Así, mediante el empleo de dicho ejemplo, Schroeder indica que, para poder afirmar el dominio del hecho del hombre de atrás, este debe de haber utilizado una persona dispuesta al hecho (*tatbereit*); por lo que la superioridad del hombre de atrás no se refleja en la provocación de un *error in personam*, sino en la utilización para sus propios fines de la intención del ejecutor, por él conocida, de llevar a cabo el delito. Siguiendo a Rotsch, se podría alegar que tanto la

7 Descrito de la siguiente manera: “Fuchs llega a conocer que los miembros de una organización secreta, a la que él traicionó, quieren acecharle una determinada noche en un lugar solitario por el que él acostumbra a pasear, para matarlo de un disparo. Luchs, por su parte, desempeña un papel esencial en la adopción de la decisión por parte de tal organización, mientras Schütz se había ofrecido para la realización de la misma. Luchs desde tiempo atrás venía haciendo en vano propuestas amorosas a Lind, de lo cual Fuchs tenía conocimiento. Fuchs envía entonces a Luchs un telegrama, firmado con el nombre de Lind, en el que le da cita en el lugar donde Schütz tenía previsto llevar a cabo el plan trazado de matar a Fuchs. Luchs aparece entonces a la hora indicada en el lugar señalado y recibe el disparo que Schütz creía hacer a Fuchs”.

teoría de Roxin como la de Schroeder subrayan la secuencia automática y regular del acontecimiento, pero el elemento constitutivo de dicha regularidad se encuentra, para Schroeder, no en el intercambio del ejecutor directo, sino en su determinación a cometer el hecho, presente de modo independiente a la influencia del hombre de atrás. Schroeder (cfr. Pariona Arana, 2009, pp. 54-55) fundamenta su postura indicando que el ejecutor le transmite indirectamente al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él. Agregando que la verdadera razón para admitir el dominio del hecho por parte del hombre de atrás radica en que a través de la fungibilidad puede tener a disposición, en todo momento, instrumentos predisuestos al hecho, por lo que la fungibilidad sería solo un medio para alcanzar el dominio del hecho, pero no su fundamento.

Naturalmente, dicha tesis no está libre de críticas. Así, una de las más agudas que se ha lanzado en su contra es la sostenida por Thomas Rotsch, quien refiere que el postulado de Schroeder hace difícil la delimitación entre autoría mediata e instigación. Rotsch expresa que si bien Schroeder refiere que, según su tesis, no habría inseguridad de la producción del resultado cuando se emplea a una persona decidida al hecho; sin embargo, ya al afirmarse esto, se consigna como elemento constitutivo de la tesis a la inseguridad de producción de resultado; entonces, al centrarse en la disposición existente antes de la comisión del injusto, desaparece la diferencia entre la instigación y la tesis de la predisposición al hecho, ya que el ejecutor siempre puede abstenerse cuando surgen en él escrúpulos (Rotsch, 2006, pp. 216-217).

En esa misma línea argumentativa también se ha pronunciado Fernández Ibáñez, quien ha señalado que si lo decisivo es la oposición de fuerzas de inhibición para poder determinar si nos encontramos ante una instigación o una autoría mediata; pero si a la vez queda probado que las fuerzas de inhibición pueden surgir tanto en la autoría mediata como en la instigación, entonces, apenas podría explicarse por qué en la determinación de una persona todavía no decidida al hecho no es

factible también afirmar autoría mediata, sobre todo cuando la comisión del hecho está prácticamente asegurada a través del ejecutor inmediato (Fernández Ibáñez, 2006, p. 217).

Otra observación que ensaya Rotsch consiste en que aprecia en el elemento de la predisposición al hecho un tinte subjetivo y anterior a la comisión del hecho; por ello, para él con dichos caracteres difícilmente se podría atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás, pues el dominio del hecho significa “dominio sobre el hecho”, lo que se da solo cuando este existe en el mismo momento de la comisión del delito (Rotsch, p. 525. Citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 218). También Roxin ha objetado la teoría de la predisposición al hecho. En su opinión la referida tesis conduciría a admitir cierta naturaleza accesoria del hombre de atrás. Fundamenta su afirmación argumentando que, debido a la fuerte posición —resolución de cometer el hecho— por parte del hombre de adelante, no se entiende por qué este no podría imponer condiciones al hombre de atrás, no entendiéndose a su vez el por qué el hombre de atrás tendría el dominio del hecho y sería autor. En su opinión, sería el ejecutor quien tendría en sus manos al hombre de atrás, a quien puede presionar a voluntad e incluso chantajear con la amenaza de una denuncia penal. Así, entonces, la decisión al hecho del hombre de adelante no fundamentaría el dominio del hecho del hombre de atrás, sino que lo excluiría, lo que incluso —a entender de Roxin— haría que la inseguridad de producción del resultado sea mayor en estos casos, y ello conduciría al reconocimiento de un supuesto de inducción (Roxin, p. 229, citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 220).

En la doctrina española, se puede encontrar objeciones como la formulada por Fernández Ibáñez (2006, p. 221), quien basándose en el caso de los disparos del muro, sostiene que el criterio de la predisposición al hecho no convence, prefiriendo en su lugar atender a circunstancias exteriores como el propio comportamiento del fugitivo, el número y regulación interior del órgano de frontera, la presencia del superior o el momento de ejecución; además, indica que la predisposición al hecho

por parte del ejecutor se puede predicar con independencia de su integración a una organización, ya que no es un fenómeno necesariamente ligado a esta. Sumándose a estas críticas, se ha pronunciado Faraldo Cabana (2004, p. 77), quien ha manifestado que la incondicionada disposición al hecho también se puede hallar en la inducción, sin que ello signifique que la conducta deba ser calificada de autoría mediata; agrega que la incondicionalidad del hombre de adelante no es necesaria cuando la organización está estructurada de forma que la deserción o desobediencia de uno de los miembros no afecta al funcionamiento del conjunto, ya que es inmediatamente sustituido por otro.

En la doctrina nacional, ha sido especialmente crítico a la tesis de la predisposición al hecho Pariona Arana (2009, pp. 62-71), quien indica que a su entender el dominio en la realización del injusto no debe estar focalizado en la relación existente entre el hombre de atrás y el ejecutor, sino en el dominio que se ejerce sobre la organización criminal, pues es ese dominio el que asegura la realización del evento criminal. Según su criterio, el hecho de que el sujeto de atrás pueda conocer la decisión previa al hecho del ejecutor y aprovechar ello para sus propios fines no significa que por ello haya un dominio sobre el ejecutor decidido; agregando que si bien al conocer la resolución al hecho por parte del ejecutor puede confiar en la realización del delito, sin embargo con ello no se domina nada. Otra de sus objeciones consiste en que la tesis de Schroeder sería de carácter marcadamente subjetiva y lleva a una teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación, criterio que ya ha sido superado por la doctrina; inclusive podría ocurrir que el ejecutor-instrumento no haya sabido cuál era su firmeza en el momento decisivo, lo que llevaría siempre a afirmar la intervención en grado de participación del hombre de atrás. Objeta también Pariona que la razón de la fungibilidad no se encuentra en la resolución al hecho por parte de los ejecutores, ya que conocer el porqué los ejecutores cumplen la orden implica adentrarse en la psiquis de ellos, lo cual no es relevante para la imputación normativa, porque lo decisivo no es la tendencia interna del ejecutor, sino el dominio que sobre la organización tenga el hombre

de atrás y que le posibilita que sus órdenes sean cumplidas. Finalmente, señala que el aprovechamiento de la resolución al hecho no conduce siempre a la autoría mediata, indicando como ejemplo el caso en el cual una hija, sabiendo que su padre quiere matar a su novio, le dice dónde se encuentra y que quiere vengarse mortalmente por una discusión que tuvieron, tras lo cual el padre cumple con matar al novio. Con base en dicho ejemplo, se pregunta Pariona si la hija es autora mediata o si, como afirma casi unánimemente la doctrina, su comportamiento es de participación.

1.b. Tesis de la coautoría

Como se ha descrito en líneas anteriores, la tesis de la autoría mediata no ha sido la única respuesta que se ha sostenido para indicar el tipo de responsabilidad del dirigente de un aparato organizado de poder. Así, también la doctrina ha desarrollado como respuesta a dicho fenómeno la tesis de la coautoría, la misma que ha tenido no pocos seguidores (dando cuenta de ello Fernández Ibáñez, 2006, pp. 250-251). Siendo Jakobs, con seguridad, el representante más connotado de la indicada postura.

Ahora bien, debido a la cantidad de partidarios de dicha teoría, esta cuenta con ciertas variantes según cada sostenedor, por lo que seguidamente se describirá los elementos que resultan ser comunes en las diversas variantes para sostener la coautoría. Así, podemos indicar que son tres los ejes fundamentales de la presente teoría.

Un primer elemento es la ejecución conjunta y el reparto funcional de tareas; según este elemento, los actos criminales de un aparato organizado de poder no son más que la muestra de la división de tareas en la realización del delito, ya que los autores directos se reparten la ejecución del hecho; mientras el dirigente, el hombre de atrás, realiza la ideación de la ejecución⁸.

8 Se puede advertir que los partidarios de la coautoría como título de imputación para el dirigente de un aparato organizado de poder admitirían la posibilidad que una

Como segundo elemento se tiene el acuerdo común, siendo que, para los casos de aparatos de poder, el acuerdo se concretiza en el momento que el autor inmediato hace suyo el plan criminal, en el sentido de una decisión de insertarse (*Einpassungentschluss*); no siendo necesario, según Jakobs (citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 256), una decisión recíproca (*gegenseitiger Entschluss*). Cabe acotar que Ambos (2008a, pp. 120-121) prefiere referirse en este punto a un acuerdo informal de voluntades de los intervinientes (*formlosen Willensübereinstimmung der Beteiligten*), acuerdo que se manifestaría, de manera tácita, con la ejecución del hecho.

El tercer elemento, la existencia de una organización horizontal. Con relación a este requisito se dice que si bien puede existir una diferencia material entre dirigentes y ejecutores; sin embargo, al carecer el dirigente de superioridad jurídica y si se añade a ello que el ejecutor toma una decisión libre y responsable, se puede concluir que tanto ejecutor como el hombre de atrás se encontrarían en un mismo nivel jurídico, por lo que estaríamos frente a una organización de tipo horizontal, siendo la intercambiabilidad del ejecutor solo un dato naturalístico que no reviste de mayor gravedad.

De igual manera, que en el caso de las teorías anteriormente desarrolladas, la coautoría también ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina penal. Así, las réplicas contra esta se han centrado en un aspecto objetivo y en otro de corte subjetivo. En cuanto al primer aspecto se puede indicar que una de las críticas es que, al considerarse que se puede intervenir en calidad de autor previamente a la ejecución del hecho, ello genera un adelantamiento en la determinación del comienzo de la tentativa. No entendiéndose cómo existiría tentativa en un delito cometido en coautoría, sin la intervención del resto de coautores, considerándose la sola actuación del hombre de atrás como suficiente

intervención previa a la ejecución del hecho pueda merecer el título de imputación de autor. Postulado que, como se verá más adelante, estará plagada de críticas, ya que fractura la concepción tradicional que sobre dicha figura delictiva se ensayaba.

para la configuración de la tentativa. En ese sentido, se ha pronunciado Meini (2008, pp. 88-92), quien refiere que la emisión de la orden por parte del hombre de atrás daría inicio a la tentativa tanto para él como para el destinatario de la orden, al ser este coautor, y a pesar de que este desista de ejecutar la orden; incluso, como se tendría que considerar coautores a todos los que van a participar en el hecho, ello obligaría a responsabilizar como coautor en grado de tentativa al ejecutor sustituto en reserva que solo entra en escena si se produce una deserción.

Faraldo Cabana (2004, p. 140) se suma a dicha crítica, afirmando que la punición de la tentativa se da cuando los autores inician la ejecución del hecho; no considerar ello así evidencia la incorrección de la tesis de la coautoría para el caso de aparatos organizados de poder. Bolea Bardón (2004, p. 375) también hace notar su desacuerdo sobre el adelantamiento de la tentativa en caso de considerar la coautoría como solución a la intervención en el marco de aparatos organizados de poder. Se suma a dichas críticas GIL GIL (2008, p. 110); dicha autora refiere que es un exceso considerar coautor a quien interviene solo en fase preparatoria, borrando así la distinción entre autor y partícipe. En la doctrina alemana contamos con el pronunciamiento de Roxin (citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 287), quien indica que el coautor de una tentativa debe también codominar la misma, lo cual solo resulta posible cuando el coautor actúe en fase ejecutiva; además de ello, se muestra escéptico que la intervención del hombre de atrás pueda ser considerada como una contribución en fase preparatoria, pues su aporte consiste en planear e instigar al hecho.

Respecto al grupo de críticas que cuestionan el aspecto subjetivo de la coautoría se puede indicar que las protestas se aglutinan en torno al acuerdo previo. Se señala que si bien los partidarios de la coautoría indican que en un aparato organizado de poder, al ser todos los intervinientes iguales, el requerimiento que emite el hombre de atrás no podría ser considerado como orden; entonces, al decidir el ejecutor realizar lo requerido, estaría emitiendo una decisión de adaptación, la que se ten-

dría que entender como un acuerdo entre ejecutor y hombre de atrás. Pero ello no es correcto para Fernández Ibáñez (2006, p. 256), porque se estaría desviando el foco de atención de la comisión conjunta del hecho a la responsabilidad de los intervinientes; e inclusive ha referido Roxin (citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 256), haciendo alusión a la imposibilidad de poder ser considerado como instrumento, que igualmente responsable es el inductor, pero por ello no es autor.

Meini (2008, pp. 90-92) también ha manifestado su desacuerdo afirmando que al no conocer el hombre de atrás el cómo, el cuándo, los actos necesarios para realizar el delito, ni las víctimas del mismo; entonces, en nada podría ponerse de acuerdo con los ejecutores; siendo incluso más viable, según su criterio, considerar coautor al ejecutor sustituto que se encuentra a la espera de una posible deserción del primigenio ejecutor, ya que al ser sustituto alguna función puede cumplir en la ejecución del hecho.

De otra parte, se puede indicar que existen objeciones al acuerdo, ya que el mismo no se realizaría en momento previo a la ejecución al hecho. En ese sentido, se ha pronunciado Fernández Ibáñez (2006, p. 264) haciendo eco de lo manifestado por Hernández Plasencia (1996, p. 267), quien ha afirmado que a su entender no se puede sostener una común decisión al hecho, cuando se admite la posibilidad de que el ejecutor no adopte una resolución delictiva, sino que la estructura de la decisión al hecho se afianza más en la adhesión a una resolución. Añade Fernández Ibáñez (2006, p. 264) que el acatamiento de la orden no puede ser tenido en cuenta como un acto concluyente que evidencie el acuerdo, ya que si bien la orden es previa, no se puede tener certeza que la decisión del ejecutor también lo sea por el hecho de cometer el delito. Finalmente, se puede indicar que Faraldo Cabana (2004, p. 153) manifiesta su disconformidad con el planteamiento del acuerdo previo exponiendo que dicha propuesta desdibuja, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el elemento subjetivo de la coautoría.

1.c. Autoría accesoria

Un último planteamiento que nos permitimos citar es una variante de la autoría accesoria, la cual considera autor tanto al ejecutor como al hombre de atrás de manera independiente uno del otro, siendo por ello que no los considera coautores. La variante de dicha teoría es sostenida por Uwe Murmann⁹, para quien el hombre que se encuentra en la cima de la organización resultará autor directo de los injustos cometidos por los órganos de ejecución del aparato y ello porque el jefe del aparato ostentaría deberes especiales. Cabe precisar que, según su tesis, solo es posible aplicarla para casos de Estados totalitarios como el nazi (Murmann, citado por Bolea Bardon, 2004, pp. 389-391). En su opinión, el criterio del dominio del hecho no es más que la descripción de supuestos de hechos fenomenológicos; por lo que con base en dicho rechazo es que no basa su teoría en cuestiones de corte fenomenológico, sino que le brinda un cariz más normativo. En ese sentido, postula la transferencia de la estructura de los delitos de deber (*Pflichtdelikte*) a la teoría del dominio del hecho, concibiendo el dominio del hecho como un “dominio sobre la cualidad de la relación” (*Herrschaft über die Qualität des Verhältnisses*) (así lo refiere Fernández Ibáñez, 2006, pp. 140 y 141. Igualmente, Ambos, 2008a, p. 107).

De acuerdo con su pensamiento, el Estado (hombre de atrás), desde su posición de garante de los derechos fundamentales y del deber de protección resultante, aparece como especialmente obligado (*pflichtiger*) frente al ciudadano, respecto al cual posee un especial poder de lesión (*Verletzungsmacht*). Así entonces, el Estado lesionará su deber de protección cuando emita una orden antijurídica al hombre de adelante para que lesione a un determinado ciudadano, lo que significa una alteración de la relación con la víctima hacia el injusto. La orden estatal fundamental no solo la dependencia, cuanto menos normativa, del ciudadano al

9 Criticando que dicho planteamiento sea una defensa de la autoría accesoria para los casos de actuación en el marco de un aparato organizado de poder FERNANDEZ IBAÑEZ, 2006, p. 319, y BOLEA BARDÓN, 2000, p. 362.

Estado, sino también el dominio del hecho de este. Así, la situación del Estado frente al ciudadano es una de posición de garante; por ello debe de responder aquel por la infracción del deber de protección resultante de su posición de garante y, además de ello, se debe prestar atención a los deberes que tienen los intervinientes en relación con la víctima, pues lo fundamental es la lesión de un deber especial y no el dominio que se pueda predicar del hombre de atrás con relación al hombre de adelante (Murmman, citado por Bolea Bardón, 2004, p. 218).

Otro partidario de esta tesis es Freud, quien concuerda con la idea de que la responsabilidad en calidad de autor del jefe de la organización se deriva de su responsabilidad general por su esfera de organización y en la especial responsabilidad de allí resultante (dando cuenta de ello Ambos, 2008, p. 95). Finalmente, como último partidario de la presente tesis se puede invocar a Jakobs, quien si bien se ha indicado que es partidario de la tesis de la coautoría; no obstante ello, él concuerda con el planteamiento de Murman, en ciertos casos; por ejemplo, en el caso de los disparos del muro, considera la autoría del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, porque los hombres de atrás, en tanto miembros de un órgano constitucional, ostentaban una posición especial de deber, por lo que estaríamos ante delitos de infracción de deber. Dicho razonamiento ha sido aplicado en el caso de expresidente Fujimori, a quien se le ha considerado autor de los hechos por los que fue sentenciado, pues al participar en estos o incluso solo por haberlos tolerado debe ser considerado autor por lesionar deberes positivos (Jakobs, 2010, pp. 111-114).

Habiendo terminado de esbozar las principales ideas que sirven de sostén a la tesis de la autoría accesoria por infracción de deberes especiales, resulta oportuno proceder a citar las principales críticas que se han formulado contra esta. Así, tenemos al autor español Charchulla (citada por Fernández Ibáñez, 2006, p. 141), quien refuta la teoría de Murmann afirmando que con dicha formulación solo se puede dar respuesta a un supuesto concreto, el de los aparatos organizados de poder,

pero el mismo no puede ser utilizado como una regla de delimitación general. Para demostrar lo sostenido, el citado autor español se remite al siguiente ejemplo: un padre instiga a un tercero a que asesine a su hijo a cambio de una suma de dinero. Si se pretendiese ser consecuente con el planteamiento de Murmann habría que afirmar la autoría del padre en virtud de infracción de los deberes especiales nacidos producto de la relación paterno-filial, siendo que dicho resultado no convence. Otro autor que también ha manifestado su discrepancia con la aludida autoría accesoria es Langneff. Considera que a la teoría de Murmann le falta claridad en la delimitación de tentativa y consumación, porque —para la referida autora— cada vulneración a un deber configuraría ya un hecho sancionado penalmente con independencia de la existencia de una punición por tentativa en el delito en cuestión. Además, para la configuración de delitos en virtud de deberes especiales ya no sería relevante la producción de un determinado resultado (Langneff, citada por Fernández Ibáñez, 2006, p. 141).

2. Tesis que atribuyen responsabilidad en grado de participación

Conforme se ha señalado anteriormente, las respuestas que ha brindado la doctrina no solo se han limitado a ensayar una atribución en calidad de autor a quien ostenta la jefatura de un aparato organizado de poder; además, de que no son pocos los penalistas que han propuesto endilgar responsabilidad en calidad de partícipe. Así, a continuación procederemos a reseñar sus proposiciones.

2.a. Tesis de la inducción

Esta tesis ha encontrado mucha repercusión en la doctrina española, donde no son pocos quienes se decantan por esta solución (dando un listado de penalistas partidarios de dicha tesis Fernández Ibáñez, 2006, pp. 344-346). Se puede indicar que el fundamento angular que sirve de base a la indicada teoría en sus variadas versiones es el principio de

responsabilidad (en ese sentido Ambos, 2008b, p. 24); así, mediante dicho postulado se rechaza la figura del autor detrás del autor al constatar la plena responsabilidad del ejecutor. Ahora bien, dicho principio es tratado por la doctrina básicamente desde dos enfoques, uno entendiendo la responsabilidad como “autonomía” y el otro propiamente como “responsabilidad”.

Bajo el primer enfoque señalado se puede traer a colación lo sostenido por Köhler (citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 347), quien refiere que la fungibilidad, postulada como característica de un aparato organizado de poder por los partidarios de la autoría mediata, no implica alteración alguna de la responsabilidad del ejecutor, lo que significa que el hombre de atrás no puede ser reconocido como autor y ello porque para Köhler la autoría mediata supone que el hombre de atrás realice el injusto a través de otro, para lo cual debe conseguir que el ejecutor se represente circunstancias que lo hagan creer que actúa conforme a derecho; así, si el ejecutor no se deja llevar por falsas representaciones, sino que se determina a sí mismo como un ser libre; vale decir, de manera autónoma; luego, entonces, el hombre de atrás será solo instigador (Pariona Arana, 2009, p. 29).

Otro autor partidario de la inducción es Renzikowski, quien precisa que la autonomía del ejecutor impide constatar el dominio del hecho en el hombre de atrás; por lo tanto, considera que solo la falta de autonomía podría alegar en pro del reconocimiento de la autoría del hombre de atrás (*ibid*, p. 32). En este sentido, fundamenta su postura refiriendo que el hecho de que el hombre encima de la cúspide realice su objetivo no quiere decir que pueda ser reconocido como autor; porque de ser esto así, luego debería de ser tratado como autor a quien se vale de un estímulo tan grande que asegura encontrar a una persona dispuesta a la ejecución de sus planes. También señala que si bien efectivamente el hombre de atrás garantiza, por intermedio del aparato organizado de poder, la realización de sus planes; sin embargo, ello no es suficiente para fundamentar la autoría y no sustituye el dominio efectivo que falta en

el caso particular. Ejemplifica su objeción argumentando que, para que alguien pueda llevar a cabo su plan de asesinar a otro, normalmente estimará como más probable si le encarga la labor a un asesino profesional, que cuando utiliza un instrumento incapaz de imputación o sometido a error. Así, estima que los defensores de la teoría del dominio del hecho no dudarían en indicar que el primer caso es uno de inducción; mientras el segundo es de autoría mediata, por lo que, para Renzikowski, el único argumento que sostiene la consideración de la autoría mediata para el caso de aparatos de poder sería la de considerar que los “grandes” deben de ser castigados con más severidad que los “pequeños”, lo que no resulta aceptable (Fernández Ibáñez, 2006, pp. 348-349).

De otro lado, entre los autores que sostienen la inducción para el jefe de la organización basado en el concepto de “responsabilidad”, se cuenta con Schumann, quien desarrolla el concepto del principio de propia responsabilidad (*Selbsterantwortung*), mediante el cual una persona es responsable frente al derecho solo por lo que hace y no por lo que otros hacen; así, cada uno debe ser sancionado solo por su propio injusto. Basado en ello, afirma que la falta de propia responsabilidad del ejecutor fundamentaría la autoría mediata del hombre de atrás; mientras que si el ejecutor es responsable de su hacer, el hombre de atrás solo podría ser considerado como instigador (así lo indica Pariona Arana, 2009, p. 34).

También Zieschang es contrario a la figura del autor detrás del autor. En su perspectiva, la autoría mediata y la instigación se demarcan con base en el concepto de libre responsabilidad (*Freiverantwortlichkeit*). Conforme a dicho concepto, Zieschang indica que si el hombre de adelante ejecuta la acción sin mediar coacción y conociendo los elementos de relevancia penal, luego debe considerársele como señor de su decisión, pues su decisión de realizar un delito es tomada de manera libre y responsable, lo que excluiría algún domino del hecho por parte del hombre de atrás. Entonces, como en un aparato de poder no se emplea coacción, el subordinado no obra con falta de libertad, por lo que únicamente se puede apreciar instigación por parte del jefe (Pariona Arana, p. 35).

También es partidario de la instigación Rolf Herzberg —favorable en un primer instante de la autoría mediata—, quien indica que entiende que no es posible endilgar autoría mediata al jefe del aparato de poder cuando el ejecutor desarrolla una actuación plenamente responsable, pues entre la orden que emite el líder y el resultado se encuentra de por medio la comisión dolosa y responsable de otro. Incluso llega a sostener que la figura de la instigación como título de imputación para el jefe de la organización no debe de ser vista como marginal en el suceso y que desconoce la posición dominante que realmente ostenta el líder, ya que tanto la comisión del hecho como la instigación lesionan un mismo bien jurídico y coinciden cuantitativamente en el contenido de injusto (Fernández Ibáñez, 2006, ob. cit., p. 350).

Ahora bien, en cuanto a las discrepancias que se han manifestado respecto a esta tesis de imputación encontramos a Roxin, quien básicamente reprocha la falta de consecuencia de Renzikowski con su propio planteamiento, porque este considera que puede haber autoría mediata en caso de que el ejecutor obre en error de prohibición evitable, afirmando que *quien no puede valorar su conducta con respecto a normas, no obra autónomamente* (Renzikowski, citado por Roxin, 1999, p. 710). Critica Roxin que dicha excepción, ya que quien obra en error de prohibición evitable puede valorar su conducta, y es por ello que se le castiga como autor doloso "autónomo", no lo hace solo erróneamente. Así, también Renzikowski considera que en casos de semiimputabilidad del ejecutor existe autoría mediata en vista de la supremacía de la persona de atrás, pero señala Roxin que la autonomía mermada sigue siendo autonomía y, por tanto, esta debería cerrar el paso a la autoría mediata; con ello evidencia Roxin que el concepto de autonomía no sirve para determinar el tipo de intervención delictiva de quien obra en estado de semiimputabilidad¹⁰. A su vez, Roxin también ha criticado la variante

10 Roxin, 1999, p. 711; el mismo, 2014, p. 141. Sumándose a dicha crítica y reclamándole a Renzikowski mayor consecuencia Fernández Ibáñez, 2006., p. 349. Se adhiere a dicha crítica, en la doctrina nacional, Pariona Aranda, 2009, p. 32. Quien también reprocha a Renzikowski de usar un criterio arbitrario y muy flexible que llevaría a justificar cualquier

desarrollada por Köhler y Herzberg; afirma que dichas posturas son muy normativizantes y que pasan por alto el dominio real y el poder de dirección que ostenta el hombre de atrás, porque terminan nivelando marcadas diferencias materiales por simplificación normativa (Roxin, 2014, p. 727).

Se suma a estas críticas Fernández Ibáñez, quien refiere que si uno se basa en la responsabilidad del ejecutor para negar la autoría mediata, estaría dejando de lado diferencias básicas entre el tipo ideal de inductor y el autor de mesa de escritorio. De otra parte, también se puede hacer mención al conjunto de críticas que se han desarrollado contra el criterio de la responsabilidad como distinción entre autoría mediata e instigación. Por su parte, Pariona Arana indica que la responsabilidad del autor mediato no evita la responsabilidad del partícipe; agrega que incluso Schumann, a pesar de ser partidario de la “propia responsabilidad”, termina asumiendo la autoría mediata del hombre de atrás en caso e que el ejecutor actúe bajo error de prohibición evitable e incluso cuando el hombre de atrás se vale del dominio que tiene sobre una organización. Sobre la postura de Zieschang, Pariona señala que por el hecho de aceptar una actuación libre y responsable por parte del hombre de adelante, no por ello se debe eliminar —sin mayores argumentos— el dominio del hombre de atrás; añadiendo que la cuestión de si el hombre de atrás cuenta o no con dominio del hecho debe de ser evaluada haciendo incidencia en su persona y no en el hombre de adelante (Pariona Arana, 2009, pp. 34-36).

Desde otro ángulo, pero también criticando la postura de la instigación, AMBOS señala que la diferencia entre autoría mediata por dominio de organización y la instigación se debelaría en la típica inseguridad de producción del resultado en caso de la instigación, recalcando que si bien existe la posibilidad que el ejecutor —en el caso del dominio de

postura; además de señalar su inconsecuencia al aceptar la autoría mediata allí donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable o con capacidad de culpabilidad reducida, a pesar de ser responsable penalmente como autor.

organización— retroceda ante el hecho en el momento decisivo, empero, señala que dicha inseguridad de producción del resultado es menor a la existente en la inducción (Ambos, citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 385). Sumándose a dicho punto de vista, en la doctrina española se cuenta con las opiniones de Fernández Ibáñez (2006, p. 387), Bolea Bardó (2000, p. 369) y Faraldo Cabana (2004, pp. 174, 180-181).

Una última crítica que se desarrolla contra la tesis de la inducción para los casos objeto de estudio está referida al grado de determinación del inducido y la relación directa que tendría que haber entre instigador e instigado¹¹. En ese sentido, ha señalado Roxin (citado por Fernández Ibáñez, 2006, p. 381) que resulta necesaria la determinación del instigado, pues el ataque al bien jurídico realizado por el instigador presupone una concreta posibilidad de influencia, ya que la carencia de concreción del instigado supondrá una falta de ataque al bien jurídico. De similar parecer son Faraldo Cabana (2004, p. 181) y Fernández Ibáñez (2006, pp. 380-382), recurriendo esta última al criterio de paridad de pena entre instigador y autor; sobre ello señala que en la instigación debe de hallarse un *plus* del que carece la autoría que, a pesar de no compensar el *minus* de no contar con el dominio del hecho, compense la paridad punitiva¹² entre ambas figuras; siendo que el *plus* se halla, para ella, en la exigencia de determinación del instigado.

Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutopacifico.pe

2.b. Tesis de la complicidad

Como postura final sobre qué título de imputación atribuir al dirigente de un aparato organizado de poder, se cuenta con la tesis de la complicidad. Cabe señalar que esta es seguramente la postura menos

11 Cabe precisar que la discusión respecto al grado de determinación del inducido ha sido amplia y profunda en la doctrina española, debido a que se encuentra condicionada por la exigencia de su legislador de la existencia de una relación directa entre inductor e inducido, conforme se aprecia de la lectura del art. 28 del Código Penal español.

12 Paridad punitiva prevista tanto en el Código Penal español como en nuestro Código Penal.

seguida. En España, la defienden Hernández Plasencia, Fernández Sánchez y Pérez Alonso. El primero considera que la sanción para quienes son parte de la cadena de mando de un aparato de poder no es igual; así, postula que quien emite la orden debe de ser considerado como cooperador necesario, los mandos medios serían meros cómplices y el mando medio que comunica la orden al ejecutor debe de ser considerado como inductor (Hernández Plasencia, 1996, p. 276). Sostiene dicha postura a través de una conceptualización del dominio del hecho compuesto por una fase positiva y otra negativa. Por lo que solo la confluencia de ambos aspectos del dominio del hecho permiten atribuirle a una persona la calidad de autor; caso contrario, solo se podría atribuir al interviniente la calidad de partícipe. Conforme a dicha idea, sostiene que el dirigente de la organización solo cuenta con un dominio negativo del hecho; esto es, con la capacidad de interrumpir la realización del suceso, pues no domina la realización en concreto del evento delictivo; por lo que concluye admitiendo que el dirigente solo es cooperador necesario, no pudiendo ser instigador, ya que —como lo exige el Código Penal español— no existe relación directa entre el dirigente y el ejecutor de la orden (Hernández Plasencia, p. 391 y ss). Respecto a la opinión sostenida por Fernández Sánchez, se puede indicar que para dicha autora tanto el cooperador necesario como el coautor cuenta con el dominio del hecho, pero en momentos diferentes; esto es, debido a la contribución esencial en el hecho, el cooperador necesario contaría con un dominio del hecho previo a la ejecución del delito, y ya iniciada la ejecución, contaría con un poder de interrupción del evento, teniendo así un dominio negativo del hecho, dominio insuficiente para catalogar al dirigente como autor (Fernández Sánchez, M., citada por Fernández Ibáñez, 2006, pp. 393-934).

En cuanto a los cuestionamientos que se han desarrollado en contra de esta postura se tienen las opiniones de Fernández Ibáñez (2006, pp. 397), quien afirma que el argumento esencial que permite sostener que el dirigente de un aparato organizado de poder no es cómplice, es porque este cuenta con el dominio del hecho; es decir, que si el dirigente regenta

una organización que cuente con una estructura basada en relaciones de supremacía y subordinación, así como que cuente con una pluralidad de ejecutores fungibles, con independencia de la vinculación al derecho o no de la organización, se podrá afirmar que el aparato desarrollará procesos reglados y actuará de manera casi automática; residiendo por ello el dominio del hecho en el dirigente. Por su parte, Faraldo Cabana (2004, p. 193) se ha pronunciado negando la calificación como partícipe del dirigente, sosteniendo que no considera valorativamente correcto tildar así a quien emite la orden, limitándose la autora española a negar dicha posibilidad.

En la doctrina nacional, contamos con las observaciones formuladas por Meini Méndez (2008, pp. 83-84), señalando que, para hechos perpetrados en el marco de una organización jerárquicamente estructurada, el principio de propia responsabilidad no cuenta con validez, ya que no nos encontramos ante injustos individuales, sino injustos de organización; así, entonces, la instrumentalización que alcanza el dirigente respecto del ejecutor no debe de ser valorada como una neutralización de la responsabilidad de este por un defecto volitivo o intelectual, sino como el aprovechamiento de su disposición para recibir órdenes. También objeta que no resulta entendible cómo es que se califique el aporte del dirigente y todos los que intervienen en la transmisión de la orden como cómplices, excepto a quien transmite directamente la orden al ejecutor quien será instigador, cuando aún no se ha instigado al ejecutor y este aún no se habría decidido a realizar el hecho.

III. COMPATIBILIDAD DE LA INDUCCIÓN CON LA ACTIVIDAD DEL DIRIGENTE DE UN APARATO ORGANIZADO DE PODER

Una vez repasado todos los planteamientos que atribuyen responsabilidad al dirigente de un aparato organizado de poder conviene tomar postura por el que creemos que brinda una mejor respuesta para los casos objeto de estudio. Así, entonces, podemos adelantar que el tipo de intervención que mejor dibuja la naturaleza de la intervención del dirigente —para los casos peruanos— es la instigación. Es por ello que

seguidamente desarrollaremos el concepto de dicho título de imputación y se argumentará por qué le calza mejor al dirigente.

1. Concepto de inducción

Naturalmente que para poder afirmar que el dirigente resulta ser un inductor es menester indicar qué entendemos por esta figura jurídica. Sobre el particular, se puede indicar que para proceder en dicho sentido se debe tener en cuenta, como marco referencial en la definición del mentado título de imputación, lo dispuesto por el art. 24 de nuestro Código Penal, que reza: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

De lo preceptuado por dicha norma, se puede advertir que la figura de la instigación cuenta con los siguientes componentes para su configuración: a) la acción que debe de realizar el instigador, esto es, *determinar* al autor a cometer el hecho. También se puede indicar —como elemento implícito en dicha figura— que, al exigir el legislador que el instigador determine el autor, será necesario que el instigador recurra o se valga de algún b) *medio para determinar* al ejecutor del delito.

Asimismo, se aprecia de la lectura de la norma que el legislador exige que el instigador actúe c) *dolosamente*. Un cuarto elemento está relacionado a quién será objeto de la determinación; es decir, el autor del delito al que determinó el instigador, siendo por ello necesario conceptualizar quién podrá ser autor del hecho al que se instigó; vale decir, d) *cuán individualizado* deberá tener el instigador a la persona que pretende que cometa el delito. Además de ello, se deberá de determinar a cometer un hecho punible, resultando problemático el precisar el e) *grado de concreción del hecho* punible a cometer: si bastará que el instigador haga referencia a un delito en forma general o si deberá precisar al ejecutor todos los detalles del injusto a cometer.

Finalmente, se puede apreciar un sexto elemento implícito, que quien realice los elementos descritos en la norma debe de f) *carecer del dominio del hecho*, pues de lo contrario dejará de ser considerado instigador y su conducta podrá ser vista en grado de autoría. Así, entonces, procederemos a indicar qué entendemos por cada uno de los elementos señalados para posteriormente analizar si los mismos son factibles de engarzarse en la conducta que despliega el líder de un aparato organizado de poder.

1.a. Determinar

Sobre el particular se puede indicar que la doctrina penal es homogénea al conceptualizar dicho término, ya que resulta pacífico entender a dicho vocablo como provocar, hacer nacer la resolución criminal en un tercero o decidirlo a la comisión de un hecho punible. Asimismo, es pacíficamente aceptado por la doctrina la corroboración de un nexo o causalidad entre la provocación realizada por el instigador y la resolución tomada por el ejecutor, porque de no poder afirmarse dicha relación, no podría predicarse la contribución al evento por parte del influidor, lo que a su vez significaría que el ejecutor sería —en casos ejecute el hecho— un *omnimodo facturatus*¹³.

Ahora bien, debido a que el autor de un delito siempre se encuentra en un estado psicológico —en los delitos dolosos— de convencimiento de cometer el injusto, se puede advertir que dicho estado psicológico lo alcanza ya sea por autodeterminación o por la injerencia de un tercero, heterodeterminación. Debido a estas dos modalidades de llegar a decidirse por la comisión del delito, es que resulta necesario hacer hincapié

13 En ese sentido, por mencionar solo algunos, Roxin, 2014, p. 226 y ss; Ambos, 2004, p. 290 y ss; Jescheck y Weigend, 2014, p. 1026 y ss; Muñoz Conde, 2004, p. 161 y ss; Bacigalupo Zapater, 1999, p. 526 y ss; Faraldo Cabana, 2004, p. 175 y ss; Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, 2011, t. II, p. 157 y ss; Villa Stein, 2014, p. 378 y ss; Villavicencio Terreros, 2013, p. 513 y ss.

en el proceso de toma de decisión del ejecutor, ya que será ahí donde se podrá apreciar la posible contribución al injusto por parte del instigador.

Siendo de relieve el proceso decisorio, resulta conveniente puntualizar que para dicho proceso decisorio es necesario advertir la concurrencia de: i) un *mensaje*, entendido este como la comunicación de la pretensión del emisor de que su receptor se decida a ejecutar una acción criminal; naturalmente resulta indispensable dicho elemento para el proceso decisorio, pues el emisor no podría determinar al receptor si no existe ningún tipo de comunicación entre ambos. Otro elemento es el ii) *medio*, entendido como las diversas circunstancias de las que se vale el emisor para conseguir el fin deseado, dicho componente es también necesario, ya que el influidor siempre deberá de revestir de alguna manera el mensaje —pretensión delictiva— para así generar algún estímulo en el receptor del mensaje e iniciar —por parte del receptor— el ejercicio de calibración respecto a si comete o no el injusto que se le requiere. Así se puede indicar que tanto el mensaje como el medio originarán un influjo psicológico —estímulo— para el instigado, influjo que podrá, en tanto sea idóneo, llevar de un estado psicológico primigenio —a) inclinación a cometer el delito, pero sin resolución a cometerlo, o b) un estado de indiferencia absoluta a delinquir— a otro subsecuente —de resolución a cometer el delito— al instigado; vale decir, a determinarlo por la comisión del injusto.

Al hilo de las ideas descritas, podemos sostener que el estímulo —influjo psicológico— es la causa de la decisión del instigado y por lo mismo puede ser tenido como un elemento que informa respecto del grado de contribución del instigador en el evento; sin embargo, el peso específico que puede tener el influjo en la toma de decisión, el cuánto inclina la balanza para que el instigado se decida a cometer el injusto, es una cuestión solo advertible en el fuero interno del instigado; motivo por el cual no podría tenerse como elemento cuantificable para atribuir responsabilidad al instigador. Por ende, siendo el influjo psíquico causado por el mensaje y el medio; y teniendo en consideración que el mensaje

siempre es el mismo —ya que siempre el emisor-instigador deberá comunicar su pretensión delictiva, pudiendo ser tenido por ello como un factor *ceteris paribus*— solo resulta posible realizar un análisis respecto de la idoneidad del medio empleado por el instigador para poder apreciar así su responsabilidad sobre la realización del injusto.

1.b. El medio a emplear

A la sazón de las ideas vertidas *ut supra*, se puede afirmar que el medio a emplear por el instigador se encuentra constituido por las diversas circunstancias que recubren el mensaje. Ahora, debido a que el influjo psíquico no puede ser graduado, tendrá que enfocarse el análisis en el medio que emplee el instigador, pues dependerá de la idoneidad de este la gestación de un influjo psíquico suficiente para la determinación del instigado. Pero, debido a que ya se señaló la imposibilidad de cuantificar el influjo psíquico y que por lo mismo no se puede apelar a este para certificar la suficiencia del “medio” empleado por el instigador, es que resulta necesario recurrir al análisis de límites mínimos y máximos del medio empleado, para así, en función de dicho “rango”, poder admitir la contribución en el evento por parte del instigador.

En función de lo anotado, resulta factible postular que el límite máximo del medio empleado en la instigación quedará marcado por aquel anterior que haga al influidor sobrepasar los linderos de la participación; así no podría valerse de medios que le hagan ostentar una superioridad intelectual sobre el evento o coaccionen la voluntad del ejecutor, ya que ello conduciría al influidor a ser la figura central del suceso. De otra parte, como límite de mínima intensidad, se puede afirmar, debido a que todo partícipe domina la actividad con la que contribuye al injusto, que al no ser posible dominar lo que no se hace, no es posible que se contribuya —instigue— mediante un no-hacer¹⁴. Pero de lo afirmado

14 De opinión contraria, aunque admite que su postura es la minoritaria en la doctrina. Roxin, 1999, pp. 525-529.

no se debe de concluir que cualquier conducta activa puede configurar inducción; por lo que será necesario que para dicha actividad el juzgador valore tanto medios de corte subjetivo (por ejemplo, la relación que puede existir entre el influidor y el influido, o el interés de este último en realizar el delito) como medios de tinte objetivo (obtención de un provecho material por parte del influido), los cuales permitan brindar luces acerca de la intensidad del influjo psicológico producido en el receptor del mensaje.

1.c. El elemento subjetivo

El presente elemento estructural no es de mayor controversia en la doctrina. Así, es de reconocimiento general que el instigador debe obrar dolosamente. En ese sentido, nuestro Código Penal prevé en su art. 24 que el instigador deberá obrar dolosamente; disposición con la cual se zanja cualquier discusión de la posibilidad de una instigación culposa en el contexto normativo local.

Ahora bien, la doctrina suele indicar —casi de manera unánime— que el instigador debe de obrar con un “doble dolo”. Mediante dicha expresión se hace referencia a que no solo el instigador debe proceder con consciencia y voluntad, sino también debe de influir en la comisión de un delito doloso.

Por nuestra parte, solo podemos sumarnos a la opinión mayoritaria, pues si bien nuestro código solo hace alusión a que el instigador debe determinar a la comisión de un “hecho punible”, situación que permitiría sostener que podría instigarse a un delito culposos, ya que los hechos punibles pueden ser dolosos o culposos; empero, entendemos que no resulta aceptable inclinarse por una interpretación que avale la instigación a delitos culposos, pues en dicho supuesto, al no tener que actuar el agente-instigado con conocimiento y voluntad, no estaría siendo determinado en sí a cometer un hecho punible, pues no se puede inferir de ello que el instigado va a cometer un delito, sino solo

que el instigado pretende asumir una conducta riesgosa de la cual no puede tener certeza si lesionará algún bien jurídico; lo que es lo mismo, la realización de una acción imprudente.

1.d. El grado de determinación del ejecutor

Conforme lo señala Roxin (2014, p. 258), existe unanimidad en considerar que no resulta indispensable que sea interpelada una persona individualmente determinada, siendo suficiente con que se influya a cualquiera de un círculo determinado de personas.

Por no discrepar de la doctrina, se puede indicar que también entendemos que no resulta necesario que el instigador y el instigado se conozcan o tomen contacto directo, debido a que el único límite para que se produzca el acto de comunicación entre ellos estará marcado por el desarrollo de la tecnología de los medios de comunicación.

1.e. El hecho a inducir

Respecto al grado de concretización del hecho se puede indicar que debido a que el ejecutor-instigado deberá de obrar dolosamente, ello significará que el instigador sabrá y querrá la configuración de los elementos descritos en la norma penal. Entonces, ello nos permite concluir que el inductor deberá —como contenido de su pretensión delictiva— solicitar la realización de un hecho que se corresponda con un determinado tipo penal, debiéndose referir el instigador a un tipo penal en concreto. Además, la adopción del criterio que tiene como referente la configuración de un tipo penal determinado permite brindar una adecuada solución cuando el instigado comete un hecho no propuesto por el instigador; esto es, cuando realiza un injusto agravado —el mismo que ya no será achacable al instigador porque se sobrepasó los márgenes del tipo penal al que este incitó— o cuando realice un hecho menos gravoso —pues se pudo haber instigado a la configuración de un tipo penal cualificado, pero el ejecutor solo realiza el tipo base; entonces, al contener ya el tipo

agravado los elementos típicos del injusto base, el instigador deberá de responder por lo que ejecute el instigado—.

De otra parte, se puede indicar que si bien cierto sector de la doctrina exige que el instigador precise elementos individualizantes del hecho (objeto, lugar, tiempo, etc.) o demanda la mención de las dimensiones esenciales —medida del daño y dirección del ataque—. Sin embargo, discrepamos de dichas exigencias, ya que entendemos que las precisiones del hecho son parte del medio del que se vale el inductor para determinar al ejecutor, ya que algunos ejecutores podrán persuadirse más fácilmente cuando el inductor realiza la planificación del evento.

1.f. El dominio del hecho

Sobre dicho criterio orientador se puede indicar que, según lo ha señalado Roxin, será autor quien¹⁵ se encuentra en el centro del acontecer y estará en el centro del acontecer quien *dirige y determina decisivamente* el hecho (Roxin, 1999, p. 368). Así, respecto de las dos variables que emplea ROXIN para poder percibir quién será autor de un evento delictivo, podemos señalar que entendemos que a una persona se le puede reconocer la dirección de un evento cuando garantiza la realización de ciertas actividades que regularmente conllevaría a la producción del evento delictivo; esto es, que su actividad no solo se limita a trazar el derrotero a seguir, sino también corrige las operaciones según las necesidades que se presenten para llegar a realizar un hecho. Quien garantice ello, debe de ser considerado como figura central del suceso.

En cuanto a la segunda variable podemos señalar que quien determine decisivamente el hecho deberá de ser considerado autor, ya que

15 Se cita el criterio desarrollado por el profesor Roxin, pues el mismo ha sido de gran calado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, empleándose incluso para la selección del título de imputación en casos emblemáticos como es el del líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso y para el caso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori.

justamente al ser su actividad decisiva —la que *decide* la producción del hecho— se le reconocerá como la figura central del evento. Entonces, podemos afirmar que al ser el *dirigir* una actividad propia de un autor —vale decir, una forma de determinar decisivamente el evento—, concluimos que no resulta necesario, para endilgar la calidad de autor, la corroboración de ambas variables, pues la determinación decisiva del hecho engloba la conducta de dirigir, pero no se agota en la misma; así, por ejemplo, se puede indicar que ejecutar el injusto también es una forma de determinación decisiva. En ese orden de ideas se puede señalar que el instigador, al limitarse en conseguir que otro ejecute el delito, no puede ser tenido como figura central del suceso, ya que no solo no ejecuta el mismo, sino que al limitarse a requerir a un tercero que ejecute el evento, su actividad se circunscribe como máximo en señalar la línea a seguir por el ejecutor, si se quiere, su aporte constituye en “trazar el plan”; pero no en tomar las decisiones en pleno desarrollo del evento delictivo para asegurar el resultado; por lo que no se puede afirmar que *dirija* el mismo.

2. Análisis de la actividad desarrollada por el líder de una organización criminal

Ahora bien, ya habiendo desarrollado los elementos estructurales para la configuración de la instigación, resulta oportuno proceder a examinar si la conducta que ordinariamente despliega el líder de una organización se logra moldear a los elementos del indicado título de imputación. En ese sentido se procede a dilucidar si el dirigente cuenta con el dominio del hecho.

En este punto no se procederá a reiterar las razones expuestas *ut supra* referidas a los diversos cuestionamientos desarrollados contra las tesis que ensayan la calidad de autor del jefe de la organización, valga solo indicar nuestra adhesión a estas. Por nuestra parte, proponemos sumar una razón más que tal vez pueda ayudar a advertir la real contribución en el hecho por parte del cabecilla de la organización. Proponemos,

pues, volcar la atención no ya en la existencia de un aparato de poder consolidado, sino en el origen de este para intentar explicar así el origen de la dirigencia del hombre de la cúspide.

En ese sentido, entendemos que quien será señor de la organización en algún momento debe de desplegar cierto tipo de actividad para hacerse con la dirigencia; siendo solo posible el despliegue de dicha actividad en dos momentos; a saber: i) con el nacimiento de la estructura de poder o ii) cuando el aparato de poder ya se encuentra constituido. En cuanto al primer momento, se puede indicar que una persona podrá asumir la dirección de un aparato organizado de poder cuando, fungiendo como una especie de *socio fundador*, intervenga en la gestación del aparato, siendo elegido por sus pares *socios fundadores* como la persona que tomará las riendas de la organización; mientras que, respecto del segundo momento, se puede indicar que este se presentará cuando el aparato organizado de poder ya se encuentra establecido y se produzca una disputa por la dirigencia de la estructura criminal; por lo que quien pretenda ser el nuevo dirigente competirá con quien ya regenta el dominio de la organización para hacerse de este.

Ahora bien, se puede advertir que no importa en cual de los dos momentos nos encontremos, siempre es común a ambos que, quien ostente la cima de la organización, no alcanzará la misma por fuente legal o contractual; esto es, que no contará con el reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal para poder disponer que sus adláteres realicen hechos delictivos y, en consecuencia, no podrá ser reconocido normativamente como responsable de los actos que estos comentan.

Así las cosas, estando a que ningún líder de una organización criminal estructurada verticalmente puede contar con una expectativa normativa válida para ordenar la comisión de delitos; por ende, debe buscar otras fuentes para hacer prevalecer sus decisiones en el interior de la agrupación criminal. Por consiguiente, quien pretenda el liderazgo recurrirá a diversas fuentes, por ejemplo, podrá valerse del empleo de amenazas, agresiones físicas, recompensas, discursos, etc; pero lo que debe

de evidenciar dicha variedad de medios es que la persona que ostente la dirección de la organización es quien cumpla con el perfil necesario para sacar adelante la empresa criminal; lo que en buena cuenta puede reseñarse de la siguiente manera: *quien desea ser líder debe de mostrar a los otros que sus decisiones serán las más adecuadas para el cumplimiento de los objetivos criminales*. Idea que a su vez permite afirmar que quien necesita persuadir constantemente de que sus decisiones son las más adecuadas no puede ser reconocido como quien manda a los otros.

Sobre la base de las ideas desarrolladas se puede señalar que la actividad del dirigente no configura autoría directa, ya que el hombre que se encuentra en la cima de la cúspide no realiza de propia mano el injusto. Respecto a una posible intervención como autor mediato, se puede indicar que para la configuración de dicho criterio de imputación se requiere que el hombre de atrás recurra al engaño o a la coacción, medios que no son los empleados por el dirigente para hacer que sus decisiones sean acatadas, pues, como se ha indicado, este emplea como medio el mostrar su decisión como la mejor elección para el desarrollo de la empresa criminal, siendo justamente por ello la no necesidad de recurrir a la violencia o el engaño¹⁶.

De igual manera, se puede indicar que no existirá regularmente un aprovechamiento de la disposición de un ejecutor, ya que si bien de la naturaleza de la actividad desarrollada por el dirigente se podría calificar que los otros integrantes de la empresa criminal son proclives a realizar delitos; sin embargo, no es el caso que el hombre de atrás pueda emplearlos a su antojo, sino más bien deberá —en primer término— legitimarse como líder mostrando que sus decisiones resultan idóneas y solo luego de ello es que podrá solicitar al resto de miembros de la organización la comisión de determinada actividad. Finalmente, en cuanto a la coautoría, se puede

16 Se puede acotar que en caso el dirigente emplee la violencia para hacer que los adláteres ejecuten lo requerido, ahí sí estaríamos ante la configuración de autoría mediata, respecto del hecho en concreto que se comete bajo el empleo de la violencia o engaño por parte del dirigente.

indicar que entendemos que tampoco resulta posible la configuración de la misma, ya que no se advierte que en los casos de una actuación mediante aparatos organizados de poder el hombre de atrás llegue a asumir algún rol en la ejecución del injusto¹⁷. Así, entonces, se puede concluir que la actividad desplegada por el dirigente no denota dominio sobre el acontecer; por lo que tampoco se puede sostener que no podrá reputarsele ningún tipo de título de imputación en grado de autor.

Ya habiéndose indicado que no es posible apreciar el dominio del hecho en la actividad que despliega el líder de la organización, se procederá a analizar si la conducta de este provoca la resolución criminal del adlátere del aparato organizado de poder. En ese sentido, se puede indicar que resulta ordinario —en los contextos de actuación en el marco de un aparato organizado de poder— apreciar que el hombre de la cúspide de la organización exprese de manera directa y sin ambages su pretensión delictiva.

Ahora bien, debe indicarse que el empleo, en no pocas organizaciones, de ciertos códigos o claves para referirse a eventos, no puede ser visto como un mensaje poco claro por parte de la dirigencia y que, por ende —al ser el mensaje confuso—, no pueda afirmarse el conocimiento tanto por parte del hombre de la cima como del ejecutor de la realización de un delito, puesto que el empleo de estos —los códigos y claves— son con la finalidad de que los mensajes no puedan ser de

17 Sobre la posibilidad de coautoría en estos contextos, ha indicado ROXIN, 1999, p. 311, que se podría configurar coautoría cuando el líder dirige la ejecución del hecho criminal, pues señala que no habría duda que el hecho se vendría abajo si cae la central de mando. Sin embargo, no compartimos lo indicado por el profesor alemán, pues por mucho que los ejecutores sigan lo planeado por el hombre de la cima de la organización, no es del caso que si la central de mando cae, el injusto se frustre, ya que nada impide que los ejecutores prosigan en la realización del evento delictivo; a lo indicado, podemos añadir que no compartimos el empleo del término referido a que el dirigente de la organización *mande* durante la ejecución del evento, porque el mostrar cierto obrar —un plan— como una forma idónea para realizar algún delito, significa no *mandar*, sino persuadir a través de la palabra y es por ello que los adláteres realizan el plan según lo solicitado por el dirigente.

fácil acceso a terceros ajenos al aparato de poder criminal; pudiendo ser ejemplos de ello el empleo de la expresión “solución final”, por encerrar una idea muy clara para los miembros de la cúpula del régimen nazi, o la de “sacar al pez del agua”, empleada en la lucha contra la subversión. Situación que permite afirmar que existe un mensaje de contenido delictivo que el regente del aparato de poder transmite.

En cuanto al revestimiento del mensaje —esto es, el medio que se empleará para generar un estímulo en el receptor del mensaje— se puede indicar que en el marco de actuación de aparatos organizados de poder se advierte la existencia del funcionamiento de dos tipos de medios: 1) uno referido a la misma organización y 2) otro referido a quien regenta esta. Sobre el primer medio se puede indicar que toda organización criminal, por su sola existencia, emite un mensaje a la sociedad en la que se desenvuelve, consistiendo este en que existe una entidad altamente especializada en la comisión de injustos, ya que la misma, al estar conformada por una pluralidad de personas, brinda no solo mejores posibilidades de perpetración del injusto —lo que repercutirá en una mayor facilidad de comisión del mismo—; sino también informa de cierta capacidad de cobertura a sus ejecutores por el injusto perpetrado, porque el aparato organizado de poder podría tener un brazo legal que abogue por la impunidad de los miembros de la organización. También incluso podría contar con influencia en el ámbito político encaminada a dicha finalidad; por ejemplo, piensese en la existencia no solo de abogados que pueden integrar la asociación criminal, sino que esta incluso contaría con miembros en el parlamento que pudieran emitir una ley —de amnistía— para favorecer a los miembros de la organización o que algún ministro de algún sector pueda negarse a brindar información respecto de la identidad de los miembros de la organización criminal. Así, entonces, dicho primer medio es mostrar las facilidades que brinda el aparato organizado de poder en la comisión de delito.

En cuanto al segundo medio se puede indicar que este está referido a la existencia de recursos, de los cuales puede disponer el dirigente de

la organización. Pudiéndose indicar que el dirigente podrá ofrecer algún provecho material a los ejecutores de los eventos delictivos, ya que dependiendo del grado de desarrollo del aparato organizado de poder los adláteres del mismo podrán acceder a recompensas tanto de orden material (piénsese en mejores sueldos para los miembros ejecutores o asensos en el seno de la organización) como de orden subjetivo (así, la consolidación de sentimientos de mayor pertenencia al grupo, reconocimiento y respeto de parte de miembros de la organización, que se puede apreciar a través de la entrega de medallas como reconocimiento de la ejecución de ciertos actos); inclusive, en caso de negarse algún ejecutor, el hombre de la cima de organización puede recurrir a ciertos medios que constriñan al hombre de adelante —pero no al punto de anular su voluntad— a realizar el acto que le es requerido; así, puede apelarse a la reducción de ingresos que la organización entregaba al ejecutor, truncar aspiraciones de asenso en la pirámide organizacional o removerlo de algún puesto clave y restarle poder al miembro de la organización.

Con relación al elemento subjetivo, “doble dolo” que exige la instigación y su posibilidad de configuración dentro de un aparato organizado de poder, es de señalar que el mismo es de sencilla configuración, ya que el líder de un ente criminal; al conocer que ostenta dicho puesto, le resultará normal requerir a un adlátere la comisión de un hecho punible, ya que la comisión de delitos es una actividad cotidiana de la organización criminal para alcanzar sus fines. Además, el peón de la organización sabrá que va a cometer un delito, pues justamente al pertenecer a una entidad criminal, sabe cuál es la finalidad de dicha organización; es decir, sabe que en el marco de esta se comenten delitos. En resumen, se puede indicar que se advierte la existencia del doble dolo, pues la interacción del líder y el adlátere se da en el marco de una entidad criminal

Asímismo, se puede señalar que si bien una organización criminal puede llegar a ser una entidad muy compleja y extensa, lo que significará que cuente con un gran número de miembros y que por ende le sea difícil al líder del aparato la identificación de de quien será ejecutor de

su requerimiento; sin embargo, en un aparato organizado de poder, sus integrantes cumplen determinadas funciones, siendo justamente dicho nivel de organización del aparato que permitirá la determinabilidad del ejecutor; vale decir, que al ser un determinado grupo de personas de las organización los encargados de ejecutar los requerimientos, muy a pesar que el líder no los conozca o no interactúe directamente con los miembros de dicho estamento; empero, la selección de determinadas personas para dicha actividad permite que el ejecutor sea determinable.

Finalmente, en cuanto al grado de concretización del hecho a inducir, nuevamente podemos apelar a que se debe tener en cuenta que la interacción entre el hombre de la cima y el esbirro del aparato se da en el marco de una organización criminal; en consecuencia, al estar destinada la organización a cometer delitos, no resultará problemático advertir que el hombre de la cúspide transmite su deseo de comisión de un delito en concreto. Cabe señalar que en caso de que el líder no llegue a precisar mínimamente el delito que pretende que el ejecutor cometa, de advertirse la falta de conocimiento en el esbirro respecto a que cometerá un delito, se advierta que no era posible determinar al autor material del evento o que no fue empleado un medio suficiente; entonces, naturalmente no se podrá afirmar una intervención en la comisión del injusto en grado de inducción por parte del hombre de la cúspide, debiéndose de preferir otro título de imputación. Pero, insistimos, lo que regularmente se produce es una intervención en grado de inducción.

IV. CONCLUSIONES

El líder de un aparato organizado de poder no cuenta con el dominio del evento, pues no puede dirigir en concreto el mismo.

Los requerimientos delictivos del hombre de la cima no son órdenes, ya que este debe legitimar constantemente su liderazgo; así, entonces, persuade continuamente que su decisión es la mejor para la supervivencia de la organización.

La existencia de un aparato organizado de poder, al ser una organización criminal, sirve como medio para persuadir a los ejecutores por las facilidades que ofrece aquella para cometer injustos e incluso para brindar impunidad a sus miembros.

Teniendo en cuenta lo indicado se puede aseverar que la conducta que despliega el líder de un aparato organizado de poder no se corresponde con ninguna forma de actuación en grado autoría, pues tal como ya se ha demostrado no cuenta con dominio del acontecer. Siendo que la facilidad de encaje de los elementos estructurales de la inducción en la actividad realizada por el jefe de un aparato organizado de poder es que, a contracorriente de la doctrina mayoritaria, preferimos el título de imputación de instigador.

Al reconocerse la calidad de instigador del cabecilla de la organización, ya no resulta necesario acreditar los variopintos caracteres que han ensayado penalistas para afirmar dicha condición; esto es, lo dificultoso que puede resultar recabar medios de prueba y corroborar si existía un número considerable de ejecutores, cuáles es el mínimo indispensable para el caso en concreto —inclusive, según la vertiente que elija el juzgador, si el hecho era recuperable o no—, si la organización actuaba al margen del derecho —parcialmente o total y respecto a qué ordenamiento, sólo el positivo o también el suprapositivo—, si el agente ya contaba con una elevada disposición al cometer el hecho, si existió un acuerdo entre el ejecutor y el hombre de atrás y cuándo se selló el mismo, y qué hacer en caso de tentativa. Siendo, por el contrario, al elegirse la instigación, solo necesario únicamente verificar —en lo que no es común con los otros planteamientos, pues en todos existe la necesidad de certificar la existencia de la estructura criminal, el liderazgo del hombre de atrás respecto de dicha estructura y la existencia de un requerimiento emitido por aquel para la comisión de un injusto— que la organización cuente con cierto nivel para poder apreciar que ofrecía ciertas ventajas al esbirro de la misma y/o que el esbirro al obrar en el marco de la misma se ahorra ciertas represalias.

Por último, debido a la finura y complejidad que significa sostenerse en la cima de la organización y principalmente la influencia que ello representa para los adláteres de la organización, es que resulta adecuado imponer una sanción penal equivalente a la de un autor al líder del aparato organizado de poder.



Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutupacifico.pe