

NÚMERO 47

2023

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 47

2023-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirector: D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)

Secretario académico: D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)

Secretaria económica: Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política y Relaciones Internacionales - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- D. Víctor Bethencourt Rodríguez (Derecho administrativo - Universitat de València)
- D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
- D. Jaime Coulbois Bernardo (Ciencia política y Relaciones Internacionales - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- Dña. Diana Rosa Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universität Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - Universität Münster)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social - UAM)
- Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)
- Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
- Dña. Alejandra Soto García (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
- Dña. Ana Belén Valverde Cano (Derecho penal - UAM)
- Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

Consejo asesor:

- D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)
- D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:


Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid



Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 47 (2023-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2023.47>

ARTÍCULOS

Daniel MARCOS MÉNDEZ «El sentido de Cataluña como nación: el nacionalismo catalán tras la STC 31/2010»	9
Luis Miguel GARCÍA LOZANO «La regulación de las centrales hidroeléctricas en España, Italia y Francia ante el reto de la reversión»	31
Pedro Pablo CAIRAMPOMA BARRÓS «El título de imputación a los mandos intermedios de un aparato organizado de poder»	55
Elisa SIMÓ SOLER, Eloy PEÑA ASENSIO, Anna GARCÍA HOM, Ramón-Jordi MOLES PLAZA «Las megaconstelaciones de satélites como amenaza a la seguridad»	83
Gema CLARIMÓN ESCUDER «Los delitos de distribución de contenidos en las TIC dirigidos a promover el suicidio o las autolesiones de los menores de edad y personas con discapacidad: un examen desde los principios limitadores del <i>ius puniendi</i> »	103
Jaime ARMIJO FORERO y Eduardo VICENT VALIENTE «¿Cómo devolver la protección al trabajador? crítica y reforma de las consecuencias del despido improcedente»	125
Marc SUÑER PERNALETE «El arbitraje de la cuestión de límites entre Venezuela y la Guayana Británica: de la ausencia de España al controvertido laudo Martens» ..	141
ESTADÍSTICAS	161
NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES	163

EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN A LOS MANDOS INTERMEDIOS DE UN APARATO ORGANIZADO DE PODER*

THE CRIMINAL LIABILITY OF THE MIDDLE COMMANDS IN AN ORGANIZED APPARATUS OF POWER

PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS**

Resumen: Sin duda alguna los mandos intermedios de un aparato organizado de poder constituyen una pieza de gran importancia, pues permiten articular las decisiones emitidas por la dirigencia con las actividades que los adláteres desplegarán. Pero no en todos los casos la intervención de un mando medio puede ser entendida como de suma trascendencia para la ejecución de injustos. Así, en algunas ocasiones el mando medio se limitará a retransmitir las disposiciones de la cúpula; mientras que en otras ejercerá el poder que sobre una parcela de la organización le reconoce el aparato de poder. Teniendo en cuenta esas dos posibilidades de intervención, el presente trabajo propone diversos títulos de imputación, según sea el caso.

Palabras clave: Retransmisión de orden superior, contribución no escasa, órdenes complementarias, contribución escasa, deber general de no dañar.

Abstract: Undoubtedly, the middle management of an organized apparatus of power is a very important element, since it makes it possible to articulate the decisions issued by the leadership with the activities to be carried out by the followers. But not in all cases the intervention of a middle management can be understood as being of the utmost importance for the execution of injustices. Thus, on some occasions the middle command will limit itself to relaying the dispositions of the leadership; while on others it will exercise the power over a part of the organization recognized by the apparatus of power. Considering these two possibilities of intervention, this paper proposes different titles of imputation, depending on the case.

Keywords: Retransmission of superior order, contribution not scarce, complementary orders, scarce contribution, general duty not to harm.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2023.47.003>

Fecha de recepción: 27/10/2022

Fecha de aceptación: 07/11/2022

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho penal por la Universidad Autónoma de Madrid. El presente trabajo se desarrolló con motivo del Trabajo de Fin de Máster redactado bajo la dirección del profesor doctor Enrique Peñaranda Ramos, que sin su guía no hubiese sido posible de realizarlo. Correo electrónico: pedro.cairampomabarros@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ORIGEN DE LA DISCUSIÓN; III. DIVERSAS TESIS DE TÍTULOS DE IMPUTACIÓN; 1. El mando medio como autor; *A. La autoría mediata*; *B. La coautoría*; 2. El mando medio como partícipe; *A. La instigación*; *B. La complicidad*; IV. TOMA DE POSTURA; 1. Mando medio como retransmisor de órdenes; 2. Mando medio con poder de decisión; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los crímenes cometidos en el marco de aparatos organizados de poder causan gran conmoción tanto en la sociedad como en el Estado en el que operan, ello debido a que, al contar con mayores recursos materiales y personales que los que un sujeto individualmente considerado puede ostentar, pueden dividir las actividades que implica la ejecución de un delito entre cada miembro de la organización y así contar con altas probabilidades de que los objetivos y planes dispuestos por la cúpula se realicen. Es por ello que dicho tipo de organización es de gran peligrosidad para cualquier sociedad.

La atención de la doctrina en determinar el título de imputación de los diversos integrantes de un aparato de poder se debe no solo a su peligrosa eficacia para cometer delitos, sino también a la compleja forma de organizarse¹. Y la forma de organizarse alcanza tal nivel de complejidad que cierto sector de la doctrina² afirma que los casos bajo análisis no pueden aprenderse adecuadamente con los baremos del delito individual, agregando que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global.

Así, con la finalidad de aportar a tan relevante temática, la cual no ha perdido vigencia como lo demuestra el relativamente reciente juicio seguido contra Irmgard Furchner³ o los casos de delitos que continúa perpetrando el terrorismo religioso Salafista-Yihadista⁴,

¹ Para un mejor conocimiento de la complejidad en la estructuración de los aparatos de poder se puede tener en cuenta el caso del régimen nacional socialista, para ello vid. HILBERG, R., *La destrucción de los judíos europeos*, Madrid, (Akal), 2005, pp. 67-76. A su vez, explicando en detalle la complejidad de la agrupación terrorista ETA vid. LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, Madrid (Dykinson), 2019, pp. 236-249.

² En dicho sentido, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. Cuello Contreras, Serrano de Murillo & Cobo del Rosal), 7.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2000, p. 270.

³ Quien cuenta con noventa y seis años y se desempeñó como secretaria del régimen nazi en el campo de concentración de Stutthof, en el cual se llevó a cabo el asesinato de once mil trescientos ochenta personas, juicio que se inició en la segunda mitad del año 2021. Informando sobre el particular, entre otros medios de comunicación, el periódico Bild. Disponible en: <<https://www.bild.de/regional/hamburg/hamburg-aktuell/holocaust-ueberlebender-sagt-im-prozess-gegen-irmgard-furchner-96-aus-meine-kind-78468738.bild.html>> [consultado el 03/08/2022].

⁴ LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, cit., p. 258. Indicando dicho autor que las organizaciones terroristas Salafista-Yihadistas recurren a estructuras jerárquicamente organizada y también a organizaciones en red.

se abordará el problema del grado de intervención de los mandos intermedios en dicho tipo de organizaciones. Entiende también el suscrito que el desarrollo del tema se justifica en la medida en que este tipo de individuos cumplen un papel importante para la organización, pues son quienes se encargan de viabilizar los órdenes y objetivos previstos en la cúspide de la organización criminal; además, porque, cuanto menos en términos cuantitativos —al existir regularmente más mandos intermedios que líderes de una organización—, los mandos intermedios representan una gran parte de la carga de los Tribunales al momento de decidir sobre la presente constelación de casos.

Además de ello, sin desconocer que efectivamente el fenómeno de la criminalidad organizada es de alta complejidad, se pretende brindar una propuesta de solución a la intervención de los mandos intermedios, prestando especial atención a los títulos de imputación tradicionales, pues, como anota Bolea Bardón⁵, la vía alternativa de forzar categorías tradicionales para dar cabida en ellas a nuevas formas de intervención delictiva tiene como principal inconveniente el desdibujar los límites que, con tiempo y esfuerzo, se han ido trazando en torno a cada una de las figuras que ya conocemos. Corriéndose, además, el riesgo del que advierte Peñaranda Ramos⁶, esto es, que las formas de intervención podrían quedar a disposición de cualquier consideración político-criminal, como de hecho ya estaría sucediendo.

Con dicho propósito, el presente trabajo se estructurará en tres partes. El primer apartado iniciará con la presentación de la situación actual de la problemática sobre la materia. Para ello se abordará tanto la génesis de la discusión de la pluralidad de intervinientes, como la exposición de las diversas posturas que la doctrina penal ha desarrollado a lo largo de la historia para dar respuesta a la intervención de varios agentes en la comisión de un hecho delictivo.

La segunda parte de la presente investigación estará dedicada a la exposición detallada de las distintas tesis que defienden tanto la atribución de un título de imputación en grado de autoría como aquellas que propugnan una contribución en grado de participación para los mandos intermedios. Asimismo, se desarrollarán las críticas y réplicas que se han ensayado contra cada una de las alternativas que la doctrina ha propuesto.

En la parte final del trabajo se propondrá el correspondiente título de imputación para los mandos intermedios. Para dicha labor se tendrá en cuenta tanto las diversas tesis que la literatura penal ha propuesto para la presente problemática, como las críticas que se formulan contra cada teoría. Además, también serán objeto de valoración las formas de actuación de los mandos intermedios dentro de un aparato organizado de poder.

⁵ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 374.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», en: MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), VALIENTE IVÁÑEZ, V. (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Madrid (Edisofer), 2016, p. 277.

Por último, resta indicar que el único objetivo de la presente investigación es actualizar y fomentar la discusión sobre el título de imputación de los mandos intermedios de un aparato organizado de poder y que el saludable debate repercute en el quehacer de los administradores de justicia.

II. ORIGEN DE LA DISCUSIÓN

Como fácilmente podrá suponerse, el origen de la disquisición respecto del título de imputación para cada individuo en el caso de la concurrencia de una pluralidad de agentes en la comisión de un delito es de *larga data*. Así podríamos remontarnos a la baja Edad Media, periodo en el cual los juristas italianos distinguían entre las figuras del auxilio, consejo, mandato y el autor principal (*faciens, malefactor*)⁷, o incluso relatar la problemática de la figura del complot, figura ya regulada en la *Constitutio Criminalis Carolina*, en tanto da cuenta de la concurrencia de varios en la ejecución de un delito, siendo todos los intervinientes autores sin importar la distancia de su contribución respecto del hecho o la eficacia de aquella para producir el resultado⁸. Pero, debido a que el fenómeno de los aparatos organizados de poder no existe desde hace mucho tiempo, no es necesario profundizar en las antes indicadas formas de intervención delictivas.

Así se puede señalar que la literatura penal especializada ha considerado como modelos prototípicos de un aparato organizado de poder a los Estados totalitarios del siglo XX y a las organizaciones terroristas⁹. Fenómenos sociales que, como es de conocimiento general, no son muy antiguos¹⁰. Una característica de este tipo de organizaciones es que están basadas en el principio de jerarquía y división del trabajo. De esta manera, los ejecutores no son quienes toman las decisiones en la organización, sino que, por el contrario, ocupan la base

⁷ PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Buenos Aires (BdeF), 2015, pp. 13 y ss. Quien da cuenta de las diversas figuras delictivas empleadas en aquellos años y la relación de dependencia existente entre las formas de intervención en el delito.

⁸ *Ibidem.*, pp. 161 y ss.

⁹ Adicionando las organizaciones estatales y tipo mafioso vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 195 y ss.

¹⁰ Cabe señalar que, si bien se puede fechar el inicio del fenómeno del terrorismo en el siglo XIX con el anarquismo, dicho movimiento de corte terrorista no se encontraba jerárquicamente estructurado ni tampoco contaba con una clara división del trabajo; basándose, por el contrario, en una estructura desorganizada, ya que incluso sus atentados eran calificados como «acciones aisladas» por las autoridades de la época. Así lo relata LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, cit., pp. 231-234. En similar sentido, HERRERIN LÓPEZ, A., *El nacimiento del terrorismo en occidente*, Madrid (Siglo XXI), 2008, p. XIII, quien descarta que movimientos violentos de inspiración religiosa como los sicarios judíos del siglo I, los asesinos ismaelíes de los siglos XI al XIII e incluso a los *thugs* adoradores de Kali en la India que actuaron hasta el siglo XIX cuenten con la fisonomía que actualmente se le reconoce al fenómeno terrorista.

de la pirámide de mando; mientras, quienes trazan el plan delictivo y ordenan su realización, ocupan la cúspide de la organización¹¹.

Por ello, la constelación de casos objeto del presente estudio encuentra mayor atención en la doctrina y jurisprudencia en el periodo de post guerra, pues en dicho periodo son juzgados los delitos perpetrados antes –solo unos años previos– y durante la segunda guerra mundial, crímenes atroces para los cuales los líderes de los Estados totalitarios, como el del régimen nacionalsocialista alemán, emplearon la maquinaria del Estado para asegurar la realización de sus objetivos criminales. Sin embargo, los juicios celebrados con motivo de las atrocidades cometidas antes y durante la guerra fueron conducidos contra los jefes o máximos mandos de los aparatos de poder generados en los Estados totalitarios¹². Así, no se abordó en dichos juicios la responsabilidad de los mandos intermedios de dichas organizaciones.

Ahora bien, para poder rastrear adecuadamente el inicio de la discusión sobre la responsabilidad de un mando medio es menester ensayar un concepto de mando medio. En dicho sentido, se puede indicar que por tal se entenderá a aquella persona integrante del aparato organizado de poder que no interviene directamente en la ejecución del injusto y, a su vez, no es miembro de la cúpula dirigenal de la organización, vale decir, no decide qué injustos se cometerán. Además, en relación con las funciones de los eslabones medios, estos pueden: i) fungir como retransmisores de órdenes para que los eslabones inferiores procedan a acatar el requerimiento del dirigente; o, ii) en tanto cuenten con cierto poder de decisión, emitir las órdenes «complementarias» a las evacuadas por el líder que permitirán que los designios de la cúpula se concreten¹³.

Teniendo en cuenta lo antes dicho, se puede advertir entonces que el momento en el que adquiere relevancia la cuestión referida al título de imputación del mando medio lo podemos hallar en la segunda mitad del siglo pasado, exactamente, en el juicio celebrado contra el otrora miembro nazi Adolf Eichmann en el año 1961.

En relación con el mencionado integrante del régimen nacionalsocialista, se puede apreciar lo siguiente: i) no fue quien decidió la ejecución de la «Solución final» (*Endlösung*), situación que no permite calificarlo como jefe de dicho aparato organizado de poder, ya que dicha decisión fue adoptada por Adolf Hitler y Heinrich Himmler. Asimismo, ii) no ejecutó de propia mano ningún asesinato, por tanto, no fue un mero adlátere de la organización. Sin embargo, iii) en virtud de la decisión de la cúpula, se encargó de las deportaciones de judíos,

¹¹ En dicho sentido vid. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, J., *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Madrid (Dykinson), 2017, p. 93.

¹² Tal es el caso tanto de los juicios de Núremberg como los de Tokio, que tuvieron en el banquillo de los acusados principalmente a ministros y generales.

¹³ Dando cuenta que aquellas son las posibles formas de intervención de un mando medio, vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La autoría mediata en derecho penal*, Granada (Comares), 1996, pp. 260 y 268. En similar sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid (Universidad Complutense), 1966, p. 187.

que permitió que los peones de la organización cometieran los execrables asesinatos. *Ergo*, Eichmann fungió de eslabón medio de la pirámide organizativa del aparato del nacional socialismo alemán y es en su calidad de tal por lo que resulta de relieve para los fines del presente trabajo¹⁴. Por todo lo antes indicado es que se llega a entender que el caso Adolf Eichmann es *stricto sensu* el inicio de la discusión sobre el título de imputación de un mando medio.

Así entonces, fue el caso Eichmann el que motivó una primera respuesta, en 1963, por parte de la literatura especializada. Sería Roxin¹⁵ quien propusiera la existencia de un dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*); por medio de dicha tesis, el citado penalista reconocerá el título de imputación de autor mediato para los mandos intermedios de la organización. Cabe resaltar que dicha teoría cuenta con muchos partidarios tanto en la doctrina alemana como en la española.

De otra parte, en España, en 1966, fue Gimbernat Ordeig¹⁶ quien abordó dicha temática, proponiendo que el grado de intervención de un miembro como Eichmann debería de ser el de cómplice. Postulado que no cuenta con muchas adhesiones, pudiéndose contar entre ellas la propuesta de Hernández Plasencia¹⁷, si bien discrepa en parte con la postura de Gimbernat al remarcar que el último mando medio que transmite la orden debe de ser considerado instigador.

Actualmente, entre otras tesis para atribuir responsabilidad a los miembros de organizaciones criminales jerárquicamente estructuradas, se cuenta con la tesis de la coautoría, postura que tiene como representantes a Jakobs¹⁸, Ambos¹⁹, Jescheck²⁰, entre otros. Del mis-

¹⁴ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, 4.^a ed., Barcelona (DeBolsillo), 2009, pp. 103-164. Arendt da cuenta de la posición que realmente ocupaba Eichmann en la pirámide organizativa del régimen nacional socialista y en especial en la estructura encargada de la ejecución de la funesta «solución final» y cómo este dependía directamente del jefe de la Sección IV de la Oficina Central de Seguridad del Reich al mando de Heinrich Müller, aunque realmente tenía otro jefe inmediato superior, pero que al ser este «un cero a la izquierda» despachaba directamente con el anterior de los nombrados. Müller a su vez dependía en un primer momento de Reinhardt Heydrich y posteriormente de Ernst Kaltenbrunner, respondiendo este a su vez ante Himmler. Siendo el único campo de concentración que estuvo bajo el mando de Eichmann el de Theresienstadt.

¹⁵ Publicado bajo el título «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate» en el *Goldammer Archiv* de 1963. Dando cuenta de ello, MUÑOZ CONDE, F., «La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado», en: GIL GIL, A. (dir.), MACULAN, E. (coord.) *Intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson,), 2015, pp. 259-260.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, cit., pp. 187-193.

¹⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La autoría mediata en derecho penal*, cit., pp. 273-276.

¹⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* (trad. Cuello Contreras & Serrano Gonzales de Murillo), Madrid (Marcial Pons), 1997, pp. 745-749.

¹⁹ AMBOS, K., «El caso alemán», en: AMBOS, K. (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá (Temis), 2008, p. 25.

²⁰ JESCHECK, H. & WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima (Instituto Pacífico), 2014, p. 1003. Donde expresamente consigna que: «la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización».

mo modo, se cuenta con la tesis de la instigación en cadena, que presenta cierta aceptación en Alemania, mas no así en España, por las razones que se expondrán en su oportunidad. Una última tesis es la de la complicidad o cooperación necesaria, la cual no cuenta con muchos partidarios.

Finalmente, en este brevísimo panorama general del estado actual de la discusión, resta indicar que cierto sector de la doctrina entiende que un aparato organizado de poder también lo constituye las organizaciones empresariales; es así que se pretende trasponer las mismas discusiones generadas para los Estados totalitarios, organizaciones terroristas, mafias y organizaciones estatales al caso de la criminalidad empresarial, situación con la que el suscrito no se encuentra de acuerdo por las razones que muy sucintamente se esgrimirán en el apartado de toma de postura²¹.

III. DIVERSAS TESIS DE TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

A continuación, se procederá a exponer los diversos planteamientos formulados por la doctrina penal para dar respuesta a la constelación de casos referida a la comisión de injustos en el marco de actuación de un aparato organizado de poder y, aunque algún planteamiento se centra en la figura del dirigente de la organización, no será óbice para deducir el correspondiente título de imputación atribuible a un eslabón medio.

1. El mando medio como autor

a. La autoría mediata

Uno de los títulos de imputación que ha ensayado la doctrina penal para el eslabón medio es la de autor mediato, a través de la variante de autoría mediata por aparatos organizados de poder que propuso Roxin²². Dicha tesis parte de reconocer dos tipos de injusto: los de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y de infracción del deber (*Pflichtsdelikte*). En el primer grupo de injustos se aplicará el criterio del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) para determinar quién es autor, reconociendo su existencia, en el marco de un aparato organizado de poder, a través de la fórmula del dominio de organización (*Organisationsherrschaft*). Entonces, según dicha teoría, para que un sujeto pueda ser autor mediato sería necesario: i) que la persona cuente con poder de mando sobre la organización, lo cual significa, que las disposiciones de quien ostenta poder resulten de observancia obligatoria para los miembros de la organización; ii) que la organización se encuentre desvinculada del Derecho (*Rechtsgelöstheit*), siendo relevante dicho criterio para Roxin, pues en caso de no actuar la organización fuera del Derecho las órdenes que emitiese el líder no serían vinculantes, ya

²¹ Dando cuenta de ello DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 25.

²² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., pp. 269 y ss.

que las normas jurídicas son de mayor rango que una orden y excluyen el cumplimiento de cualquier mandato antijurídico²³; iii) la fungibilidad (*Fungibilität*) del ejecutor²⁴, entendiéndose como tal la posibilidad de sustituir a quien se niegue a ejecutar una orden emitida, constituyendo la autonomía de su decisión únicamente un engranaje más de la actuación del aparato de poder.

Ahora bien, en lo que atañe a los mandos intermedios, según el planteamiento antes esbozado, estos serán considerados como autores mediatos del injusto ejecutado por los peones de la organización, en tanto su actuación esté revestida de los tres requisitos antes enunciados; es decir, en tanto el mando medio domine una parcela de la cadena de la organización, que la organización de la cual domina una parte actúe desvinculada del Derecho y que exista la posibilidad de intercambiar a los ejecutores de sus órdenes. De esta forma, el mando medio cuenta con una seguridad rayana a la certeza de que el hecho por él ordenado se cometerá. De esta manera, existiría una cadena de autores mediatos que va desde el líder de la estructura hasta el mando inmediato superior del ejecutor²⁵.

²³ Roxin habría aclarado el contenido de dicho requisito, ya no exigiendo que el aparato en su conjunto se desarrolle al margen del derecho, sino que bastaría su apartamiento respecto de las acciones criminales. Así lo anotan AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2008, pp. 123 y ss., quien por su parte denomina a dicho apartamiento del derecho como *desvinculación en sentido restringido*; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., p. 100; HERZBERG, R., «La Sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder», en: AMBOS, K., MEINI, I. (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 132; CARO CORIA, D., «Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal», en: AMBOS, K., MEINI, I. (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010, pp. 164 y ss.; y FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, Granada (Comares), 2006, p. 184, siendo que esta última autora precisa que la relativización de tal requisito fue planteada por Roxin por primera vez en un Coloquio en Huelva, el 09 de julio de 1998 y publicada en 1999 en versión alemana y española no absolutamente coincidentes.

²⁴ Cabe señalar que el año 2006, en una publicación homenaje para Friedrich-Christian Schroeder, Roxin sumó a los tres elementos uno más, dicho elemento estaba referido a la elevada predisponibilidad del ejecutor al hecho. Empero el propio Roxin se ha apartado de dicha postura señalado que: «Concuerdo con esta postura; no obstante, después de una renovada reflexión considero que si bien es cierto que la “elevada disposición al hecho del ejecutor” puede ser empleada para la fundamentación de la autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado; sin embargo, no se trata aquí de un presupuesto autónomo, sino que este debe ser derivado de los otros elementos del dominio por organización». Por lo que ha retomado su planteamiento original.

²⁵ En dicho sentido, vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 274. De manera similar, vid. AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., p. 116; aunque también se planteará el cuestionamiento de poder considerar al mando medio como coautor; vid. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., pp. 155 y ss.; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en derecho penal*, cit., pp. 373-374; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., p. 205.

Cabe considerar que el antes reseñado planteamiento ha recibido diversas críticas. Es así como desde un sector de la doctrina se sostiene que la fungibilidad de los ejecutantes no puede valer para fundamentar el dominio del hecho respecto de los superiores, ya que el aludido criterio de autoría exige un dominio sobre un suceso en concreto, situación que no proporciona la fungibilidad²⁶. En dicha línea, se objeta que la realización del delito dependería realmente de la obediencia de unos pocos ejecutores, porque un delito solo puede producirse en un determinado momento y lugar, entonces, dicha limitación en espacio y tiempo restringe el número de intervinientes en la ejecución. Por lo tanto, no existe fungibilidad, ya que no hay un número ilimitado de personas intercambiables en la situación en concreto²⁷. Al hilo de dicha crítica, se ha señalado que solo una fungibilidad *inmediata* podría fundamentar el dominio por parte del hombre de atrás, esto es, únicamente cuando el peón de la organización pueda ser intercambiado en el momento mismo en que se niegue a ejecutar el injusto, pues esa sería la única manera de asegurar la ejecución del injusto en concreto. Sin embargo, entienden los críticos, que de ordinario se presenta más una fungibilidad *sucesiva* y que una tan debilitada fungibilidad solo puede ser vista como el aumento de riesgo de producción del resultado²⁸.

A su vez, también se ha cuestionado el carácter hipotético de la fungibilidad, recurriendo al argumento de general aceptación de que las acciones hipotéticas no pueden entrar en consideración al momento de evaluar un desarrollo causal. Al versar la fungibilidad sobre la hipotética posibilidad de sustituir a quien se niegue a cometer el delito ordenado, no podría fundamentar el dominio por parte de los superiores²⁹. También se ha criticado el hecho de que si se considera a un ejecutor como fungible es porque este puede desistir de cumplir la orden, situación que demostraría que la actividad del dirigente es solo configuradora de instigación³⁰.

Por su parte, Jakobs ha criticado la existencia de subordinación y rigidez estructural de un aparato organizado de poder. Así, ha referido que el sí y el cómo una organización desvinculada del Derecho influye en la imputación lo decide el Derecho, mas no la lógica de las organizaciones que actúan al margen del Derecho. Asimismo, agrega que, al obrar libre y responsablemente el ejecutor de la organización, no es posible apreciar subordina-

²⁶ En dicho sentido, vid. ROTSCHE, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden (Nomos), 1998, p. 145.

²⁷ MURMANN, U., «Tatherrschaft durch Weisungsmacht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 143, núm. 6, Decker, Heidelberg, 1996, pp. 269-28.

²⁸ AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., pp. 102-107.

²⁹ RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen (Mohr Seibek), 1997, p. 89.

³⁰ HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en derecho penal*, cit., pp. 274-275. También se puede invocar a MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, Lima (Palestra), 2008, pp. 34-40, quien replica las objeciones referidas a la posibilidad de la negación a cumplir la orden por parte del ejecutor como la de la carencia de fungibilidad inmediata y solo sucesiva y como ello significaría solo un aumento del riesgo de producción del resultado.

ción jurídica alguna a favor de quien dicta las órdenes³¹. También el mencionado autor ha manifestado que es incierto en qué nivel de la jerarquía puede situarse el autor mediato, si en el nivel del *Führer*, del ministro del sector o quizá del comandante de la unidad ejecutora³², pues no es claro hasta qué escalafón de la cadena de mando podría descenderse para que aún sea factible atribuir una parcela de dominio de la organización. A dicha objeción adiciona la posibilidad de que las órdenes que emite un mando medio pueden ser en cualquier momento bloqueadas por los superiores, situación que hace cuestionable predicar un dominio por su parte³³.

De otra parte, el criterio de la desvinculación del Derecho ha sido ampliamente criticado por la doctrina³⁴. En dicho sentido, Ambos indica que únicamente sería pertinente concebir la desvinculación al Derecho en tanto Derecho positivo, pues así se puede eliminar la barrera normativa al ejecutar el hecho; mientras, si se concibe como desvinculación del Derecho suprapositivo, el criterio se torna discutible y de pura valoración, ya que en un Estado criminal actúa dentro de su Derecho positivo y habría que valorarse únicamente si el ejecutor reconocía el Derecho suprapositivo, de modo que la desvinculación del Derecho le quite a este toda inhibición normativa³⁵.

También Herzberg ha criticado el aludido requisito, señalando que si este es entendido como una desvinculación del Derecho por cada injusto en concreto que se cometa, entonces debería apreciarse autoría mediata cuando por primera y única vez se ordena la comisión de un crimen dentro de un Estado, tornándose innecesaria la pregunta acerca de la desvinculación del Derecho³⁶. Opinión contraria también se encuentra en Rotsch³⁷, quien señala que, si el aparato no está plenamente apartado del Derecho, se tendría que entender que la orden que se emite desde la cúpula no será automáticamente ejecutada, porque el Ordenamiento jurídico prohíbe el cumplimiento de órdenes antijurídicas. Entonces, todo dependería de la motivación del ejecutante, siendo este su fundamento: la predisposición al hecho por parte del ejecutor –según la versión de autoría mediata propuesta por Schroeder– y no el dominio sobre la organización.

³¹ JAKOBS, G., «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori», en: AMBOS, K., MEINI, I. (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 108, nota 09.

³² JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 783, nota 190.

³³ AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., pp. 116-118.

³⁴ Dando cuenta de los autores que se muestran contrario al mantenimiento de la misma, vid. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., p. 190.

³⁵ AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., pp. 130-133.

³⁶ HERZBERG, R., «La Sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder», cit., pp. 131-132.

³⁷ ROTSCHE, T., «Beiträge – Unternehme, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere (Teil 2)», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, vol. 18, núm. 10, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 327.

Por su parte, Meini Méndez³⁸ no comprende la utilidad del apartamiento del Derecho suprapositivo –entendido como carencia de barreras normativas para evitar la comisión de delitos en el marco de aparatos de poder–, ya que en todos los delitos se llega a contravenir el mismo Derecho suprapositivo. Además, sostiene que entender el requisito de la desvinculación del Derecho como parcial no tendría sentido, pues nada aportaría decir que se espera que el Derecho oriente la actuación del peón de la organización, pero admitir a su vez que no es capaz de orientar la actuación de este en algunos momentos, cuando comete delitos³⁹. Finalmente, el citado autor predica que si la barrera normativa proviene de un Derecho ideal, virtual y abstracto, la misma no podría constituir un obstáculo para cumplir la orden cuando el aparato de poder se sirve del Estado para crear su propio marco normativo, siendo en dicho caso más intenso el dominio del hombre de atrás, pues la cobertura jurídica, la actuación no desvinculada de dicho Derecho, sirve para eliminar las dudas a la comisión del hecho por parte del ejecutor, restándole a este posibilidades normativas de orientación⁴⁰.

b. *La coautoría*

Otro título alternativo de imputación que la doctrina penal ha ensayado con relación a la intervención de los mandos intermedios es la coautoría. Los partidarios de esta solución realizan algunas precisiones respecto de los tradicionales requisitos de la coautoría: en el ámbito del momento de intervención del coautor, el reparto de tareas, el acuerdo que debe existir entre coautores y respecto a las relaciones de horizontalidad entre los intervinientes.

Con relación al momento de intervención del coautor –el conocido requisito de la actualización del aporte en fase ejecutiva– y la distribución de roles se sostiene⁴¹ que en esta constelación de casos existiría un reparto de tareas, pues mientras los peones del aparato asumen la ejecución del hecho criminal, los dirigentes se arrojan la ideación o planeamiento. Situación que implica aceptar aportes, en grado de autoría, en fase previa a la ejecución del delito. Para justificar ello se invoca la relevancia de la contribución, trascendente hasta la fase de ejecución, de los superiores, pues sus aportes configurarían el «cómo» o el «sí» del hecho. En dicha línea, sostiene Ambos⁴² que el actuar conjunto consiste en que el «autor de escritorio» planea, prepara y ordena la realización del hecho; mientras, el subordinado ejecuta el mismo, siendo ambas contribuciones esenciales para la realización del hecho,

³⁸ MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, cit., pp. 55-61.

³⁹ Incluso propone el ejemplo del miembro de un aparato paramilitar que en su «tiempo libre» se dedica al sicariato; entonces, dichos asesinatos que realiza por su cuenta y no en favor del aparato tendría que ser vistos como acciones no desvinculadas del Derecho.

⁴⁰ GARROCHO SALCEDO, A., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, pp. 449-450, quien entiende que la fungibilidad y la desvinculación del Derecho no son elementos estables para afirmar la autoría del hombre de atrás. Encuentra que es el vínculo organizativo estable y la relación de jerárquica lo que permite ver al hombre de atrás como autor.

⁴¹ Así lo expone AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., p. 25.

⁴² *Ibidem.*, p. 121.

por lo que tendrían que ser vistas como una unidad⁴³. Por su parte, Jakobs⁴⁴ defiende la posibilidad de una contribución en grado de autoría en fase previa a la ejecución del delito, a través de una crítica a la teoría objetivo-formal de autoría. Señala que dicha teoría impide reconocer la coautoría incluso en injustos de acciones ejecutivas divisibles, en los cuales se exigiría la ejecución de propia mano de todas las acciones. Entonces, al no brindar adecuados resultados, tampoco habría por qué prestar atención a su exigencia en la coautoría de una «actualización del aporte en fase ejecutiva». A ello agrega que el *minus* en el dominio material hallado en el autor no-ejecutor, debido a su falta de participación en la ejecución del hecho, es compensado por el *plus* en el dominio material debido al dominio sobre la configuración del evento que ejerce en el estadio de la preparación⁴⁵.

En cuanto al requisito del acuerdo, Fernández Sánchez⁴⁶ ha sostenido que el mismo se advierte con el solo hecho de que el ejecutor pertenezca a la organización, cuando el hombre de adelante recibe la orden y de manera libre ejecuta la misma, revistiendo así el acuerdo las características de previo y tácito. En dicha línea, Ambos⁴⁷ hace referencia a un acuerdo informal de voluntades de los intervinientes (*formlosen Willensübereinstimmung der Beteiligten*), pues también entiende que, a través de la pertenencia a la organización, el ejecutante manifiesta su acuerdo con el dirigente, lo que se plasma de manera concluyente con la ejecución del hecho. Por su parte, Jakobs entiende que el referido elemento de la coautoría se apreciaría en el momento en que el autor directo hace suyo el plan delictivo –en el sentido de una decisión de adaptación (*Einpassungsentschluß*)– no siendo necesario una decisión recíproca (*gegenseitiger Entschluß*)⁴⁸.

Asimismo, en el plano del acuerdo previo se sostiene que es prescindible un conocimiento personal de los restantes coautores. En dicho sentido, sostienen Jescheck y Weigend⁴⁹ que basta con que el coautor sea consciente de que con él actúan otras personas

⁴³ En dicho sentido también GARCÍA CAVERO, P., «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», en: BÖSE, M., SCHUMANN, K. H., TOEPEL, F. (eds.), *Festschrift für Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden (Nomos), 2019, p. 137, haciendo referencia a la figura de la coautoría vertical. En igual sentido: MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pp. 134-140. Se acepta también la intervención en calidad de coautor en fase preparatorio en JESCHECK, H.; WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., p. 1016.

⁴⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 749.

⁴⁵ En similar sentido MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en: FERRÉ OLIVÉ, J. C., ANARTE BORRALLO, E. (coords.), *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva (Universidad de Huelva), 1999, pp. 156-157., mencionando la coautoría ejecutiva y no ejecutiva.

⁴⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M., «Autoría y participación en la criminalidad organizada», en: SÁNCHEZ LÓPEZ, V., DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 35-36.

⁴⁷ AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, cit., pp. 120-121.

⁴⁸ Así JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 747.

⁴⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., p. 1014.

y que estas posean el mismo conocimiento. En dicho sentido, propone Jakobs⁵⁰ que el conocimiento personal recíproco entre los coautores sería irrelevante desde una perspectiva objetiva, porque un tercero puede intervenir de modo tan intenso en un evento que su aporte codetermine esencialmente la configuración de la ejecución.

Asimismo, en relación con la existencia de una organización horizontal, se indica que como parte de la dinámica social se puede aceptar una diferencia material entre dirigentes y ejecutores, aquellos carecen de superioridad jurídica; además el autor inmediato toma de forma libre y responsable su decisión de ejecutar el delito, por lo que ejecutores y dirigentes se encontrarían en un mismo nivel⁵¹.

Naturalmente, el antes desglosado planteamiento tampoco se encuentra exento de críticas; así se le ha reprochado que la aceptación de una intervención en calidad de autor en fase previa a la ejecución del delito significa un adelantamiento del momento de la tentativa para el hecho que va a cometer el hombre de adelante, ya que resulta poco comprensible la existencia de una tentativa en coautoría cuando los restantes coautores no han intervenido o cuando el peón de la organización puede negarse aún a cometer lo ordenado. Incluso se podría llegar a apreciar tentativa también en el posible ejecutor que todavía se encuentra en reserva, quien solo intervendría en caso de desatención de la orden por parte del primer convocado a ejecutarla⁵². También como crítica desde el ámbito de la tentativa se señala que dicho concepto de coautoría implicaría que uno de los coautores haya desplegado toda la actividad en que consiste su aportación, pero que aún se considere que la tentativa en coautoría no ha iniciado⁵³.

⁵⁰ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 747. En dicho sentido también PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada (Comares), 1998, p. 234.

⁵¹ En JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 764, Jakobs sostiene también la igualdad en la interrelación entre el hombre de adelante y el de atrás desde la óptica de los delitos cometidos por empresas por considerar que verticalidad es consecuencia de la división del trabajo, el cual es básicamente una interacción de tipo horizontal. Véase también GÓMEZ-JARA DIÉZ, C., «¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares», en: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (coord.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid (Colex), 2006, pp. 201-204.

⁵² En dicho sentido, vid. MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, cit., p. 88.

⁵³ BOLEA BARDÓN, C., *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 45. En similar sentido, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., p. 140; GIL GIL, A., «El caso español», en: KAI, A. (coord.), *Imputación de crímenes al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá (Themis), 2008, p. 110, que advierte sobre el peligro de la falta de delimitación entre autoría y participación en caso de admitirse el criterio del aporte en fase previa a la ejecución. También en ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Formas especiales de aparición del delito*, Navarra (Thomson Reuters), 2014, p. 118, que señala que de ser ese el caso «la resolución de cometer el hecho debería ser ejecución y la inducción coautoría»; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., pp. 286-287, que añade además la observación de si el rechazo del requisito de la actualización del aporte en fase ejecutiva significaría la aceptación como único elemento de la coautoría el acuerdo. Pero dicha situación significaría retornar a la criticada teoría jurisprudencial del *acuerdo previo*. Para mayor detalle sobre dicha figura jurisprudencial, vid. PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, cit., pp. 161 y ss.

Por su parte el penalista peruano Caro Coria⁵⁴ advierte sobre un posible riesgo de socavar las bases de la punibilidad en un Estado de Derecho, al desconocerse las diferencias ontológicas de la estructura dogmática de la coautoría, que es de corte horizontal; mientras que el aparato de poder se encuentra organizado verticalmente.

Otro conjunto de críticas contra el título de imputación de coautor se ha centrado en el acuerdo que debe existir entre los intervinientes. En dicho sentido, se señala que no habría ningún acuerdo, ya que lo que recibe el ejecutor o último eslabón de la cadena es una orden, mas no una resolución conjunta⁵⁵. Fernández Ibáñez⁵⁶ sale al paso de la propuesta de la *decisión de adaptación* formulada por Jakobs e indica que la misma no sería correcta, ya que se instala como eje justificador de la coautoría a la actuación libre y responsable del ejecutor y no la comisión conjunta del hecho⁵⁷. Agrega Meini Méndez⁵⁸, respecto a la inaceptabilidad de la mera pertenencia como acuerdo, que debido a que el líder se limita a impartir órdenes, no sabe el cómo, el cuándo, los actos necesarios, ni las víctimas del injusto, por lo que en modo alguno podría ponerse de acuerdo con sus esbirros sobre aquello que no sabe. En similar sentido se pronuncia Hernández Plasencia⁵⁹, quien indica que no es propio de un acuerdo aceptar la posibilidad de que el ejecutor no adopte la resolución delictiva. Entonces, la estructura criminal se estaría afianzando en la adhesión a una resolución, por lo que no habría una actuación en coautoría. En la línea de los anteriores, Faraldo Cabana manifiesta su contrariedad con la dimensión que se pretende otorgar al acuerdo previo para el caso de aparatos organizados de poder, pues afirma que dicha propuesta desdibuja, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el elemento subjetivo de la coautoría⁶⁰.

2. El mando medio como partícipe

a. *La instigación*

Un tercer título de imputación que se ha propuesto para el caso de los mandos intermedios de un aparato organizado de poder es el de instigador, construyéndose una figura delictiva que la doctrina denomina «instigación en cadena». Conviene indicar que el fundamento empleado por los partidarios de considerar al líder de la organización como

⁵⁴ CARO CORIA, D., «Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal», cit., p. 184.

⁵⁵ ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Formas especiales de aparición del delito*, cit., pp. 117-118.

⁵⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., p. 256.

⁵⁷ Refiriéndose justamente a ello, vid. ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Formas especiales de aparición del delito*, cit., p. 726, que indica que igualmente responsable es también el inductor y no por eso es coautor.

⁵⁸ MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, cit., pp. 90-92.

⁵⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en derecho penal*, cit., p. 267.

⁶⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., p. 153.

instigador reside principalmente en el rechazo de la figura del «autor detrás del autor», sosteniéndose, con algunos matices, que debido a que el hombre de adelante ejecuta del hecho de manera responsable, entonces, no sería posible hallar en otro –en el hombre de atrás– un título de autor.

Representante de dicha tesis es Köhler⁶¹, quien reconoce una «responsabilidad propia» (*Selbstverantwortlichkeit*) del autor directo, situación que imposibilita apreciar en el hombre de atrás la calidad de autor mediato. En dicha línea, invocando la propia responsabilidad se halla Schumann⁶², quien entiende que una persona será responsable frente al Derecho solo por lo que él hace, mas no por lo que otros cometen, luego entonces, cada uno debe ser únicamente sancionable por su propio hecho, lo que le permite sostener que el hombre de atrás no podrá ser autor mediato; sino instigador. Por su parte, Renzikowski⁶³ recurre al principio de autonomía (*Autonomieprinzip*) del hombre de adelante para afirmar que existe una infravaloración por parte de la teoría del dominio por organización hacia la responsabilidad del ejecutante, entendiendo el invocado autor que el ejecutante es el único autor del injusto⁶⁴. En la misma línea se ubica el planteamiento de Zieschang⁶⁵, quien apelando a una «libre responsabilidad» (*Freiverantwortlichkeit*) del agente ejecutor de la orden, diferencia autoría mediata de instigación. Así, al entender que en un aparato organizado de poder el hombre de adelante cumple la orden sin mediar coacción y conociendo los elementos de relevancia penal, considera que no es posible predicar la autoría mediata del hombre de atrás, sino únicamente la instigación. También se puede citar el planteamiento

⁶¹ KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín (Springer), 1997, pp. 509-511, indica que el empleo de la autoridad institucional no es más que una fuerte forma de instigación, adicionando que una coacción, una orden u otra forma de organización determinante de la situación motivacional del autor directo no llega a cumplir con las exigencias de una autoría mediata, pues el ejecutante cuenta con consciencia normativa del injusto que realiza. Señala expresamente que en caso de órdenes estatales ilícitas o en el contexto de la delincuencia organizada no puede apreciarse autoría mediata –nuevamente– por la acción plenamente responsable del ejecutante, precisando que la posibilidad de sustituibilidad del ejecutor no cambia su responsabilidad en el evento y no se convierte en autor al hombre de atrás; asimismo, entiende que existiría una infravaloración de la autorresponsabilidad del autor directo en la teoría del dominio por organización.

⁶² SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1986, pp. 69 y ss.

⁶³ RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, cit., pp. 80-91, critica que la autoría del hombre de atrás se sostenga en que este pueda realizar sus planes de manera independiente del hombre de adelante, ya que ello llevaría a aceptar que es autor quien genera un estímulo suficientemente eficaz que permite asegurar que encontrará una persona dispuesta a la ejecución de su plan; así entonces, indica que el hecho que el hombre de atrás cuente con grandes posibilidades de concretizar su objetivo, no puede sustituir el dominio efectivo que falta en el caso de aparatos de poder. Adiciona que la alta probabilidad de la realización del plan del hombre de atrás no basta para fundamentar la autoría mediata, ya que una persona puede contratar un asesino profesional y con ello asegurar en mejor medida el asesinato que cuando emplea un instrumento carente de imputación. Finalmente, para dicho autor, únicamente el argumento que respaldaría el castigo del líder en calidad de autor es que se pretenda castigar a los grandes más severamente que a los pequeños.

⁶⁴ Apelando a la autonomía del hombre de adelante para negar la configuración de una autoría mediata vid. MEYER, M. *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köhl (C. Heymann), 1984, pp. 86 y ss.

⁶⁵ ZIESCHANG, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuarta Auflage, Stuttgart (Boorberg), 2014, pp. 505 y ss.

de Herzberg⁶⁶, quien concuerda en que una actuación plenamente responsable por parte del hombre de adelante impide que el líder de la organización pueda ser tenido como autor mediato del delito cometido.

Ahora bien, resulta necesario acotar que la tesis de la instigación para el líder de un aparato organizado de poder no es extrapolable sin más –como sí sucede en los casos de las tesis de la autoría mediata y la coautoría– a los mandos intermedios de la organización. Es así como para reconocer la calidad de instigadores de los mandos intermedios, en principio, conforme ya se relató, se niega la calidad de autores de los restantes miembros de la cadena de mando y posteriormente se reconoce un propio injusto en la participación que posibilita postular una participación en la participación. Esto permite entender que los sucesivos eslabones intervinientes toman parte en el hecho del hombre de atrás o líder de la organización y no en el comportamiento del hombre de adelante o ejecutor.

Se puede puntualizar que la vía de la instigación en cadena cuenta con mayor reconocimiento en Alemania que en España. Ello debido seguramente a la redacción de sus respectivos códigos penales, pues el código español, al emplear en su art. 28.a el adverbio «*directamente*»⁶⁷ al hacer alusión a la relación entre inductor e inducido ha permitido a un sector doctrinal español anotar que debe existir una relación inmediata entre quien induce y quien comete el injusto. Por su parte, el código alemán en su § 30.1 alude a la posibilidad de sancionar no solo a quien intente inducir a otro a cometer un delito, sino incluso a quien intente determinar a otro a que induzca al delito⁶⁸. En dicho sentido, el dispositivo legal penal alemán actúa como uno de los fundamentos para encontrar mayor aceptación de la participación en la participación en aquel país.

Como críticas a dicho planteamiento se puede traer a colación, desde la perspectiva de la normativa española, que el empleo del adverbio «*directamente*» por parte del legislador ibérico en la regulación de la instigación lleva a un gran sector de la doctrina española a rechazar la posibilidad de una instigación en cadena, puesto que interpretan el mentado adverbio como el necesario contacto personal inmediato entre inductor e inducido. Así, se llega a afirmar que el adverbio «*directamente*» significa negar la existencia de intermediarios en la instigación, por ende, negar la instigación en cadena⁶⁹. En dicha línea también se alega que el término «hecho», previsto en el art. 28 del código español, debe ser interpretado como un acto ejecutivo de un delito de la parte especial y no como un hecho punible previsto en

⁶⁶ HERZBERG, R., «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung», en: AMELUNG, K. (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in Bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim (Pro Universitate), 2000, p. 48.

⁶⁷ Así el artículo 28.a: «Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo».

⁶⁸ § 30.1: «Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft». Dando cuenta de dicha posibilidad en virtud de la disposición legal, así como la historia de la referida disposición, vid. SELTER, S., *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Berlín (LIT), 2008, pp. 269-289.

⁶⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., pp. 379-380.

la parte general. Entonces, el «hecho» que debe realizar el instigado, deberá ser siempre un delito y no un título de imputación⁷⁰.

De otra parte, discutiendo los fundamentos propios de la inducción se ha indicado que en una instigación en cadena se desvanece la especial peligrosidad que justifica la imposición de una pena equiparable a la del autor, advirtiéndose aquello en el hecho que la superación de cada eslabón depende de la propia voluntad del eslabón. Además, en función al elemento subjetivo de la inducción se objeta que el mismo está encaminado al nacimiento y ejecución por el receptor del influjo de la resolución delictiva⁷¹.

También se ha sostenido contra la posibilidad de la participación en la participación que la valoración de una conducta accesoria del autor como un comportamiento respecto al cual cabe a su vez participar, infringe «la determinación constitucionalmente exigida de los presupuestos de la punibilidad, extendería ilimitadamente la zona de punibilidad por medio de este interminable *regresus ad infinitum*», por lo que solo cabe participar «en un hecho principal cometido con carácter de autoría»⁷².

b. *La complicidad*

Una última postura sostenida para criminalizar el comportamiento de los eslabones medios es el de considerarlos cómplices o cooperadores necesarios del injusto ejecutado. En ese sentido, la doctrina ha diseñado dos tipos de esquemas para atribuir dicho tipo de responsabilidad; a saber: 1) considerar al líder del aparato como inductor y a los restantes miembros de la organización como cómplices; 2) entender que el dirigente de la organización recibe el título de cooperador necesario, mientras que los restantes eslabones son cómplices, salvo el eslabón que transmite la orden de manera inmediata al ejecutor, el cual sería considerado inductor. En ambos casos el hombre de adelante que ejecuta la orden es tenido como autor directo.

Por el primer esquema de imputación se decanta Gimbernat⁷³, quien afirma la complicidad de los mandos intermedios, pues descarta que sea posible aplicar a estos el título de autores –sea mediatos o coautores– al sostener que solo los ejecutores inmediatos pueden ser tenidos como autores de los delitos en un aparato organizado de poder, ya

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 123. También en contra haciendo referencia el hecho a inducir, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, cit., pp. 329-330., indicando que se desconoce la simple verdad de que el inductor en cadena no ha inducido al hecho principal, sino ha inducido a que otro indujese al hecho principal.

⁷¹ GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer delito*, cit., pp. 126-128. En similar sentido, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., pp. 185-186.

⁷² GÖSSEL, K., citado en OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid (Edersa Instituto de Criminología), 1999, p. 453.

⁷³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, cit., pp. 187-193.

que se aprecia en el obrar de ellos una mayor energía criminal que respecto de quien se limita a emitir una orden. Así, los mandos intermedios podrían intervenir únicamente en grado de participación. Además, sustrae la posibilidad de considerar la instigación para los superiores evocando el caso del régimen nacionalsocialista alemán. Conforme a ello, indica que el hombre de adelante no cometería el delito de genocidio porque un sargento se lo ordenase, sino porque sabe que la orden proviene de la voluntad de Hitler. A su vez, indica que, al cometerse regularmente los delitos de genocidio empleando las capacidades de un Estado, la contribución al hecho del mando intermedio no puede calificarse como un aporte relevante por ser calificable de «escaso», ya que un Estado cuenta con recursos ilimitados. Del mismo modo, el hecho de poder calificar el aporte del mando intermedio como una contribución claramente criminal, tampoco permite calificar dicho aporte como escaso, pues debido a la naturaleza de los delitos de genocidio, todo aporte es claramente criminal. Luego entonces, las contribuciones de los mandos intermedios solo configurarían complicidad⁷⁴.

En cuanto al segundo esquema se puede citar la tesis de Hernández Plasencia⁷⁵, quien rechaza la posibilidad de la autoría para quienes no resulten ser ejecutores directos. Así, señala que no se puede configurar la autoría mediata, ya que el dirigente no ejerce dominio sobre la persona que ejecuta el delito. El autor aprecia dicha falta de dominio porque en el presente grupo de casos se exige –para la configuración de la autoría mediata– la posibilidad de reemplazar al subordinado, pero a través de dicho requisito se acepta la posibilidad de que el subordinado se niegue a cometer el injusto. Asimismo, rechaza la coautoría indicando que quienes se sitúan en la cúspide de la organización no poseen un dominio actual, quedando el mismo reservado a quien actúa de modo directo⁷⁶. Finalmente, rechaza la posibilidad que otros miembros de la cadena jerárquica, con excepción del inmediato superior que comunica la orden al ejecutor, puedan ser vistos como inductores, apoyándose en la disposición penal española que exige que dicho comportamiento sea realizado *directamente*. También sostiene que no es que los ejecutores realicen el delito por saber que corresponde a la voluntad de Hitler; sino que aquellos realmente se encuentran a disposición del resto de mandos superiores; además, agrega que le parece poco probable que los ejecutores supiesen que las órdenes provenían directamente de Hitler. Es así como al descartar los anteriores títulos de imputación sostiene que la conducta de los miembros de la organización configuraría una complicidad o cooperación necesaria.

En cuanto a las críticas esgrimidas contra dicha postura se puede señalar que básicamente las mismas giran en torno a negar las propias críticas que esta teoría –la complicidad–

⁷⁴ Dicho autor no descarta que la contribución al injusto pueda ser constitutiva de cooperación necesaria, pero naturalmente en tanto el objeto o la actividad aportada constituya bien o condición escasa; es así como ensaya el ejemplo del inventor o del delator.

⁷⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en derecho penal*, cit., pp. 257-276.

⁷⁶ Incluso en este punto llega a preguntarse el citado autor hasta qué punto puede equipararse la acción de matar con la de quien se limita a comunicar a una persona libre y responsable, sin coaccionarla ni engañarla, que mate a otro.

desarrolla contra los otros títulos de imputación ensayados para la presente constelación de casos. En dicho sentido se cuenta con la objeción de Bolea Bardón quien expresamente señala que tanto la postura de Gimbernat Ordeig como la de Hernández Plasencia no es de recibo, pues dicha autora entiende que en la constelación de casos objeto del presente trabajo existiría un dominio del hecho –entendido como dominio del riesgo: creación, no control y aumento del riesgo– tanto del ejecutor como de quienes ostenta un control efectivo de la organización o aunque sea de parcelas de esta, por lo que le reconoce la calidad de autores en la modalidad de la figura de autor detrás del autor⁷⁷. Se suma a dichas críticas Faraldo Cabana⁷⁸, quien reconociendo la calidad de autores de los mandos intermedios afirma que la tesis de la cooperación es la imagen especular invertida de los resultados a los que conducía la teoría subjetiva de la autoría, precisando que existiría un error de partida al no valorar adecuadamente las aportaciones al hecho. Igual objeción plantea Fernández Ibáñez⁷⁹, pues considera que también los mandos intermedios cuentan con el dominio del hecho, ya que incluso el jefe inmediato superior del ejecutor tiene influencia sobre la evolución de los acontecimientos.

Por su parte Meini Méndez⁸⁰ cuestiona la factibilidad de la complicidad de los mandos intermedios en la segunda de las variantes antes mencionadas señalando que de considerar inductor solo al inmediato superior que retransmite la orden de modo directo al ejecutante se podría entender que la diferencia entre instigación y complicidad es una simple cuestión fáctica; esto es, comunicar una orden; tornándose así en el plano valorativo y normativo equivalentes la complicidad y la instigación. Añade que no se llega a entender cómo los mandos intermedios resultan ser cómplices –con excepción del último que transmite la orden– si el aporte se produce antes de que se tome contacto con el autor ejecutor cuando aún no ha sido instigado. Finalmente, indica que la actividad de los mandos intermedios no podría ser vista como fortalecimiento de la decisión criminal: complicidad psíquica, pues en dicho tipo de intervención delictiva el autor ejecuta igualmente el delito; sin embargo, en el caso de aparatos organizados de poder el hombre de adelante no ejecutará el injusto sin la intervención del hombre de atrás.

⁷⁷ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en derecho penal*, cit., pp. 366-375, únicamente acepta la intervención en calidad de participación cuando el aporte no esté relacionado con el poder o la capacidad de dictar órdenes.

⁷⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, cit., pp. 114-116 y 193., quien asume la tesis del dominio del riesgo y predica su factible unión con la tesis de un injusto por organización; además citando expresamente a Roxin postula la ampliación del círculo de autores más allá de quien emite originalmente la orden.

⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., pp. 159-173, fundamentando su propuesta en la tesis de Bottke respecto al *dominio de configuración relevantemente superior*, que en el caso de los aparatos organizados de poder entiende que se expresa en los desniveles de poder creados en la organización.

⁸⁰ MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, cit., pp. 82-84.

IV. TOMA DE POSTURA

En el presente estadio se procederá a tomar postura por cuál es el mejor título de imputación atribuible a los mandos intermedios de un aparato organizado de poder. Para ello se procederá al análisis separado de los dos tipos de comportamientos que el mando medio despliega en una estructura jerárquicamente organizada: i) el referido a la retransmisión de órdenes para que los eslabones inferiores procedan a acatar el requerimiento del dirigente; y, ii) el relativo a la emisión de órdenes «complementarias», en tanto cuente con cierto poder de decisión, a las evacuadas por el líder que permitirán que estas se concreten.

1. Mando medio como retransmisor de órdenes

En este grupo de casos se puede apreciar que la actividad del mando medio consistirá, en primer término, en ser el receptor de la orden emitida por el líder de la organización para luego, en un segundo momento, fungir de emisor de la orden hacia su inmediato inferior. A través de dicha descripción se puede apreciar que el mando medio resultaría ser una suerte de herramienta o medio de comunicación entre el dirigente del aparato de poder y los adláteres de dicha organización y que únicamente viabiliza la interacción entre ambos elementos.

En dicho sentido, en tanto el mando medio se limite a retransmitir los requerimientos de la dirigencia, no ejercería facultades propias o inherentes a su posición o cargo en el organigrama del escalafón de mando que le son reconocidas por la dinámica del grupo. Esto significa que no ejerce dominio alguno sobre la parcela de la organización que se encuentra subordinada a su autoridad. Pudiéndose concluir que su actividad no configura en forma alguna la producción del suceso, al no decidir el cómo o el cuándo de la realización del evento delictivo. En consecuencia, no podría ser visto como autor del injusto que ejecutan los subordinados.

Pudiéndose adicionar que dicha actuación, como mero retransmisor, no permite reconocerlo como autor mediato, pues la falta de ejercicio de dominio sobre una parcela de la organización significa a su vez que el mando medio no se sirve de la fungibilidad de los inferiores a él. Asimismo, no se advierte la coautoría, porque la simple retransmisión no calza en la división de funciones que proponen los partidarios de la coautoría para la constelación de casos objeto del presente trabajo, ya que retransmitir la orden no significa planear o diseñar la ejecución, ni menos aún ejecutar el hecho. Dicha carencia de reparto de funciones implica a su vez que no es posible aplicar el criterio *top-down*, puesto que no se aprecia ningún *plus* en una intervención en calidad de transmisor que pueda compensar el *minus* del dominio material sobre el suceso en concreto. También se puede agregar que no se configuraría ningún acuerdo entre el mando medio retransmisor de la orden y el inferior ejecutor, sea de tipo informal o de adaptación. En el caso del acuerdo informal se puede indicar que al pertenecer el hombre de adelante a la organización y al ejecutar el hecho, lo más que estaría manifestando es su acuerdo con lo dispuesto por la dirigencia, mas no con

lo retransmitido por el mando medio, ya que el mensaje que se hace llegar al ejecutor no contiene el despliegue de alguna facultad propia del mando medio –carencia de contenido propio en tanto orden del mando medio–; sino que se limita a remitirse a lo dispuesto por el líder de la organización. Y en cuanto al acuerdo de adaptación, se puede señalar que, si bien el esbirro del aparato de poder hace suyo el plan delictivo al ejecutar este; empero, cabe remarcar que dicho plan no es del mando medio, pues este –en el supuesto bajo análisis– solo obra como retransmisor de un plan que no es suyo.

De otra parte, también se aprecia que el mando medio no ejercería ningún influjo psicológico que determine al hombre de adelante a ejecutar el delito, porque si la comunicación que transmite en algún modo puede ser vista como suficiente para decidir a la comisión del hecho al hombre de adelante, se tiene que tener en cuenta que el mensaje transmitido –y la posible capacidad motivacional de este– es proveniente de la cúpula dirigenal del aparato, pero no de quien se limita a retransmitirla. Dicho en otros términos, al carecer de contenido propio la orden emitida por el mando medio, su emisión no resulta ser la fuente capaz de motivar al subalterno.

A la objeción antes formulada se puede adicionar la siguiente posibilidad en la conducta que despliega el mando medio: que anexada a la retransmisión del mensaje de cometer un delito se halle –en tanto domina una parcela de la organización– la posibilidad de sancionar o premiar al eslabón inferior en caso desacate u obedezca la orden, según sea el caso. Situación que permitiría sostener la existencia de un influjo y por ende una actividad en grado de instigación; sin embargo, ello tiene que ser rechazado, pues si bien el mando medio podría contar con la facultad de sancionar y/o premiar, dichas facultades se ejercerán en tanto se cumpla o no la orden de la dirigencia, vale decir, no se le sancionaría o premiaría al adlátere de la organización por atender o no una orden del mando medio; sino por observar o no una disposición de la dirigencia; por lo que el posible castigo o premio tiene como fuente la orden del líder de la organización, no residiendo en el mando medio.

Ahora bien, en tanto el mando medio actúe como herramienta que viabiliza la comunicación entre superiores y ejecutores y en tanto conozca la ilicitud de la orden del dirigente que es objeto de retransmisión, se aprecia que su comportamiento favorece la ejecución del delito, al permitir que exista un medio a través del cual el hombre de adelante conozca qué injusto deberá de perpetrar. Pudiéndose acotar que debido a la naturaleza de un aparato organizado de poder, el cual justamente se ha constituido para la comisión de injustos, las contribuciones que se presten en su seno por lo general son claramente criminales por lo que una mera retransmisión no supondrá la remoción de un obstáculo serio, tanto más si se tiene en cuenta que los aparatos organizados de poder cuentan con grandes recursos materiales y humanos⁸¹; situación que conllevaría a que la orden emitida por el jefe de la organización cuente con múltiples posibilidades de llegar al esbirro. Así entonces, al no ser

⁸¹ En dicho sentido, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, cit., pp. 174-175. Optándose en este punto por la teoría del citado autor para la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad no solo por la aceptación que tiene en la doctrina como se predica en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ,

la mera retransmisión de una orden un servicio escaso, el comportamiento del mando medio en tanto mero retransmisor solo podrá ser tenido como uno configurador de complicidad.

2. Mando medio con poder de decisión

En este tipo de escenarios se apreciará que la labor del mando medio consiste en recibir la orden superior de efectivizar un plan para luego emitir órdenes a sus subordinados con las disposiciones que permiten la concretización del plan trazado por el órgano máximo del aparato⁸². Entonces, si bien serán los jefes quienes delimiten el hecho en sus elementos esenciales decidiendo qué tipo de injusto se cometerá y cuál será el tipo de víctima objeto del ataque o perjuicio; sin embargo, no es posible desconocer que los mandos intermedios a través de su actividad –al tener que materializar los objetivos y planes de la organización– delinean en alguna forma el cómo y el cuándo se cometerán los delitos.

Así entonces, podría afirmarse que, al ejercer facultades de mando sobre una parcela de la organización, la cual se encuentra desvinculada del Derecho, y al poder contar con un universo de posibles subordinados reemplazables que lleven a cabo sus disposiciones, el mando medio podría ser tenido como autor mediato. O incluso se podría sostener que el escaso poder fáctico de conducción del evento del mando medio es compensado normativamente por su capacidad de configuración de este por ostentar una posición de superioridad dentro del aparato⁸³; advirtiéndose además, cierta división del trabajo al tomar el mando medio decisiones relativas al cómo, cuándo o dónde del delito; mientras los esbirros serán los encargados de ejecutarlo. Existiendo a su vez un acuerdo entre mando medio y hombre de adelante, ya sea porque al ejecutar el hecho el adlátere hizo suyo el plan del mando medio, pues esté dispuso actuaciones que perfilaban en sus detalles el objetivo buscado por la dirigencia, o ya sea porque con su pertenencia a la organización también afirma su aceptación a someterse a las disposiciones del mando medio.

No obstante lo antes señalado, se debe tener presente, siguiendo a Peñaranda⁸⁴, que en el marco de actuación de una organización criminal el deber general *neminem laedere*

E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, cit., p. 408; sino también porque el tratamiento exhaustivo de dicha discusión rebasaría los márgenes del presente trabajo.

⁸² Se puede precisar que en el presente grupo de casos no se considera la posibilidad de la ideación de un plan por parte de los mandos medios, ya que, si bien regularmente los dirigentes de la cúpula encargan dicha actividad a sus inferiores; sin embargo, luego los inferiores exponen o presentan dicho planeamiento ante sus superiores, quienes serán los encargados de aceptar o no el diseño del plan e incluso podrán solicitar precisiones o correcciones. Así entonces, debido a que son los máximos jefes quienes aprueba el plan, se entiende que estos son, a los ojos de los subalternos, quienes diseñan el plan al poder decidir sobre este.

⁸³ Siempre que cuente con la posibilidad, según la dinámica de la organización, de poder disponer la realización de actividades por parte de otros que no han sido ya abarcadas en sus detalles por el plan general de la cúpula, ya que, de no ser el caso, estaría fungiendo como simple retransmisor.

⁸⁴ Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», cit., pp. 276-280., quien asume algunos planteamientos de Murmann.

cuenta aún con plena vigencia y reconocimiento en tanto existan personas que actúen con responsabilidad, por ende, la esfera organizacional gestionada por el hombre de adelante no podrá sufrir ninguna injerencia normativamente válida por la esfera de organización del hombre de atrás, ya que era de esperarse que el hombre de adelante, sujeto responsable, se organice sin posibilidad de lesionar a terceros o evitando la lesión de estos. Únicamente sería válido aceptar algún tipo de intersección o superposición de esferas de organización por parte del hombre de adelante con el hombre de atrás en el marco de organizaciones formales, pues en dicho contexto el Ordenamiento jurídico puede validar –en tanto el ámbito de organización en principio se desarrolle dentro de los márgenes del riesgo permitido– la existencia de más de un sujeto responsable, pues avala la división de tareas en contextos de riesgos tolerados, así como un deber de garantía como reverso del poder de organización jurídicamente reconocido. En consecuencia, si bien podría apreciarse la configuración tanto de los elementos de la autoría mediata por aparatos organizados de poder como los de la coautoría para el caso de los mandos intermedios; sin embargo, no es adecuado entender sus intervenciones en calidad de autoría, pues no existe ningún reconocimiento normativo que permita entender una responsabilidad compartida del mando medio y el ejecutor por las consecuencia generadas por este último al configurar su esfera de organización de manera autónoma.

De otra parte se puede indicar, con relación a la posibilidad de apreciar el ejercicio de algún influjo psicológico por parte del mando medio al emitir órdenes complementarias con miras a la ejecución del plan trazado por los jefes, que si bien en un primer instante podría advertirse la existencia de dicho influjo, pues cuando emite una orden complementaria lo realiza en tanto ostenta un dominio de una parcela de la organización y en consecuencia la observancia o no de «su» orden implica la posibilidad de que el propio mando medio pueda premiar o castigar; sin embargo, el fundamento principal para, por ejemplo, castigar una desatención a su orden complementaria, reside en el entorpecimiento de la consecución del objetivo previsto por el jefe de la organización, mas no en el hecho de que la orden complementaria no haya sido realizada, pues en caso de que esta no sea obedecida por el ejecutor, pero aun así este consiga el objetivo perseguido por el líder, la posibilidad de castigarlo pierde sentido o fundamento. Apreciándose por lo tanto que el posible medio determinante al hecho –el castigo o premio– encuentra su fundamento no en la orden complementaria, sino en la orden emitida por la cúpula, pues justamente la orden del mando medio es «complementaria» a la decisión de la cúpula, ya que busca que esta última logre sus objetivos, siendo por ende que en principio todo castigo por su desatención se valida por frustrar el logro de objetivos trazados por la dirigencia⁸⁵.

⁸⁵ Cuestión distinta es si se pretende castigar al esbirro por no atender la orden del mando medio a pesar de que se consiguió el objetivo, pero únicamente por pretenderse conservar la disciplina del grupo. En dicho supuesto, la amenaza del castigo ya no serviría como un medio determinante al hecho, sino como influjo para la conservación de la disciplina.

Finalmente, al lograr determinar las órdenes complementarias en mejor medida el cuándo y el cómo del delito se le puede reconocer su calidad de necesaria para la realización del hecho, y si bien –conforme ya se sostuvo en líneas anteriores– las contribuciones que se presten en el seno de un aparato organizado de poder son claramente criminales por lo que en principio no significarían la remoción de un obstáculo serio; empero, se tiene que tener en cuenta que cuanto más se asciende en el nivel de la jerárquica de la organización, menos es la cantidad de mandos intermedios, así como menos son quienes ostenta el poder de disponer órdenes complementarias para la concretización del injusto, por lo que la disposición de un mando medio que ordena, por ejemplo, que otro destacamento brinde apoyo a los ejecutores o que una determinada sección del aparato provea de armas, vehículos o pertrechos a quienes van a ejecutar el delito, puede ser vista tanto como la remoción de serios obstáculos ya que puede significar la entrega de bienes escasos como también la realización de un servicio escaso, porque si bien la organización puede contar con grandes recursos materiales y humanos, ello no significa que estos sean accesibles sin más a los adláteres. Por lo que la orden complementaria del mando medio con regularidad constituirá una cooperación necesaria.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los mandos intermedios de un aparato organizado de poder pueden intervenir en la realización del injusto a través de dos tipos de contribuciones: retransmitiendo la orden superior o emitiendo órdenes complementarias para alcanzar los objetivos planteados por la dirigencia de la organización criminal.

SEGUNDA: En ninguno de los dos posibles escenarios de actuación el mando medio puede ostentar la calidad de autor, pues en el primer grupo de casos no decide el cómo ni el cuándo del delito, ni ejerce su poder de dominio sobre una parcela de la organización. A su vez, si bien en el segundo supuesto se aprecia que sí puede delimitar los contornos del hecho; no obstante, la vigencia del deber general de no dañar y la existencia de una persona responsable a quien le es exigible la atención de dicho deber no permite reconocer que la esfera de organización del hombre de atrás abarque el ámbito de organización del hombre de adelante.

TERCERA: Tampoco es posible reconocerlo como inductor, ya que en ambos supuestos de intervención el posible medio que genere influjo psicológico capaz de determinar al esbirro de la organización; esto es, la posibilidad de sanción o premio es por alcanzar los objetivos de la organización, objetivos que son trazados por los dirigentes y no por el mando medio. Así entonces, la potestad de premiación o sanción en la realización del delito es un posible influjo que proviene de la dirigencia.

CUARTA: El mando medio actuará en calidad de cómplice cuando retransmite la orden, porque su contribución al hecho del adlátere no es escasa, ya que cualquier elemento

del aparato podría fungir de canal de comunicación entre cúpula y ejecutores. Pero cuando el mando medio emite órdenes complementarias deberá de ser tenido como cooperador necesario, pues su contribución era necesaria para la realización del delito al ser escasa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K., *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2008.
- AMBOS, K., «El caso alemán», en: AMBOS, K. (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá (Temis), 2008.
- ARENDET, H., *Eichmann en Jerusalén*, 4ª ed., Barcelona (DeBolsillo), 2009.
- BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- BOLEA BARDÓN, C., *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona (Atelier), 2004.
- CARO CORIA, D., «Sobre la punición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal», en: AMBOS, K; MEINI, I. (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, Santiago de Chile (Universidad de Chile), 2008.
- FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados*, Granada (Comares), 2006.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M., «Autoría y participación en la criminalidad organizada», en: SÁNCHEZ LÓPEZ, V., DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid (Colex), 2000.
- GARCÍA CAVERO, P., «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», en: BÖSE, M.; SCHUMANN, K. H.; TOEPEL, F. (eds.), *Festschrift für Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden (Nomos), 2019.
- GARROCHO SALCEDO, A., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016.

- GIL GIL, A., «El caso español», en: KAI, A. (coord.), *Imputación de crímenes al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá (Themis), 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid (Universidad Complutense), 1966.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares», en: DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J. (coord.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid (Colex), 2006.
- GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., *La autoría mediata en derecho penal*, Granada (Comares), 1996.
- HERRERIN LÓPEZ, A., *El nacimiento del terrorismo en occidente*, Madrid (Siglo XXI), 2008.
- HERZBERG, R., «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung», en: AMELUNG, K. (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in Bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim (Pro Universitate), 2000.
- HERZBERG, R., «La Sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder», en: AMBOS, K., MEINI, I. (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010.
- HILBERG, R., *La destrucción de los judíos europeos*, Madrid (Akal), 2005.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid (Marcial Pons), 1997.
- JAKOBS, G., «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori», en: AMBOS, K., MEINI, I. (eds.) *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima (Ara Editores), 2010.
- JESCHECK, H. & WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima (Instituto Pacífico), 2014.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, J., *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Madrid (Dykinson), 2017.
- KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin (Springer), 1997.
- LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, Madrid (Dykinson), 2019.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.
- MEINI MÉNDEZ, I., *El dominio de la organización en derecho penal*, Lima (Palestra), 2008.
- MEYER, M., *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köhl (C. Heymann), 1984.
- MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en: FERRÉ OLIVÉ, J. C., ANARTE BORRALLLO, E. (coords.), *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva (Universidad de Huelva), 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., «La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado», en: GIL GIL, A. (dir.); MACULAN, E. (coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson), 2015.
- MURMANN, U., «Tatherrschaft durch Weisungsmacht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 143, núm. 6, Decker, Heidelberg, 1996.
- OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid (Edersa Instituto de Criminología), 1999.
- PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Buenos Aires (BdeF), 2015.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», en: MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), VALIENTE IVAÑEZ, V. (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Madrid (Edisofer), 2016.
- PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada (Comares), 1998.
- RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen (Mohr Seibek), 1997.
- ROTSCH, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden (Nomos), 1998.
- ROTSCH, T., «Beiträge – Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere (Teil 2)», *Zeitschrift für Wirtschafts – und Steuerstrafrecht*, vol. 18, núm. 10, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. Cuello Contreras, Serrano Gonzáles de Murillo & Cobo del Rosal), 7.^a ed., Madrid (Marcial Pons), 2000.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Formas especiales de aparición del delito*, Navarra (Thomson Reuters), 2014.
- SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1986.
- SELTER, S., *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Berlín (LIT), 2008.
- ZIESCHANG, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vierte Auflage, Stuttgart (Boorberg), 2014.