

# AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD Y APARATOS DE PODER

*Héctor Lara González*

Es sabido que hace algunos meses se ejerció acción penal en contra de algunos funcionarios, por los sucesos ocurridos en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco. ¿Qué relación podría tener esto, desde un punto de vista doctrinal, con la condena que un tribunal de Jerusalén emitió en contra de Adolf Eichmann? A juicio del autor del presente estudio —Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Penal del Segundo Circuito— la clave radica en la adopción, ya sea por reforma legal o por interpretación jurisprudencial, de la teoría de la “autoría mediata por dominio de la voluntad” por conducto de los aparatos organizados de poder, la cual pregona la simple “instrumentariedad” del ejecutor debido a que el denominado “hombre de atrás” sabe y cuenta con que sus órdenes van a ser cumplidas.

## I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la participación es el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia jurídico penal alemana, escribió Hermann Kantorowicz. Hoy, un siglo después, se ha dicho que con la obra de Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, se han superado los confusos temas de la participación criminal y que sólo quedan por discutir “problemas residuales”.<sup>1</sup> Es aventurado adherirse a una u otra postura, pues en Derecho Penal no sólo la teoría de la par-

<sup>1</sup> Cfr. Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, p. 29.

ticipación criminal es oscura y confusa. Existen temas de quizá mayor complejidad, pero tampoco es cierto que con la obra de Roxin se pueda dar por superado el tema.

El tópico es complejo y la tarea de comprenderlo se incrementa, en el caso de México, debido a la poca literatura especializada. El estudio de la autoría y participación se reduce a escasas páginas de manuales de la parte general del Derecho Penal, manuales que teóricamente han quedado atrás sin que nadie seriamente se haya tomado la tarea de actualizarlos. En un contexto internacional, poco tienen qué decirnos Carrancá y Trujillo, Jiménez Huerta, Porte Petit y Castellanos Tena, pese a la valiosa aportación que en su momento dieron a la ciencia jurídico penal mexicana.

El término “participación” suele utilizarse en dos sentidos: uno amplio en el que, además de atribuir la idea del tema, denota a todas las personas que han intervenido en la comisión de un delito, sin importar si actuaron como autores, instigadores o cómplices. En sentido estricto, el término “participación” comprende sólo al instigador y al cómplice. “Este doble sentido de la palabra participación obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito”.<sup>2</sup>

La posición mayoritaria opta por el sistema diferenciado, en contraposición al sistema unitario de autor. El reconocimiento del primero conlleva a aceptar los principios de la accesoriedad de la participación en relación con el hecho principal cometido por el autor, esto porque “los tipos de autoría van referidos a un sujeto que recibe el nombre de autor, mientras que los tipos de participación aluden a un sujeto que se considera partícipe de un tipo de autoría”.<sup>3</sup> El instigador y el cómplice participan en el hecho del autor, no se les atribuye la ejecución del delito sino su contribución subordinada al mismo. Su aportación tiene relevancia penal cuando el autor ha cometido un injusto penal al menos en grado de tentativa, y se dice un injusto penal porque el hecho principal debe ser típico y antijurídico (accesoriedad limitada),

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas, 1986, p. 601.

<sup>3</sup> Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 37.

pues no basta la tipicidad (accesoriedad mínima) y es irrelevante la culpabilidad del autor (accesoriedad máxima).

En México, el Código Penal Federal sigue el sistema diferenciado de autor, no sólo porque en el preámbulo del artículo 13 formalmente alude a “autores o partícipes”, sino porque en sus diversas fracciones materialmente distingue al autor del partícipe. Ello, pues, alude al autor material (cuando realiza el delito por sí), al coautor (cuando lo realizan conjuntamente), al autor mediato (quien lo lleva a cabo sirviéndose de otro), al instigador (determinar dolosamente a otro a cometerlo) y al cómplice (prestar ayuda o auxilio a otro para su comisión).

## II. AUTORÍA MEDIATA

“La teoría del autor mediato, se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat*, desarrollada a fines de la Edad Media (...) pero un concepto de autoría mediata no aparece [sino] hasta Stübel (1828) en reemplazo del de causante intelectual. La fundamentación moderna comienza con los hegelianos: Luden, Köstlin, Berner, Hälschner”<sup>4</sup>

La imputación de un hecho delictivo no sólo se hace en contra de quien materialmente lo ha ejecutado, también puede recaer en quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho, y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. En tal caso se habla de autoría mediata. Adquiere la categoría de autor cuando tiene el dominio del hecho y le atribuimos el calificativo de “mediato” en cuanto que no ejecuta el hecho por sí. La autoría mediata surge para limitar las graves consecuencias del concepto restrictivo de autor y de la accesoriedad extrema. En el primer caso, porque autor sólo lo era quien de manera inmediata cometía el hecho punible y, por consecuencia, la intervención mediata era considerada participación. En el segundo, porque cuando el autor era inculpable, aplicada la accesoriedad extrema, también era impune el partícipe, “de manera que, como afirma Welzel, parecía, pues, necesaria la figura jurídica inde-

<sup>4</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 505.

pendiente de la autoría mediata, para el caso de utilización de otro hombre con el objeto de efectuar la acción típica...”<sup>5</sup>

Autor mediato es quien para cometer el delito se sirve de otro como instrumento. La autoría mediata no compagina con la teoría subjetiva ni con la formal-objetiva de autor, pues no es el *animus auctoris* ni la ejecución de propia mano del hecho punible lo que da la categoría de autor. La autoría mediata sólo es explicable bajo los postulados de la teoría del dominio del hecho, porque sin lugar a dudas es el hombre de atrás el que tiene en sus manos la voluntad del instrumento y las riendas del acontecer causal. “En la autoría mediata —dice Hirsch— queda claro que el dominio del hecho constituye el decisivo punto de partida; cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste tiene el dominio sobre los acontecimientos”<sup>6</sup>

En el Código Penal mexicano la autoría mediata fue desconocida por el legislador de 1931. Se introdujo en la reforma de enero de 1984 al artículo 13, y ahora en la fracción IV se considera como autor a quien lleve a cabo el delito sirviéndose de otro. El texto es adecuado, pues no corresponde a la norma prever todos los supuestos de autoría mediata que la realidad proporciona, por lo que basta una fórmula general que comprenda un concepto abierto y la incertidumbre corresponde al juez desecharla al momento de ocuparse de los casos, recurriendo a la interpretación de la norma jurídica, pues no hay pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Este camino de pronunciar un supuesto jurídico general sin entrar en casuismos lo siguen también los códigos penales alemán y español, pues el primero en el artículo 25 prevé como autor a quien realiza el hecho punible por medio de otro,<sup>7</sup> y el segundo en el artículo 28 a quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento.<sup>8</sup>

El concepto de autor mediato no comprende la responsabilidad o irresponsabilidad del instrumento. Basta decir que es autor mediato

<sup>5</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1993, p. 122.

<sup>6</sup> Hirsch Hans, Joachim, *Acerca de los límites de la autoría mediata. Derecho Penal. Obras completas. Libro homenaje*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 197.

<sup>7</sup> *Código Penal alemán. Parte general* (trads. Johannes Albert Kirchmayer y María J. Blanco Ledesma), España, Gabriel Rivas, 2000, p. 45.

<sup>8</sup> *Código Penal español*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2001, p. 24.

quien comete el delito sirviéndose de otro como instrumento, sin especificar si a este último le es imputable o no el hecho punible, pues con ello se descartan discrepancias que corresponde analizarlas en los casos de autoría mediata y no en su concepto. Y es que tradicionalmente se afirma que el instrumento no es responsable, pero en el caso de error de tipo el sujeto instrumento puede tener responsabilidad por culpa si aquél es vencible, y más claro resulta en los casos de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, en el que el sujeto instrumento actúa con plena responsabilidad. Esta última hipótesis trata de un verdadero “autor detrás del autor”, frase cuya paternidad Rodríguez Mourullo atribuye a Lange.<sup>9</sup>

### III. CASOS DE AUTORÍA MEDIATA

“La autoría mediata es una creación de la moderna ciencia penal alemana”.<sup>10</sup> Su origen sistemático inicia con Christoph Carl Stübel en la primera mitad del siglo XIX, y quizá la mayor explicación la produjo en 1963 Claus Roxin en su obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Así, el origen, concepto, naturaleza jurídica, casos y la problemática en general aparecen en textos de autores alemanes, a quienes en un sentido u otro ha seguido la literatura penal española y latinoamericana.

Los casos en que una persona comete el delito valiéndose de otra como instrumento, normalmente no los prevén los ordenamientos penales, lo cual corresponde a una correcta técnica legislativa. Es la doctrina quien los ha delimitado y, como en casi todos los tópicos penales, no hay unanimidad al enumerarlos. Los casos de autoría mediata, tradicionalmente tienen como punto de partida que el instrumento ejecutor no es responsable. Así, a manera de ejemplo, citamos a Liszt, quien aduce como hipótesis cuando el instrumento no es imputable, cuando ha obrado sin libertad, cuando actúa sin dolo,

<sup>9</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “El autor mediato en Derecho Penal español”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 570.

<sup>10</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal mexicano*, t. I, México, Porrúa, 2000, p. 95.

cuando obra sin la intención o cualidad determinada y cuando el agente inmediato estaba obligado a ejecutar el acto por deberes del servicio o por disposición legal.<sup>11</sup> Mezger reconoce como casos de autoría mediata cuando el instrumento actúa sin dolo, si lo hace sin voluntad de autor, cuando en un delito especial obra sin estar calificado para la autoría.<sup>12</sup> Y para Mir Puig cuando el tercero actúa con violencia, engaño, inidoneidad, sin dolo, sin elementos subjetivos del injusto, amparado por una causa de justificación o sin posibilidad de imputación objetiva.<sup>13</sup>

La irresponsabilidad del instrumento constituyó una barrera para delimitar el campo de la autoría mediata y evitar un irrefrenable abuso de su aplicación. “La figura jurídica de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites —dice Jescheck—, la posibilidad de autoría mediata termina, en primer lugar, allí donde el instrumento es en sí mismo un autor plenamente responsable”.<sup>14</sup>

Roxin, además de explicar sobradamente el tema, agregó una hipótesis que rompió con las bases acuñadas hasta 1963, pues alejándose de la no responsabilidad del instrumento, propuso que hay autoría mediata en los casos de dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, en las cuales el instrumento actúa con plena responsabilidad penal pero sirve a la ejecución de un plan de una organización jerárquicamente organizada. Propone así un verdadero caso de “autor detrás del autor”, tema del que me ocuparé en lo sucesivo.

#### IV. DOMINIO DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Fue tardía la traducción al castellano de la obra de Roxin (*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*); pasaron más de treinta años. Sin

<sup>11</sup> Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Madrid, Reus, 1999, pp. 80-82.

<sup>12</sup> Mezger, Edmundo, *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*, México, Cárdenas, 1990, p. 310.

<sup>13</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Reppertar, 2004, pp. 380-382.

<sup>14</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1981, p. 920.

embargo, en 1970 se editó un libro en homenaje a Luis Jiménez de Asúa en el que Enrique Bacigalupo tradujo un ensayo de aquel autor titulado “Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal”. En ese artículo el escritor alemán expuso:

Creo posible indicar una tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos como dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada. Puede tratarse de una banda de gangsters, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (como por ejemplo el régimen de Hitler).<sup>15</sup>

Esta hipótesis de autoría mediata no encaja en el molde tradicional porque encontramos un doble dominio del hecho, uno atribuido al que ordena (dominio de la voluntad) y otro al que ejecuta el hecho punible (dominio de la acción), por lo que “no sólo el autor mediato es responsable, sino también el inferior, pues en ambos casos se da un dominio sobre el hecho”.<sup>16</sup> La doctrina opositora rechaza esa posibilidad y argumenta instigación del sujeto de atrás o bien coautoría. El punto de partida para dirimir el conflicto es el concepto que se tenga de dominio del hecho y quizá sea esa la premisa primordial de la conclusión.

Roxin renuncia a un concepto “indeterminado” o “fijado” de dominio del hecho y basándose en Larenz establece que: “no cabe formular un concepto de autor delimitado firmemente mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables”.<sup>17</sup> Así, parte de un concepto abierto de dominio del hecho; no comprende una definición o fórmula exacta, sino mas bien una descripción, como primer elemento, que “presenta la ventaja de poder ajustarse a los cam-

<sup>15</sup> Roxin, Claus, “Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 63.

<sup>16</sup> Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal, Malarée, *Lecciones de Derecho Penal*, t. II, Madrid, Trotta, 1999, p. 293.

<sup>17</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 279. En relación con los conceptos de dominio del hecho indeterminado y fijado, pp. 130-145.

biantes casos concretos (...) se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes (...) [al] no delimita[r] el concepto de autor mediante fórmulas nunca está concluida [y] es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos (...)”<sup>18</sup> Por otra parte, junto a la descripción, como segundo elemento, aparecen los principios regulativos u orientadores dejados a la valoración judicial como tope de soluciones.

Bajo este concepto abierto de dominio del hecho, Roxin cree posible encontrar autoría mediata no sólo en casos de coacción o de error del ejecutor, sino también cuando el instrumento es responsable pero forma parte del engranaje de un aparato organizado de poder, porque ésa es la conclusión después de describir el caso y de aplicar los principios orientadores, como elementos de la teoría del dominio del hecho.

La fuente real que llevó a la propuesta de esta tercera hipótesis de autoría mediata fueron los crímenes de guerra o de Estado atribuidos a los altos mandos del régimen nacional-socialista alemán relativos al exterminio masivo de judíos de 1933 a 1945, juzgados en el Tribunal de Nuremberg. Los casos particulares que la doctrina destaca son los procesos judiciales seguidos en contra de Adolf Eichmann y Staschynskij,<sup>19</sup> los cuales demuestran, deduce Roxin, “que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar cabida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global”<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 146-147.

<sup>19</sup> Adolf Eichmann fue funcionario nazi encargado del Departamento Central para la Emigración Judía y responsable de la ejecución (no de propia mano sino ordenando) de judíos en el campo de concentración de Auschwitz durante el nacional-socialismo alemán; tras la derrota del régimen, huyó a Argentina de donde el servicio secreto israelí, sin mediar procedimiento de extradición, lo llevó a Israel; ahí los tribunales lo juzgaron y condenaron (a muerte y fue ejecutado) como autor mediato de esos hechos, esto en 1961 y 1962. Staschynskij fue agente ruso a quien el servicio secreto soviético encomendó la muerte de dos dirigentes políticos exiliados; la ejecución fue de propia mano en las calles de Munich; el Tribunal alemán, siguiendo una teoría subjetiva, lo condenó por complicidad porque en el hecho no tenía interés personal, esto en 1962.

<sup>20</sup> Roxin, *Autoría...*, *op. cit.*, p. 270.



La defensa de Eichmann, tal vez sin saberlo, dio sustento al tema al destacar la relevancia que tiene la sustitución o fungibilidad de los eslabones en la cadena que sigue la orden de ejecución, pues adujo que si su defendido se hubiera negado a obedecer, ello no habría tenido ninguna trascendencia para las víctimas, la maquinaria de impartir órdenes hubiera seguido funcionando, ya que el “todopoderoso” habría seguido actuando, por lo que los crímenes no son atribuibles a un individuo sino al propio Estado.<sup>21</sup> ¿Cuáles son las razones que se tienen para sustentar esta hipótesis de autoría mediata? Son diversas y constituyen a la vez el blanco de ataque de la doctrina opositora.

En un primer punto es que el instrumento ejecutor del que se vale el autor mediato es vidente y, por tanto, responsable. Ello excluye el dominio de la voluntad derivado de coacción o de error. Esto lo ejemplifica Roxin aduciendo que por cuanto hace a la coacción, en los procesos de Nuremberg no hay un “solo caso en que alguien hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves”. Y por cuanto hace al error, afirma que: “el simple error sobre la antijuridicidad formal que podría existir, no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer”.<sup>22</sup>

Para atribuir autoría mediata del hombre de atrás no debe aplicarse la teoría subjetiva de autor argumentando que quien ordena es el portador del *animus auctoris*, pues la categoría de autor no deriva del ánimo del sujeto sino del dominio que tenga sobre la ejecución del hecho punible. Aquella tesis mayoritariamente la han abandonado por las consecuencias inadmisibles a que conduce, como en el caso Staschynskij en que el tribunal alemán lo condenó por complicidad, pese a que ejecutó de propia mano a los refugiados políticos o en el clásico ejemplo de “la bañera”.

La autoría mediata por dominio de voluntad a través de aparatos organizados de poder sólo es aplicable a un número restringido de

<sup>21</sup> Cfr. Bruera, Matilde, “Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001, p. 261.

<sup>22</sup> Roxin, *Autoría...*, op. cit., p. 271.

casos y la propuesta no está encaminada para los supuestos de criminalidad común. Dos son las hipótesis en que tendría cabida: primero, cuando el delito es atribuible a quienes ostentan el poder estatal, utilizando organizaciones subordinadas a ellos; segundo, tratándose de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes, creando un Estado dentro del Estado.<sup>23</sup>

Este restringido campo de aplicación corresponde a una ponderación valorativa de los sucesos que cometen los integrantes de esas organizaciones. En el caso de estructuras estatales, “es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos [...] dominan la realización del resultado de una manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global”.<sup>24</sup> En el caso de estructuras paraestatales, el crear un “Estado dentro del Estado” implica ya un enfrentamiento a las instituciones público-sociales, y nadie dudaría en reconocer el dominio que tienen los dirigentes desde la emisión de la orden hasta la ejecución material de la misma.

Es necesaria esta hipótesis de dominio de la voluntad, dada la naturaleza y papel que tienen los dirigentes de las organizaciones de poder en la comisión de peculiares hechos punibles.

Podría afirmarse la autoría mediata del hombre de atrás, dice Faraldo Cabana, [en] las siguientes hipótesis: (...) el estado criminal, cuyo ejemplo más notorio es el régimen nacionalsocialista alemán (...) organizaciones estatales, cuando empiezan a actuar de forma delictiva en la persecución de objetivos fijados por el Estado, de lo que constituyen un ejemplo las dictaduras militares en América del Sur y la guerra sucia contra el terrorismo, la disidencia política o la guerrilla (...) [y] movimientos clandestinos, organizaciones delictivas y asociaciones ilícitas en general que persigan objetivos contrarios al ordenamiento jurídico establecido.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Cfr. Lascano, Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001, p. 377.

<sup>24</sup> Roxin, *Autoría...*, op. cit., p. 272.

<sup>25</sup> Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 195.

La estructura organizada de poder debe actuar al margen del sistema jurídico socialmente establecido. No es concebible imputar responsabilidad penal respecto de hechos que jurídicamente tienen un sustento, y es que “en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás”.<sup>26</sup>

El sujeto de atrás no se subordina al sujeto ejecutor. Tanto en estructuras organizadas de poder estatales como paraestatales, la gravedad de los hechos punibles cuya ejecución ordenan los hombres de atrás, hace que no pierdan el control de la ejecución, no lo dejan al arbitrio del instrumento, y en esa medida permanentemente dominan la voluntad de éste a quien sólo dejan el dominio de su acción pero no del suceso globalmente considerado. La actuación del hombre de atrás no termina con la emisión de la orden, su dominio persiste dado el engranaje de la organización a la que pertenece y domina. Esto conlleva a conservar un dominio de la voluntad del instrumento, el que siendo portador del dominio de la acción, sólo es una herramienta más en los propósitos de aquél. “Aquí aparecen los autores de escritorio que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque, al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del aparato en la ejecución del hecho”.<sup>27</sup> De ahí la diferencia con la simple instigación en que el inductor queda subordinado al autor material.

El aparato organizado de poder tiene vida independiente, y sus miembros ejecutores constituyen piezas sustituibles. Es la fungibilidad del ejecutor una de las características esenciales de la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos de poder, pues la organización y los fines de sus dirigentes no dependen del instrumento ejecutor (de ser así habría inducción), por eso se dice que tiene vida independiente el grupo y que funciona en forma automá-

<sup>26</sup> Roxin, *Autoría...*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>27</sup> Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, Edersa, 1982, p. 243.

tica, pues la negativa de una persona a cumplir el cometido ordenado es irrelevante en la medida que otro más lo sustituirá cual herramienta de trabajo. Es así que el ejecutor constituye un verdadero instrumento, y aun siendo poseedor del dominio de la acción es una pieza más, y por tanto sustituible, en la compleja composición de la organización. “El dominio se basa aquí en la fungibilidad del ejecutor. Lo característico de esta forma de dominio es que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o de prevalerse de una situación de error en el ejecutor, y, además, sin tener que conocer a éste [...] El criterio de fungibilidad o intercambiabilidad alude a la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan conjunto”.<sup>28</sup>

A diferencia de los casos de autoría mediata de dominio de la voluntad por coacción o bajo error, en el supuesto a estudio la responsabilidad del instrumento es plena en autoría material, dado el dominio del hecho que tiene respecto de su acción. “Aquí [...] los ejecutores materiales [...] son plenamente responsables e incluso cometen los hechos de forma absolutamente voluntaria, mostrando además muchas veces un alto grado de adhesión a la causa, entusiasmo o fanatismo, igual o mayor que el de los superiores que les daban las órdenes”.<sup>29</sup> La responsabilidad del autor material, sin embargo, no incide ni excluye la responsabilidad mediata del autor de atrás, y esto deriva, precisamente, de que el ejecutor, aun siendo dominador de su conducta, constituye una figura anónima y sustituible, como reiteradamente se le ha calificado, dentro de la estructura organizada de poder.

Es posible, indudablemente, una autoría mediata en cadena tratándose de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, incluso sería raro no encontrarla, pues toda organización implica un número considerable de partícipes con un orden, jerarquización, jugando roles distintos, moviéndose en estructuras verticales y horizontales, de manera que entre el sujeto que da la orden y el que

<sup>28</sup> García Vitor, Enrique, “La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001, p. 329.

<sup>29</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 453.

la ejecuta, aparecen normalmente muchos eslabones, pero únicamente serán autores mediatos quienes tienen capacidad de orden, capacidad de disponer de la organización misma para los fines delictivos, sólo la cadena de mando importa en estos casos. “(D)esde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando [...] el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes”.<sup>30</sup>

En palabras claras y concisas el Tribunal de Jerusalén, en la sentencia que emitió contra Eichmann, explicó: “La proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad mas bien aumenta cuando más alejado se esté de aquél que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando”.

Estas son las características de esta peculiar forma de autoría mediata. El tema es poco claro y su aplicación a un caso concreto seguramente representa mayor oscuridad. Por ello me adhiero a Stratenwerth cuando al abordar el punto concluye que: “En la problemática particular hay muchas cuestiones dudosas”.<sup>31</sup>

En México, la adopción de la autoría mediata en el Código Penal Federal (artículo 13, fracción IV) permite concluir el reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como punto esencial de la autoría, y al menos la literalidad del precepto (llevar a cabo el delito sirviéndose de otro) no pugna con la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, aunque bien vale la pena abordar el tema en un trabajo específico. Es del dominio público que en nuestro país, la Procuraduría General de la República ha ejercitado acción penal en contra de altos funcionarios del Poder Ejecutivo federal por los hechos ocurridos el 2 de octubre de 1968 en la Plaza de las Tres Culturas de la Ciudad de México, caso en el que bien podrían los órganos jurisdiccionales pronunciarse si es o no fac-

<sup>30</sup> Roxin, *Autoría...*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>31</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, p. 243.

tible la autoría mediata por la comisión de los múltiples homicidios ahí acaecidos.

El tema no queda agotado. Hay mucho por decir acerca de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Está pendiente la problemática del comienzo de la tentativa, las críticas de la doctrina opositora (que en general optan por aplicar coautoría o instigación), los casos en que ha tenido aplicación (el de “Los disparadores del Muro de Berlín” y el proceso argentino contra los comandantes de las Fuerzas Armadas por los hechos ejecutados durante la dictadura militar), la posible inclusión conforme al texto del Estatuto de Roma, etcétera.