

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉSIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**



SUMARIO DOCTRINA:

I. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas.— II. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.— III. Conclusión y propuesta

Decir que este trabajo me pertenece, en parte, no es correcto. Me conformaría simplemente con el reconocimiento a la labor recopilatoria que he realizado sobre las ideas de Claus Roxin, (1) más precisamente sobre sus aportes al estudio de la autoría y la participación en la dogmática penal. Por ello aclaro al lector que las siguientes líneas han sintetizado parte de la obra del profesor alemán ya que fue él quien en el año 1963 introdujo por primera vez la discusión acerca de la responsabilidad jurídica que dentro de una estructura jerárquica poseen los cuadros superiores en relación con el dominio de la voluntad de los cuadros inferiores y su consecuente reproche penal. De esta manera, y teniendo en consideración que desde hace largos años dicha teoría se encuentra reconocida como una tercera categoría de autoría mediata, propongo que a través del estudio de los dos trabajos realizados por Roxin que, a mi modo de ver, mejor reflejan los fundamentos de su teoría nos adentremos en ella comparando sus variables discursivas a fin de verificar si los lineamientos de su primera tesis se han mantenido en el tiempo o se han modificado con el correr de los años.

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

I. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas(2)

I- Ya antes del año 1963 la doctrina ya había aceptado la existencia de un autor plenamente responsable por fuera de quien ejecutaba la acción punible. Sobre esto, quien dominaba la voluntad de otro, sea por coacción o por error, (3) dominaba el hecho y por ende realizaba a través éste (quien actúa como mero instrumento) la conducta típica. En definitiva, por aquellos años existía un consenso científico general en que bajo los dos supuestos tradicionales descriptos con anterioridad podían modelarse las estructuras básicas de la autoría mediata. Pese a ello, Claus Roxin planteó si bajo estas dos categorías se agotaban los supuestos fácticos al momento de analizar, por ejemplo, los acontecimientos bélicos de la primera mitad de siglo XX. Sobre la base de dicho interrogante el autor alemán elucubró una tercera hipótesis no contemplada por la dogmática penal hasta ese momento pero sí ajustada a los todavía cálidos vientos de la posguerra: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras organizadas de poder.

Roxin se apoyaba para dar curso a su tesis en los hechos descriptos durante los juicios de Nürenberg —1945-1946— donde si bien se juzgó a la cúpula de poder de la Alemania Nazi, entendiendo a sus jerarcas como máximos responsables de los crímenes cometidos durante el período de 1936 a 1945, quedó a la vista la problemática adjudicación de tales hechos a los acusados en tanto fácticamente quienes decidían la suerte de los prisioneros y enemigos políticos no habían realizado de propia mano ni un solo atentado contra sus víctimas sino que eran quienes ordenaban a sus subordinados cometer tales actos.

Para Roxin lo paradójico del caso era que a medida que estudiaba la cadena de mando del gobierno alemán se daba cuenta de que al subir de eslabón se alejaba cada vez más de los hechos criminales pero se acercaba más nítidamente a sus responsables directos, por lo cual entendía que dicha lejanía con los sucesos no era proporcional al grado de responsabilidad y decisión de los acusados en tanto, en la totalidad de los casos, las ordenes emitidas por los comandos superiores tenían como única finalidad su cumplimiento más allá de quién realizaba la acción típica porque en sí el resultado estaba asegurado a través de la estructura organizada de poder. La lejanía al suceso criminal aseguraba y controlaba, paradójicamente, el resultado lesivo.

De esta manera Roxin entendió necesario, a fin de esquematizar el cuadro de responsabilidad institucional y hallar una solución dogmática que clarificara jurídicamente los hechos juzgados,

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉSIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

diferenciar entre los ejecutores directos de los crímenes de los por él denominados autores de "escritorio" u "hombres de atrás" (Schreibtischtäter) quienes si bien, como ya dijimos anteriormente, no ejecutaban personalmente los hechos criminales, sí contaban en cambio con una maquinaria personal con cuya ayuda podían llevar a cabo sus actos sin tener que delegar la realización de los mismos a la decisión autónoma del ejecutor, a la posibilidad de un obrar erróneo de éste o a su coacción para lograr el resultado en tanto formas tradicionales de autoría mediata.

Se otorgaba crédito de esta manera a la teoría que establecía que los crímenes de Estado no debían ser analizados a través de los parámetros del delito individual, ya que las figuras jurídicas tradicionales de la participación (como la autoría, la inducción y la complicidad) para Roxin son "concebidas a la medida de hechos individuales" (270:1963) y por ello no pueden advertir la magnitud de sucesos colectivos como los ocurridos en la Alemania Nazi o como por ejemplo en nuestro país en la última dictadura cívico-militar.

Así, para argumentar la inaplicabilidad de los fundamentos tradicionales de la autoría mediata, Roxin tomó como modelo un caso paradigmático dentro de los juicios analizados por el autor: el del agente Staschynski perteneciente al Servicio Secreto Alemán durante la Segunda Guerra Mundial.

Del proceso penal en su contra se recuerda cómo el oficial alemán escudó la totalidad de sus conductas en las órdenes impartidas por sus autoridades, buscando mostrar las supuestas dificultades para negarse a cumplir lo encomendado en virtud de su relación jerárquica. A través de este ejemplo, y recordando que en su defensa el agente adujo ser sólo un vehículo de las decisiones tomadas por los comandos superiores, Roxin reconoció el problema que guiaría sus pasos en la construcción de su teoría. Porque en casos como el del agente Staschynski no se acreditó lo aludido por el citado oficial ni en virtud de haber sido coaccionado por órganos superiores a realizar actos contrarios a su voluntad ni de haber sido inducido a equivocaciones que hayan determinado su obrar, es decir, no hay datos que hagan suponer que el agente haya actuado como mero instrumento. Tanto es así que en relación con el primer supuesto -la coacción- afirma Roxin que de las averiguaciones realizadas por historiadores, relatos de testigos y por los documentos expuestos en el juicio de Núrenberg no se halló "ni un solo caso de soldados o agentes fusilados por negarse a cumplir órdenes"

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

(271:1963), sino a lo sumo, quizá, alguna nota desfavorable en perjuicio de quien se negaba a obedecer.

De igual manera ocurrió en relación con el segundo supuesto, el del error. Para el alemán, quien haya apretado el gatillo siendo plenamente responsable es conciente de sus actos y sus consecuencias por lo que a lo sumo le podría caber algún reproche moral o, tal como dice el autor "que acalle la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes"(271:1963).

El problema para Roxin era cómo resolver el interrogante para atribuir la autoría mediata a quien da las órdenes dentro de un aparato organizado de poder si no concurren los supuestos tradicionales de coacción y de error sobre quien ejecuta el hecho criminal. Para resolver este inconveniente el autor descartó por completo la teoría del *animus auctoris*, fuente de la mayoría de los lineamientos en la discusión dogmática por aquel entonces. Según esta teoría la autoría del hecho sólo se podría atribuir a quien posea el ánimo y voluntad de cometerlo, es decir, a quien es realmente el interesado en la concreción del resultado. Pero con buen tino el autor alemán entendió que ese interés también se manifiesta en la inducción y por lo tanto no es un elemento autosuficiente para fundamentar la autoría mediata de quien da órdenes y por ende un elemento óbice para distinguir entre el autor mediato de aquel que induce a la comisión de un resultado lesivo. A partir de este argumento el catedrático ensayó un interesante juego de diferencias entre estas dos figuras, siendo que para él si bien tanto el inductor como el autor mediato poseen un interés común en el resultado no puede negarse que el primero actúa en forma distinta que el segundo, porque nadie "vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global" (272:1963), cuestión que no se corresponde con los criterios de la inducción, por ejemplo. Para clasificar esto, según Roxin, en una estructura jerárquica de poder se despliega "una vida independiente de la identidad variable de sus miembros, (...) funciona autónomamente sin que importe la persona individual del ejecutor" (272:1963) ya que el sujeto de atrás -quien se sienta en los mandos superiores de la estructura organizativa- da la orden, confiando en que ésta se va a cumplir sin importar quién la realice. Tampoco resulta necesario valerse de medios coercitivos ni ardidés ya que su decisión va a ser ejecutada de todas formas y aún si el autor directo se negara a realizarla habrá otro que ocupe su lugar, por lo que nunca podría verse alterado el diagrama original. Por ello, entiende Roxin, el punto decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad a diferencia de otras formas de autoría mediata reside en la comprensión que se realice sobre la

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉSIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

fungibilidad del ejecutor en tanto "el autor inmediato actúa de forma responsable, culpable y de propia mano" (273:1963) pero sin ocupar un lugar preponderante en la estructura de poder a diferencia de quien sí posee un status decisivo en la estructura vertical toda vez que éste tiene asegurado el cumplimiento de su orden aun en los casos en que el ejecutor inmediato renuncie al hecho criminal ya que éste es sólo un engranaje más de la maquinaria de poder y por ende un ente anónimo y sustituible. Para Roxin si bien el autor de "escritorio" u "hombre de atrás" no domina el hecho, sí domina la voluntad de quien lo ejecuta porque este último responde a un plan criminal organizado dependiente del aparato de poder.

Más gráfica es la propuesta cuando para dar fuerza a su tesis Roxin toma como ejemplo el caso de Adolf Eichmann (4) quien durante su juicio en Jerusalén en 1961 sostuvo su defensa bajo el argumento de que su accionar sólo se remitía a alistar a los prisioneros capturados para luego deportarlos a los campos de concentración, haciendo entrever que no tomaba parte en la ejecución de los hechos criminales o por lo menos no de "propia mano".

Amparándose en dicho relato, y con el fin de extender los fundamentos de su propuesta, Roxin transcribió parte del alegato del abogado defensor del oficial alemán, Robert Servatius: "haberse negado a obedecer ello (las órdenes) no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de judíos y por eso no había importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes había seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Reinhard Heydrich. Aquí estaba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todo poderoso colectivo, el sacrificio —de no hacer lo encomendado— carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo, el propio Estado es el autor" (273:1963).

Sobre la base de lo anterior se afirma el otro punto central en la tesis de Roxin: el engranaje de la organización. Así, ante cualquier vicisitud, "es la estructura de la maquinaria la que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque el comportamiento de los sujetos de atrás con respecto a la inducción" (273:1963). Con ello el alemán visualiza la operatividad de la maquinaria de poder invirtiendo el reproche penal tradicional: un interviniente cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa más se realza su dominio sobre la organización, el que aumenta según asciende en la escala jerárquica del aparato de poder.

II- En relación con lo anterior Roxin trabajó arduamente para evitar la confusión metodológica que planteaban los finos vértices de la autoría y la participación. Por ello también desde la

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

casuística intentó diferenciar el objetivo de su propuesta a través de modelos claros y concretos. Para el alemán: "Quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencia para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores (y a órdenes suyas) es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien puede fundamentar la participación pero no la autoría" (275:1963).

Es dable destacar cómo Roxin resaltó la importancia de la "maquinaria" y su impulso a través de órdenes jerárquicas al punto de descartar -in concreto- cualquier situación que, pese a su dañosidad, no pueda atribuírsele al movimiento mismo del aparato de poder. De igual manera también marcó los límites en los cuales su teoría no sería aplicable. Respecto a ello, "la estructura del dominio de la organización (...) sólo puede existir allí donde [ella] en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico" (277:1963) ya que de lo contrario -y a sabiendas de que sólo ese marco de ilegalidad opera en la orden emanada por un agente superior- quien ejecutaría el crimen sabría que: 1) o puede evadirse de la acción; 2) que otros también podrían optar por evadirla o 3) que tendría mecanismos institucionales para ello. Dice Roxin: "Una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento" (277:1963) ahí no se actúa con el aparato sino contra él. Por ello el autor refiere que sólo pueden acreditarse casos de autoría mediata en aparatos organizados cuando: 1- el Estado en su conjunto es quien comete delitos, ya que sólo el poder estatal puede operar y mantenerse al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del estado de derecho y 2- cuando los hechos que cometan organizaciones clandestinas y bandas criminales resalten dos cuestiones: a) una organización rígida, independiente del cambio de sus miembros y también b) una orientación contraria al ordenamiento jurídico estatal. Según Roxin, debe ser "un Estado dentro del Estado", habiéndose emancipado del ordenamiento jurídico de la comunidad. Para estos casos si bien es cierto que la justicia y las agencias estatales pueden impedir su labor, según el autor alemán: "lo decisivo no es que a la realización de los delitos se puedan oponer resistencias" (278:1963) situadas ellas fuera de la estructura ilegal, sino que sus miembros "no obren por cuenta propia sino como órganos de la

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

cúpula directiva cuya autoridad reconoce" porque "la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de atrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor" (279:1963). Quien actúa es la maquinaria de poder y no un sujeto a cuenta propia.

III- Hasta aquí hemos visto cómo luego de los sucesos de Nürenberg, Roxin, comenzó a ensayar una tercera categoría por fuera de las estructuras básicas de la autoría mediata. Definida como aquella que se propicia dentro de los aparatos organizados de poder en cuanto estructura orgánica, jerárquica y fuera del marco legal, el autor se apartó del análisis tradicional sobre autoría y la participación en tanto se reconoció por primera vez la necesidad de entender los delitos cometidos por estas organizaciones fuera de los cauces del delito individual. Ahora bien, siguiendo con el presente análisis veremos qué desarrollo ha tenido su tesis a partir de una presentación realizada en la ciudad española de Sevilla durante el año 2006.

II. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata(5)

IV- Para el año 2006 Roxin seguía confiando en que su teoría del dominio de la voluntad en los aparatos organizados de poder"resultaba un tema central de discusión en la doctrina penal" (11:2006). Mantenía así su idea, al igual que en 1963, de que en"una organización delictiva los hombres de atrás, (Hintermänner) que ordenan con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean asimismo castigados como autores plenamente responsables" (11:2006).

Satisfecho por el reconocimiento, en cuanto al desarrollo instrumental que había obtenido su propuesta desde su creación hasta aquellos días, el autor recuerda en su artículo cómo su tesis fue tomada en consideración en el ámbito penal. Así destaca por ejemplo la admisión de su material en el Tribunal Supremo Federal Alemán (B.G.H.) cuando el 26 de julio de 1994 condenó a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la Alemania del Este (R.D.A.) por ser considerados autores mediatos de los homicidios dolosos perpetrados por los soldados de guardia apostados en el muro divisorio con la Alemania Oriental sobre los fugitivos que intentaban atravesarlo durante los últimos años de la guerra fría (6) (1971-1989). Es el reconocido caso de los "tiradores del muro", fuente del más variado análisis dogmático. Roxin también recordó cómo en el ámbito internacional su tesis fue tenida en cuenta. Tan es así que en esta presentación realizó una mención al caso argentino durante el juicio a las Juntas Militares de 1985 (7) a partir de la presentación del fiscal Julio Cesar Strassera quien tomó en consideración la propuesta del catedrático alemán para realizar formalmente la acusación a la

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉSIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

jerarquía militar nacional, en cuanto a su responsabilidad material y jurídica, durante el genocidio perpetrado en nuestro país durante 1976-1983. Por lo cual el catedrático alemán entendió que su teoría tuvo un tránsito importante durante los últimos cincuenta años (8).

V- Más allá de lo anterior, puede señalarse que la presentación hecha por Roxin en Sevilla intentó ampliar los márgenes de sus fundamentos tratando de avanzar por sobre las estructuras argumentales que hasta el año 2006 seguían condicionando su propuesta sobre las bases de la coautoría y la inducción. Para refutar esto el catedrático alemán hizo su análisis diferenciándose, en primer lugar, de la coautoría. Para Roxin dicha figura no sería una fuente dogmática aplicable en cuanto a que para su viabilidad le haría falta la tan necesaria "ejecución común" en el hecho criminal, es decir, el punto más trascendente de esta forma de participación. Destaca el autor: "una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho" porque "el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo" y, en la mayoría de los casos, "ni siquiera conoce al ejecutor". Por ello "no hay colaboración con el reparto de trabajo mediante aportes al hecho entrelazadas, lo que comúnmente se considera como el criterio central de la coautoría" (13:2006).

Asimismo, en el caso de la inducción para Roxin ocurre algo similar. Si bien para él "el hombre de atrás provoca al que ejecuta inmediatamente el hecho" el peso de las contribuciones "está repartido de modo inverso en la inducción y en el dominio de la organización". Según el autor "el inductor permanece fuera del suceso y ha dejado al que actúa inmediatamente la decisión acerca del sí y el cómo será ejecutado (...). Por el contrario en una organización delictiva el hombre de atrás (...) toma el poder y decide si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que lo ejecuta inmediatamente casi siempre llega sólo casualmente a la concreta situación de acción" (13:2006). Es decir, la instrucción es direccionada al cumplimiento de la orden y no al hecho delictivo —per se— en tanto a la creación de dolo al ejecutor inmediato. En este sentido quien ordena no necesita convencer de su plan a quien ejecutará los hechos sino sólo emitir su orden. (9)

Por ello, pese a las contrariedades manifestadas anteriormente, para Roxin todos aquellos autores que se han opuesto a su teoría lo han hecho para defender "casi siempre la solución de la coautoría o la inducción, no por su fuerza de convicción, sino como una especie de recurso de urgencia" (14:2006). Así, quienes conservarían esta línea lo harían, según Roxin,

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

porque creen que la aceptación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder va en contra del saber dogmático tradicional toda vez que "no puede haber un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable" porque sería "impensable atribuir simultáneamente al hombre de atrás y al ejecutor el dominio del hecho" (14:2006). En este sentido, para los partidarios de las ideas contrarias a las planteadas por Roxin, "un autor detrás del autor" —un Täter Hinter Dem Täter—, devendría en una construcción jurídica irrealizable.

VI- Sin embargo, para Roxin, las ideas contrarias a su tesis se han apoyado en por lo menos tres —3— errores con cuyo desarrollo se abrió paso a la construcción de una sólida fundamentación de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder.

En primer lugar para el jurista el "instrumento" que posibilita al "hombre de atrás" la ejecución de sus ordenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima" (14/15:2006). El verdadero instrumento, según Roxin, es más bien el aparato, compuesto por una pluralidad de personas integradas por estructuras preestablecidas que cooperan en diversas funciones relativas a su organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. Por ende, quien actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para la organización porque ésta puede disponer de muchos ejecutores dispuestos a realizar lo encomendado.

En segundo lugar (o como segundo error) para Roxin "de esta visión de las cosas se deriva que el ejecutor y el hombre de atrás posean distintas formas de dominio del hecho", las que no se excluyen entre sí. Con base en ello para el autor "quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el por (él) mi denominado dominio de la acción (Handlungsherschaft)" (15:2006); "el hombre de atrás tiene en cambio el dominio de la organización (lo) que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano (...). De esta seguridad de resultado es que se fundamenta el dominio del hecho" (15:2006), sugiere el alemán.

Por último y como tercer error dice Roxin: "no se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualquier déficit del instrumento como existen, por cierto, en el dominio mediante coacción y error, sino que hay que fundamentarlos positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso". Esto significa, "en el caso concreto de la dirección de la organización, que el dominio del hecho del hombre de atrás se base en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que, incluso, en el supuesto de

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉISIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata" (15:2006).

Ahora bien, habiendo superado para Roxin los inconvenientes planteados por los defensores de la coautoría y la inducción, el autor propone un saludable esquema que ayuda a refinar los elementos que bajo su óptica deben tenerse en consideración para identificar a una conducta individual bajo el servicio de un aparato organizado de poder.

Para Roxin son cuatro los factores que posibilitan atribuir el dominio del hecho de los hombres de atrás: el poder de mando sobre la estructura; la desvinculación de la organización respecto del ordenamiento jurídico; la fungibilidad del ejecutor inmediato y considerada disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho:

a) Poder de mando (Anordnungswalt): Según el jurista alemán, una de las características más importantes para entender la estructura de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder es, sin dudas, la capacidad de las agencias estatales de contar con estructuras jerárquicas que posean capacidad autónoma de mando, es decir, aquellos con los cuales, a través de su orden, aseguran la realización de los tipos penales amparándose en la capacidad ejecutora de la máquina de poder -que se encuentra a su disposición- como así también en la posibilidad cierta de que su decisión será ejecutada sin ni siquiera proyectarse la más remota chance de que ésta no se materialice. Sin esta capacidad de mando, sin esta cristalización del poder, la maquinaria -en tanto aparato funcional- no se desarrollaría, pierde su sentido y por ende uno de sus elementos rectores: la obediencia.

b) Desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder (Rechtsgelöstheit): Uno de los elementos más llamativos en la explicación de Roxin es la necesidad de enmarcar los movimientos de la organización por fuera del ordenamiento jurídico. Esto es una necesidad manifiesta para entender la estructura de dominio de la voluntad, ya que tiene como objetivo principal no amparar las acciones dentro de la expectativa lógica que generan los comportamientos conformes a derecho en tanto se manifieste la direccionalidad del aparato de poder en su conjunto de moverse por fuera de la ley. Esto último evita que se tomen los actos antijurídicos como hechos aislados, propios de la voluntad de los agentes ejecutores más que de las directrices y voluntades de los órganos superiores con capacidad de mando autónomo.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

c) La fungibilidad del ejecutor inmediato: Junto con el poder de mando de los órganos jerárquicos, la fungibilidad del ejecutor inmediato resulta ser uno de los puntos más altos de la teoría de Roxin. Haber materializado este elemento como un pilar fundamental se asocia directamente a la capacidad organizativa del aparato de poder como tal y su posibilidad efectiva de realizar el propósito de quien ordena en la cadena de mando. Por ello son fungibles "los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo" (17:2006). En estos casos dice Roxin "la ejecución de órdenes se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo" (17:2006).

Más allá de lo anterior, Roxin toma dos criterios de autores contrarios a su posición para alimentar su teoría. Joachim Renzikowski quien por ejemplo le objeta que "la posibilidad de recurrir a otros ejecutores no puede fundamentar un control del que actúa de hecho" aunque reconoce que haya una "posibilidad garantizada de producción de resultado en virtud de la intercambiabilidad del que actúa inmediatamente" (17:2006). Para Roxin dicha teoría sería aceptada si se piensa no en una organización sino en un solo ejecutor. Por ello con buen tino el alemán responde que una "visión individualista así, que reduce el suceso a una relación entre dos personas, no se corresponde con la esencia del dominio de la organización" (17:2006) ya que para éste, el instrumento es la organización "y para su eficaz funcionamiento, la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis sino una realidad que asegura el resultado" (18:2006).

Para Friedrich Cristian Schroeder, "especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores, pero sin embargo, los hombres de atrás son autores mediatos" (18:2006). Si bien Roxin no dejó de reconocer esta categoría, en cuanto a una posible exclusividad en el accionar de ciertos ejecutores, bajo el lineamiento de Schroeder se abandonaría el "ámbito del dominio de la organización", el cual se ajusta a la fungibilidad de los mismos, al automatismo tan ponderado dentro de la maquinaria como también a la "pluralidad de delitos que se desarrollan según el mismo esquema". Por ello para el caso de especialistas no intercambiables sólo cabría la modalidad de inducción en tanto no se ejerza una presión coactiva relevante contra el "experto". Así si por ejemplo, dice Roxin, "un servicio secreto tiene que reclutar un especialista no entra en escena la maquinaria, es decir: la organización".

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉSIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

Hay un último caso, enuncia Roxin, para aquellos que prefieran ir en contra del criterio de fungibilidad del ejecutor donde suponen que éste "pudiera perdonar la vida a la víctima y dejarla escapar, de tal modo que entonces tendría el dominio exclusivo sobre la realización del resultado y no podría hablarse de fungibilidad" (18:2006). A este supuesto Roxin le contrapone dos argumentos de peso cerrando de esta manera las posibilidades reales de atacar esta condición de dominio de la voluntad. En primer lugar difiere de esta posición toda vez que para él quien ejecuta el acto "apenas habrá tenido alguna vez la posibilidad de impedir la muerte de las víctimas mediante negativa o inactividad" (18:2006) y —en segundo término— que en caso de ser operativa dicha negativa la misma hablaría a las claras de "un fracaso de la organización" más que la chance material de dar lugar al ejecutor de interferir -por arrepentimiento o desobediencia- en el plan original de quien detenta poder. Ello se entiende que sería un error situar dentro del análisis el comportamiento del ejecutor antes que la capacidad de la maquinaria en cumplir su objetivo, cosa que trasciende altamente la subjetividad del autor inmediato.

d) La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor: Aquí Roxin hace una diferenciación que sitúa a la organización como factor de entendimiento, un marco referencial para comprender el alcance de las conductas desarrolladas dentro de ella. Hace mención así a la divergencia entre quien ejecutó el hecho individualmente y quien lo hizo sabiendo que es el último eslabón de una organización jerárquica como una forma de responder satisfactoriamente a esta estructura. Una demostración de pertenencia a la misma. Según Roxin "aquel que se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, más preparado para el hecho que otros potenciales delincuentes y que vistos en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás" (20:2006). Para el autor, la pertenencia a la organización "suscita ya como tal a una tendencia a la adaptación, lo que conlleva a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrían a un individuo no integrado a una organización así". Por ello para el jurista alemán: "un fenómeno típico de la organización es el empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal puede ceder poder impunemente"(20:2006).

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE

VII- Hasta acá hemos realizado un repaso importante por la propuesta de Claus Roxin. Como vimos, su tesis de Sevilla, aquella que complementa los fundamentos de su primera presentación, intentó dejar en claro los alcances que su teoría tuvo a través de los años. Con base en ello también hemos visto cómo el autor se vio forzado a establecer un programa capaz de filtrar las conductas analizadas verificando las condiciones que deben darse para adecuar las mismas a esta tercera categoría de autoría mediata. Por ende, para el catedrático sólo si nos encontrásemos frente a un poder de mando real, a una desvinculación total de una organización criminal al ordenamiento jurídico, de ejecutores fungibles y, a su vez, de elevada disponibilidad para cumplir la orden emanada, podríamos encuadrar ciertos comportamientos bajo los parámetros de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

III. Conclusión y propuesta

VIII- La teoría propuesta por Roxin abre sin dudas un punto de inflexión para la dogmática penal. No sólo por ocuparse de aspectos que hasta su presentación no habían sido puestos en escena sino, principalmente, por coordinar la dirección que puede tomar el derecho penal cuando es utilizado al servicio de un interés poco usual, el examen del poder. Quiero decir con esto que la tesis presentada por el jurista alemán en el año 1963 y su complemento del año 2006 ofrecen una rica respuesta en tanto dispositivos y mecanismos capaces de analizar de manera esquematizada sucesos sociales conflictivos haciendo hincapié fundamentalmente en la responsabilidad penal de los órganos de gobierno. La construcción jurídica es muy novedosa desde este aspecto y merece por ello un repaso por sus puntos más importantes:

- 1) El primer punto a destacar es el reconocimiento que hace Roxin de la dificultad de análisis que presentan los aparatos organizados de poder cuando sus acciones intentan ser examinadas bajo los parámetros del delito individual. Es por ello que su propuesta ha sido un gran avance para la dogmática penal en cuanto se expresó un esquema distinto de estudio, siendo que las figuras tradicionales de la autoría y la participación no habían logrado explicar, de modo acabado, el funcionamiento de las estructuras organizadas de poder en cuanto al conjunto de responsabilidades atribuidas y su incidencia en los delitos cometidos.
- 2) El segundo punto importante es el estudio que dentro del juego de responsabilidades penales, ahora atravesadas por esta nueva categoría de autoría mediata, Roxin le atribuye tanto a quien da las órdenes en la estructura criminal como a quien ejecuta el hecho en tanto elemento fungible. A partir de ello, el doctrinario alemán logra explicar cómo es posible

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

atribuir responsabilidad penal de autor mediato a quien dirige una organización y de autor inmediato (quien es plenamente responsable) a quien ejecuta directamente el hecho. Así el control sobre la organización, la lejanía con el suceso y el dominio de la voluntad sobre quien realiza la acción típica es la que asegura el resultado en tanto quien la dirige se apoya en su organización criminal, la que se sustenta desde el último eslabón de una cadena de mando — el ejecutor— quien de todas maneras actúa de forma plenamente responsable.

3) El tercer punto a destacar es la relevancia que Roxin le otorga a la maquinaria como engranaje ejecutivo y como engranaje de poder, capaz de funcionar sólo como estructura uniforme y no a través de actos individuales. Dentro del Estado o por fuera de éste, en tanto organización delictiva, toda acción que no impulse autónomamente el movimiento de la organización -más allá de su naturaleza en tanto estructura completa- sólo puede dar lugar a la aplicación de las reglas tradicionales de la autoría y de la participación.

4) El cuarto punto importante es el avance argumental que llevó adelante Roxin sobre los condicionamientos que oponían a su tesis los fundamentos de la coautoría y la inducción, los cuales si bien han sido tomados como focos de resistencia a fin de negar esta tercera categoría de autoría mediata se han diluido en momentos que el jurista alemán se apoyó en la "falta de ejecución común" en el hecho criminal y en la ausencia de discreción del ejecutor inmediato como elementos centrales contrarios a su propuesta. Asimismo, y en proyección a contener futuras críticas, hemos apreciado también las tres distinciones que realiza Roxin para sustentar aún más el desarrollo de su tesis. En primer lugar aclaró que el instrumento que posibilita la ejecución de las acciones es la maquinaria en sí y no quien cumple las órdenes; en segundo lugar que coexisten en su teoría dos dominios del suceso delictivo, el de la acción -que se encuentra en manos de quien ejecuta el hecho- y el de la organización -que es el que posee el "hombre de atrás" también sintetizado como dominio de la voluntad-; y por último que existe una elevada expectativa en el cumplimiento del plan de acción a diferencia de las eventualidades que pudieran sufrir en las formas tradicionales de autoría mediata (error y coacción).

5) Por último, Roxin sintetizó -quizás el punto más alto de su presentación en Sevilla- los cuatro factores que posibilitan la atribución al hombre de atrás el dominio de la organización esquematizando prolijamente su propuesta. Por ello durante el texto hemos podido contemplar que dos de estos factores guardan relación directa con la organización en sí, como

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

lo son la capacidad de mando de quien se encuentra en la cúspide del aparato de poder y la desvinculación del ordenamiento jurídico de esta estructura; y por otro lado los dos elementos que se apoyaron en el estudio del ejecutor inmediato del hecho criminal en tanto se resaltó su fungibilidad y su elevada disponibilidad al hecho delictivo.

IX- Habiendo hecho un repaso por los puntos más sobresalientes de la teoría de Roxin quisiera finalizar esta presentación efectuando un aporte, un pequeño complemento a las condiciones que posibilitan la atribución al hombre de atrás del dominio de la organización, siendo la sistematización lograda por el jurista alemán un gran avance para la comprensión de su teoría.

Cuando comencé a estudiar los aportes que la tesis de Claus Roxin había brindado a la dogmática penal pude apreciar que los enfoques realizados por él y otros autores llamativamente no hacían mención a las circunstancias que rodearon el funcionamiento de las organizaciones criminales tomadas como objeto de estudio sino que principalmente los análisis estaban guiados a la comprensión y atribución de la responsabilidad penal de cada uno de los eslabones. Por ello si bien la ausencia de registros históricos, en tanto contextos sociales y políticos que facilitaron la labor de estas estructuras es un dato de la realidad no contemplado en este caso por la doctrina, es notorio que el sostenimiento de prácticas como las tomadas en referencia ha necesitado en gran medida de la promoción, amparo o la inacción de los órganos estatales de control a fin de garantizar no sólo su impunidad sino también la posibilidad real y concreta de sostenerse como estructura vertical, rígida y concentrada de poder.

Si bien es cierto que en el caso europeo el contexto histórico ha tenido una preponderancia grandilocuente (10), lo cierto es que en América latina los factores sociales, políticos y económicos han estado ligados íntimamente a la construcción y desarrollo de las estructuras organizadas de poder y a su actividad criminal por la relación directa o indirecta que éstas han tenido con los Estados nacionales. Por ello considero que para someter a estudio a las organizaciones criminales (estatales o no) como estructuras organizadas de poder y explicar las condiciones que fundamentan su dominio es ineludible situar su comportamiento en lo que he denominado "factor de garantía" (Garantiefaktor): una quinta condición que asegura no sólo el dominio de la organización sino que explica su funcionalidad en tanto expectativas creadas sobre el desarrollo mismo del plan delictivo y la garantía de impunidad que se alimenta como propulsor constante durante todo el suceso.

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE
CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE**

Con este elemento se explicaría cómo aquellos que se encuentran en la cúspide de los aparatos organizados, desde el inicio mismo de su plan criminal, comienzan a dar por sentado que sus actos y cometidos gozarán de un elevado nivel de impunidad gracias a la inacción y/o connivencia que las agencias persecutorias estatales tendrán con sus organizaciones, ya que en muchos casos: o terminan formando parte del mismo engranaje delictivo o tienen vedada su capacidad de acción por el poder desarrollado desde estos aparatos toda vez que comienzan a corromper sus vértices más finos.

En el caso de las organizaciones criminales, es decir, aquellas que se desarrollan por fuera de los Estados nacionales, este quinto factor es el que le otorga también un margen discrecional amplio a quien se encuentra apostado en la cima de la organización, toda vez que esta "garantía" material es la que facilita el dominio sobre el aparato y sobre el funcionamiento de sus ejecutores ya que se asegura de esta manera que las acciones dirigidas desde los cuadros superiores, como así también las eventualidades que puedan sufrir los cuadros inferiores en el cumplimiento del mandato ordenado, se hallen protegidas por las pautas y contextos que dificultan la intromisión o acechanza de agencias de control legal. En definitiva se ha demostrado que, por ejemplo, en América Latina organizaciones criminales de gran escala muy difícilmente han desarrollado sus actividades sin la venia o la complicidad de las mismas agencias de control. Así: connivencia, tráfico y zonas liberadas, coimas, cargamentos clandestinos, aviso de allanamientos, todo es parte del engranaje de poder donde un fino vértice de la organización es el que roza con las agencias estatales y es aquel que gestiona los eventuales conflictos de manera tal que las dos estructuras terminan siendo beneficiadas, no por complacencia ni empatía sino por la chance real de aumentar sus flujos de poder.

Para el caso de las organizaciones que operan desde las agencias estatales más claro es el aporte de esta quinta condición. Piénsese en el caso argentino, por ejemplo, con la sanción del dec. 2772/1975 (11) que apoyaba el "aniquilamiento" de grupos políticos considerados "subversivos" o, ya durante la dictadura cívico-militar, a la actuación de la justicia local al no hacer operativos los reclamos por las constantes desapariciones forzadas de personas, lo que propició la llegada y el monitoreo de organismos internacionales tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (12) con el fin de inspeccionar y dar cuenta de la situación del terrorismo de Estado en la Argentina.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉISIS DE CLAUD ROXÍN
ARIEL LARROUDE

Quiero decir con lo anterior que, en aquellos casos donde las acciones sean ejecutadas desde dependencias oficiales, el respaldo con el que cuenta el plan criminal es mayor, lo que se sustenta además, tal como afirma Roxin, en la elevada disponibilidad de ejecutores inmediatos como así -y principalmente- en la fungibilidad de estos últimos, cuestión que en la esfera pública puede darse más frecuentemente debido a la gran cantidad de recursos que automatizan su actividad.

Por ello estamos en condiciones de afirmar que quien se encuentra en la cúspide de las estructuras criminales -en tanto aparatos organizados de poder- domina la voluntad de la organización en virtud de que sus acciones se encuentran protegidas, en la mayoría de los casos, por la misma burocracia estatal que muchas veces se alimenta de ella desde el inicio hasta el final del plan delictivo, por ser parte de ésta o por tener la chance real de corromper las agencias de control en su favor.

En definitiva, este quinto factor es un elemento que puede dar lugar a diversas opiniones pero se erige como una condición necesaria para el dominio de la organización. Quien la dirige garantiza a sus cuadros inferiores que sus actos se encuentran protegidos sin resultar castigados por ello, lo que acrecienta su capacidad de mando en tanto resguardo de impunidad sobre los actos llevados a cabo por los eslabones más bajos de la estructura criminal. Por ello que el "factor de garantía" termina siendo una condición de dominio de la organización, una prerrogativa más que la nutre y le da vida, una quinta condición que asegura también el dominio de los aparatos organizados de poder.

NOTAS AL PIE:

(*) Abogado, investigador del CEPOC, docente y especialista en políticas públicas de seguridad ciudadana.

(1) Claus Roxin es abogado y jurista alemán, Catedrático por la Universidad de Munich, Alemania y uno de los más destacados y reconocidos a nivel mundial por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho.

(2) Trabajo realizado en el libro "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal" del año 1963, Séptima edición, de la Editorial Pons, Madrid, España, 1998, pág. 269-280.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TESIS DE CLAUS ROXÍN
ARIEL LARROUDE

(3) Los supuestos tradicionales de autoría mediata se han canalizado a través del estudio de la "coacción" y del "error". En el caso de la coacción se considera autor mediato a quien domina la voluntad ajena en virtud de someter a un tercero a un mal grave e inminente si no dirige su conducta al fin elegido por quien domina su voluntad. En el caso del error es autor mediato quien se vale de un tercero que en todo momento desconoce la tipicidad de su conducta en relación con el fin de quien domina su voluntad.

(4) Adolf EICHMANN (Solingen, 19 de marzo de 1906 - Ramla, 31 de mayo de 1962) fue un Teniente Coronel de las S.S. Fue el responsable directo de la denominada "Solución Final", principalmente en Polonia, y de los transportes de deportados a los campos de concentración alemanes durante la Segunda Guerra Mundial.

(5) Publicada en la Revista de Estudios de la Justicia N° 7. Año 2006. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en el acto de clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología" de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Ver: <http://www.derecho.uchile.cl>.

(6) Aun cuando igualmente los ejecutores de los disparos fueron condenados como autores materiales de los hechos.

(7) Véase el fallo de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal del 9/12/1985.

(8) Tómese en consideración para el desarrollo de esta tesis a autores como STRATENWERTH, Maurach - KAI Ambos - Enrique BACIGALUPO entre otros.

(9) Véase también a RAFECAS, Daniel en "Autoría mediante aparatos organizados de poder". http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4

(10) Véase el caso de los movimientos nacionalistas en la Europa occidental durante la primera mitad del siglo XX.

(11) Decreto de 1975 firmado por Ítalo Luder, Presidente transitorio de la Argentina ante el pedido de licencia de María Estela Martínez de Perón, por el cual se autorizaba a las FF.AA. y a las Fuerzas Federales de Seguridad a ejecutar las acciones necesarias para aniquilar el accionar de los grupos políticos considerados subversivos. Tanto este decreto como sus dos antecesores

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. BREVES COMENTARIOS Y ALGÚN APOORTE A LA TÉISIS DE
CLAUS ROXÍN**
ARIEL LARROUDE

de la misma temática fueron ratificados por el Congreso nacional en octubre de ese mismo año.

(12) Visita realizada durante el año 1979. Su informe final sobre la situación nacional comenzó de la siguiente manera: "La Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe –1975 a 1979– numerosas y graves violaciones a los derechos humanos".