

También KAUN opina que la cuestión de si hay que negar a niños y adolescentes la posibilidad de decidir responsablemente sobre su propia vida es totalmente distinta de la cuestión de la responsabilidad penal<sup>24</sup>. Pero de ahí extrae la conclusión justamente contraria; la madurez penal "existe ya mucho antes" que la capacidad de comprender el significado del valor moral de la propia vida y de obrar con arreglo a esta comprensión. Hay que negarla sin más hasta los dieciocho años cumplidos, y "con dudas" entre los dieciocho y los veintiún años<sup>25</sup>.

Me parece que ambas ideas son excesivas en direcciones opuestas y que la solución debe partir del criterio sobre cuyo rechazo ambas están de acuerdo: de la orientación al concepto de responsabilidad penal. Ciertamente alguien que puede entender lo ilícito del hurto y obrar con arreglo a ese entendimiento no tiene por qué poder adoptar por eso una decisión responsable sobre su propio suicidio. Las dos decisiones son de género demasiado distinto. Pero esto es válido también en general: un asesino adolescente puede quedar impune mientras que habría sido responsable de un hurto. Así pues, en la cooperación en el suicidio de un adolescente hay que dilucidar, correlativamente a como ocurre en la comisión de un delito, si el agente en el caso concreto, con arreglo a su desarrollo espiritual y moral, era suficientemente maduro para comprender el significado de un suicidio y obrar con arreglo a esta comprensión.

Por el contrario, en la cooperación en el suicidio de niños menores de catorce años siempre habrá que estimar dominio del hecho del sujeto de detrás. Responde a la idea básica del § 3 JGG, así como a la experiencia, que los niños de hasta trece años, teniendo en cuenta la falta de desarrollo de sus capacidades espirituales y morales, no pueden decidir sobre su muerte de una manera comparable a la decisión responsable de un adulto. Cuando WIENER<sup>26</sup> —probablemente en conexión con la postura de su maestro, WELZEL, en el caso de comisión de delitos por menores de catorce años— señala que también los niños pueden «ser capaces para formar su propia voluntad», este argumento se basa en el desconocimiento —ya varias veces<sup>27</sup> mencionado— de la estructura del dominio del hecho en tales casos.

Por otra parte, ya no es posible, en los suicidas que han cumplido los dieciocho años, la autoría mediata del no ejecutor que se basase en la minoría de edad del agente (frente a KAUN y MEISTER). Cuando alguien es plenamente responsable de la muerte de otro, con independencia de su estado de desarrollo espiritual y moral, según las ideas rectoras de la ley no puede ser de

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 73.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, pp. 73 y 74; más lejos va MEISTER, *GA*, 1953, p. 167, que presupone con carácter general los veintiún años cumplidos.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 64.

<sup>27</sup> *Cfr.*, como última vez, p. 264.

otro modo en el suicidio. El supuesto paralelo del Derecho civil<sup>28</sup> no prueba nada en contra, puesto que allí se trata de la responsabilidad por negocios jurídicos, que ha de juzgarse conforme a puntos de vista completamente distintos a los del dominio del hecho<sup>29</sup>.

Sobre la base de estas directrices han de resolverse *mutatis mutandis* los supuestos concretos que surjan, como ya se ha especificado *supra*<sup>30</sup>, para el caso de la cooperación en los delitos de adolescentes.

### III. RESUMEN

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y menores ha de resolverse, por tanto, con ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se ha producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas.

## § 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS

### I. SUPUESTOS

El resultado al que hasta ahora ha llegado nuestra investigación pone de manifiesto que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás puede basarse en una coacción o en un error del ejecutor. A pesar de la multiplicidad y diversidad de los casos concretos posibles, estas dos estructuras básicas de la autoría mediata son siempre las mismas. Sin embargo, se plantea la cuestión de si con ellas quedan agotadas todas las posibilidades de autoría mediata. Los supuestos de los llamados instrumentos dolosos no cualificados o sin intención que la doctrina dominante encuadra aquí requieren una consideración muy diferenciadora, que se emprenderá más adelante<sup>1</sup>.

<sup>28</sup> MEISTER, *GA*, 1953, p. 167.

<sup>29</sup> Por ejemplo, presenta aquí gran importancia la idea de la inexperiencia en los negocios y de la dependencia financiera de los jóvenes (a ello obedecen las normas divergentes de los §§ 110 y 112 BGB); si acaso, es en el Derecho civil donde habría que atender a la capacidad delictiva.

<sup>30</sup> Pp. 263-264.

<sup>1</sup> *Cfr. infra* t. 278-286, 369-383 y 391-396.

En este lugar se va a tratar en primer lugar otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski<sup>2</sup>, en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría.

Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual<sup>3</sup>. De donde se deduce 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<sup>4</sup>. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales. Sólo este aspecto de la problemática va a tratarse en lo sucesivo en su significado para la doctrina de la autoría.

## II. QUEDAN EXCLUIDOS EL DOMINIO POR COACCIÓN Y POR ERROR

Si uno se pregunta si las autoridades "competentes" para el exterminio de los judíos y el servicio secreto extranjero, en cuyas directivas se escudaba el agente Staschynski<sup>5</sup>, son autores mediatos de los asesinatos perpetrados a órdenes suyas, se pone de manifiesto que no se da dominio de la voluntad en virtud de coacción o en virtud de error en estos casos ni en otros típicos

<sup>2</sup> Cfr., con respecto al caso Staschynskij, ya *supra*, p. 125, nota 52, pp. 151 ss.

<sup>3</sup> Cfr. al respecto las acertadas observaciones de JÄGER en sus «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess», *MSchrKrim*, 1962, pp. 73-83.

<sup>4</sup> Por eso intenta, por ejemplo, el legislador describir la intervención en tales delitos colectivos con conceptos no empleados en otros lugares, como "miembro", "inspirador" (*Hintermann*), "cabecilla de la conspiración" (lit., "el que mueve los engranajes", *Rädelsführer*, n. de los t.); cfr., por ejemplo, §§ 128, 129 y 129a StGB (asociaciones secretas o delictivas). No es éste el lugar de analizar estos intentos interesantes, pero que no pasan de sus comienzos, ya que nuestro trabajo debe, por razón de su tema, circunscribirse a delitos individuales concretos.

<sup>5</sup> Quede sin discutir si es materialmente acertado admitirlo, pues no nos importa tanto el caso concreto, cuyas circunstancias pueden no apreciarse con total claridad, como el problema

de este género. Bien es verdad que se ha intentado una y otra vez resolver estos casos con ayuda de las categorías comunes, pero así sólo se ha conseguido velar la problemática.

Por lo que respecta a la coacción, se ha averiguado, investigando la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba "ni 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, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración»<sup>6</sup>. Igualmente, el agente Staschynski tuvo la posibilidad de sustraerse a las órdenes de asesinar entregándose a las autoridades alemanas.

Análogamente ocurre con el hipotético dominio en virtud de error por parte del sujeto de detrás. Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica. Pero, por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer, como ya se expuso pormenorizadamente más arriba<sup>7</sup>.

## III. LOS FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Pero, ¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción ni error? Esta cuestión hasta ahora apenas se ha planteado, porque con ayuda de la teoría del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor al sujeto de detrás, salvando así todas las dificultades. Pero ésa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata, por no hablar de que una construcción en tal sentido no sería compatible en ningún caso con la autoría del dominio del hecho. Y cuando se dice que en el marco de tales organizaciones el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita "dejar a criterio" de éste el suceso,

estructural, para cuyo tratamiento vamos a suponer que los hechos se cometieron, en efecto, únicamente por orden de un servicio secreto.

<sup>6</sup> En tal sentido JÄGER, *MSchrKrim*, 1962, p. 79, remitiéndose a Bauer, Fiscal General de Hesse.

<sup>7</sup> Cfr. pp. 214-228.

naturalmente es cierto. Sin embargo, su fundamento no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa.

Donde se pone de manifiesto que si se pretende verificar la diferencia estructural de estos casos con respecto a los de inducción, también aquí hay que recurrir a distinciones de naturaleza objetiva. Y tales diferencias no se encuentran de hecho. Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad "común".

¿A qué se debe? Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta un maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad.

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.

#### IV. EL ENJUICIAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES DE AUTORÍA EN EL PROCESO EICHMANN

El proceso Eichmann, en el que se ha revelado con especial cuidado una imbricación (en los demás casos difícil de dilucidar) de las partes del hecho individuales, resulta muy apropiado para hacer ver este tipo de dominio de la organización de la mano de un ejemplo concreto. Además, el Tribunal y la defensa mantuvieron aquí distintas posturas en la calificación de las cuestiones de autoría y participación. El análisis más preciso de las razones esgrimidas pone de manifiesto, sin embargo, que ambos captan y describen acertadamente determinados rasgos característicos del dominio de la organización en sus diferencias con respecto a los casos comunes de cooperación, pero que no son capaces de explicar dogmáticamente estos fenómenos de modo pleno.

Así, el defensor de Eichmann señalaba en favor de su cliente<sup>8</sup> que «de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...».

En estas palabras quedan expresadas perfectamente las circunstancias que fundamentan el dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann. Efectivamente, es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría. Pero la autoría de Eichmann, en tanto que también aparece en relación con las instancias que le son superiores

<sup>8</sup> SERVATIUS, *Verteidigung Adolf Eichmann. Plädoyer* (alegato en defensa de Adolf Eichmann), 1961, pp. 77 y 78.

únicamente como órgano ejecutor, no por ello resulta afectada. La idea del "sacrificio gratuito", por muy importante que sea para la doctrina de la autoría al enjuiciar a quien da las órdenes, con respecto al comportamiento personal del ejecutor desemboca en la vieja (y ya debatida) objeción de la "causalidad adelantada"<sup>9</sup>, que carece de significado dogmático tanto en la doctrina de la autoría como en general<sup>10</sup>: quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido.

Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía órdenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso lo tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir<sup>11</sup> que «la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los "inductores", en la nomenclatura de nuestro legislador». El Tribunal, que subraya expresamente que hay que "considerar al inculpado, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible", advierte con toda razón que «en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones..., en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice». Los jueces aluden a la especial dificultad de "definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién", y para estimar autoría invocan en definitiva el carácter de estos delitos de "crímenes en masa", que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.

Véase cómo se caracterizan aquí con toda claridad los elementos materiales del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato<sup>12</sup>. Que esta diferencia estructural de los sujetos de detrás con respecto a los ejecutores ya no queda comprendida en la inducción (como sería el caso

<sup>9</sup> Cfr. *supra*, pp. 197-201 (199-200).

<sup>10</sup> Cfr. al respecto, asimismo, mi artículo en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 411 ss. (425-430).

<sup>11</sup> Sentencia contra Adolf Eichmann, *Strafakt* 40/61, versión oficiosa, núm. 197.

<sup>12</sup> Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, *MSchKrim*, 1962, p. 79.

fuera de las específicas condiciones de tales aparatos) lo ha subrayado el Tribunal con buen criterio.

Sin embargo, cuando para fundamentar la autoría alude a que se trata de "delitos en masa, no sólo por lo que respecta al número de víctimas, sino también en relación con el número de coautores", ése ya no es un punto de vista del todo convincente, pues el solo número de cooperadores no puede transformar a los partícipes en autores. Si acaso, podría mermar la responsabilidad individual. En una situación concreta —por ejemplo, en una "orden del Führer" dada por teléfono a un comando o en el caso Staschynski— sólo hace falta que participen unas cuantas personas, sin que por ello se modifique nada en la autoría del sujeto de detrás debida al modo de funcionar del aparato.

Y la pluralidad de víctimas tampoco es decisiva para la autoría. Así, si en lugar de a todo un grupo de población sólo se persiguiera en cada caso a un individuo, sin embargo, los sujetos de detrás tendrían que ser condenados como autores. También esto se pone de manifiesto en el caso Staschynski: aquí, aunque se trataba de la muerte de sólo dos personas, hay que atribuir no obstante el dominio de la voluntad al servicio secreto extranjero, porque el agente encargado de ejecutar la orden, sin consideración a su comportamiento individual, en principio fue empleado como mera pieza en el plan delictivo concebido al margen de él. Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en organizaciones tales, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente. Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás.

## V. PROBLEMAS CONCRETOS

### 1. Autoría y participación en el seno de organizaciones

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas<sup>13</sup> es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que

<sup>13</sup> Por esto tampoco puede excluir la autoría, por ejemplo, en el caso Eichmann, la indicación del defensor de que su defendido fue autónomo sólo en el trabajo rutinario y de que, como informante, simplemente firmó "por orden"; cfr. SERVATIUS, *Plädoyer*, p. 70.

le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Con buen criterio puntualiza JÄGER<sup>14</sup> que precisamente en estos casos queda claro «que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato (y ello también, según el Derecho alemán vigente con carácter absoluto y sin limitaciones)».

Así pues, el dominio del hecho puede afirmarse sin reparos, aun cuando, como subraya con razón, por ejemplo, SERVATIUS<sup>15</sup>, en el caso Eichmann el inculpado no coopera “ni al principio ni al final del hecho” y su intervención se limita “al eslabón intermedio”. Que de este modo en su caso pueda aparecer una larga cadena de “autores de detrás del autor” no se opone a esa afirmación, pues ya hemos visto en múltiples ocasiones que esta figura jurídica aparece también en otros lugares de la doctrina de la autoría. Y en las situaciones especiales que aquí se discuten precisamente el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación superior 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.

Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar... son, por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos. Naturalmente, el modo de actuar de estos partícipes no tiene por qué ser *in concreto* menos reprobable que el de un autor. Pero ya se ha subrayado suficientes veces<sup>16</sup> que ahí no estriba punto de vista determinante alguno para delimitar las formas de participación.

## 2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen

<sup>14</sup> MSchKrim, 1962, p. 80.

<sup>15</sup> Plädoyer, p. 69.

<sup>16</sup> Cfr. *supra*, pp. 47 ss.

del ordenamiento jurídico, puesto 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.

Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una “iniciativa particular” llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.

De donde se deduce que para el “dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado” en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas:

a) El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.

Con lo cual no se quiere decir aún que los titulares del poder en Estados totalitarios no estén sometidos igualmente al Derecho. Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en la realidad no surte el efecto de contener al poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.

b) La segunda forma básica de autoría mediata dentro de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar de dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas. Por expresarlo en forma de lema, debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", que se haya emancipado en general en determinadas relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad. Los delitos que aquí vienen en consideración serán los atentados políticos, asesinatos de asociaciones secretas o también (en las bandas de delincuentes comunes) delitos patrimoniales, extorsiones, etc.

Ciertamente tales grupos están expuestos a que la Administración de Justicia impida su labor (a diferencia de la maquinaria estatal que obra delictivamente). A pesar de ello, la estructura de la autoría no es distinta que en el primer caso, pues lo decisivo no es que a la realización de los delitos se puedan oponer resistencias situadas fuera de la estructura organizativa hasta el extremo de que un plan delictivo pueda fracasar *in concreto* por ello. Lo decisivo es más bien que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen.

Cuando un aparato está así estructurado, el criterio característico del dominio de la organización se pone también aquí de manifiesto: la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. Cuando el atentado intentado tres veces tiene éxito a la cuarta vez, el delito ha de imputarse al jefe del movimiento clandestino como hecho *suvo*, pues pudo planear desde el principio la repetición de los intentos tantas veces como fuera necesario, sin que entre su voluntad y el éxito del crimen se interpusiera la decisión determinante de un individuo. Éste podría sustraer al delito si acaso su parte, pero no detener la marcha del suceso.

Con todo, en tales agrupaciones intraestatales hay que ser cauteloso al estimar el dominio de la organización. Si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un "aparato de poder", pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad. La falta de espacio impide desarrollar en detalle la delimitación que aquí se requeriría e ilustrarla con ejemplos concretos, pero la diferencia básica ya habrá quedado clara.

## VI. ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

La tercera manifestación de la autoría mediata, acabada de tratar, destaca con especial claridad que la estructura del dominio del hecho tratada antes<sup>17</sup> es un concepto "abierto". En efecto, no cabe formular un concepto de autor delimitado firmemente "mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables"<sup>18</sup>, del que pudiera derivarse por deducción lógica la solución de estos casos. No son las consecuencias conceptuales a partir del sistema o de otras premisas supremas las que pueden llevar aquí a resultados útiles. Más bien, el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discuriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.

Estos puntos de vista generales hay que recordarlos brevemente para hacer frente al malentendido de que el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" consista en una construcción *ad hoc* que sólo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría. Ciertamente es correcto lo que se señala en el proceso Eichmann: que los "conceptos comunes" de autoría mediata e inducción no se ajustan a ese supuesto. Pero estimar autoría mediata no significa que en estos casos se cree una especie de "Derecho de excepción" para crímenes especialmente reprobables. Más bien ocurre que la forma estructural del dominio de la organización en la práctica apenas puede surgir en el marco de un Estado de Derecho internamente consolidado. Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría.

Para enfrentarse con éxito a tales formas extremas del actuar delictivo la praxis va a tener siempre que superar dificultades por su propia naturaleza, dado que es muy propensa a servirse de las categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos, el cual acto seguido demuestra su ini-

<sup>17</sup> *Supra*, p. 143.

<sup>18</sup> LARENZ, *Juristische Methodenlehre*, p. 343.

doneidad. Precisamente ahí se pone de manifiesto que sólo un concepto "abierto" de dominio del hecho en el sentido que expresábamos al comienzo puede dar cuenta cabalmente de los contenidos sustanciales dados de esta materia.

## § 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS?

Los supuestos de autoría mediata mediante empleo de un (así llamado) instrumento "doloso" siempre se han encontrado entre los más controvertidos para casi todas las teorías de la participación. La cuestión básica de si es posible estimar aquí autoría mediata ciertamente la ha decidido ya la praxis en sentido afirmativo; pero en la doctrina, como se va a poner de manifiesto en nuestra exposición, aún no se le ha dado una respuesta satisfactoria. También en la fundamentación de la punibilidad, casi siempre dada por sentada irreflexivamente, existe el mayor desacuerdo.

Con estas dudas, a las que se ve expuesto este ámbito de problemas desde siempre, también ha de medir sus fuerzas la teoría del dominio del hecho. Sólo con ella vamos a polemizar. Así pues, no nos vamos a ocupar de la cuestión general de si el sujeto de detrás, habiendo un *intraneus* que obre dolosamente, puede ser autor mediato —de eso nos ocuparemos después—<sup>1</sup>; más bien se trata en este contexto sólo de si cabe fundamentar tal resultado con el principio del dominio del hecho.

Al respecto distinguiremos en función de los tres grupos de casos que vienen en consideración: el instrumento doloso no cualificado (I), el instrumento doloso no intencional (II) y el instrumento partícipe doloso (III).

### I. EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO

#### 1. Estado de la cuestión

Partamos del ejemplo académico en que un funcionario del Registro de la Propiedad (o sea, un sujeto cualificado) determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta. La doctrina dominante considera que el *extraneus* en este caso es autor mediato de falsificación documental del § 348.1 StGB, castigando al ejecutor directo como cómplice. ¿Cómo se armoniza esta solución con la teoría del dominio del hecho?

<sup>1</sup> Cfr. pp. 391 ss.

La cuestión apenas la tratan los principales representantes de esta teoría. WELZEL<sup>2</sup> y MAURACH<sup>3</sup> estiman dominio del hecho, y por tanto autoría del sujeto cualificado, sin parar mientes en que aquí pueden surgir dificultades para la teoría del dominio del hecho.

El análisis más profundo de la problemática se encuentra en GALLAS<sup>4</sup>, cuya postura ya se esbozó *supra*<sup>5</sup> en el marco de su concepción global. De entrada, establece que «el sujeto de detrás aquí no "domina" al ejecutor directo, no se sirve de él como "instrumento"... Más bien, considerando al que determina en sí, ocurre que el sujeto de detrás induce al ejecutor directo...»<sup>6</sup>. No obstante, llega a apreciar autoría mediata razonando que el sujeto de detrás, además, tiene en sus manos, a diferencia de en la inducción común, el que se llegue o no a un suceso delictivo. «El acto de inducción se convierte así en ejercicio de dominio del hecho y, por tanto, en equivalente a la ejecución de propia mano»<sup>7</sup>. WIENERS<sup>8</sup>, que rechaza la fundamentación de GALLAS, llega materialmente, no obstante, al mismo resultado; también él se basa en la idea de que el comportamiento del sujeto de detrás es "equivalente a la ejecución personal de la acción final de autor".

Por el contrario, SCHRÖDER<sup>9</sup> subraya expresamente que la teoría del dominio del hecho no puede dar debida cuenta del fenómeno del instrumento doloso, con lo cual coincide KAUN<sup>10</sup> (que yo sepa, el único representante de la teoría del dominio del hecho que lo hace), quien rechaza tajantemente en tales casos la punición del sujeto de detrás como autor mediato.

### 2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho

Es cierto que a partir de los fundamentos de la teoría del dominio del hecho no cabe fundamentar la autoría del autor cualificado.

De las formas de posible dominio de la voluntad hasta ahora elaboradas no se da ninguna. El ejecutor directo es libre al formar su voluntad. No se encuentra bajo presión psíquica de ningún género. La decisión sobre si (por seguir con nuestro ejemplo) va a llevar a cabo la inscripción falsa la adopta él solo según su criterio propio y sin trabas. Tampoco cabe hablar de supradeterminación final con sentido sobre un comportamiento causal-cie-

<sup>2</sup> *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; *ZSW*, t. 58, 1939, pp. 543 y 544. La interpretación de WIENERS, *op. cit.*, p. 69, sobre la teoría de WELZEL, carece de base en las consideraciones de éste.

<sup>3</sup> *Lehrb. AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 1, p. 499.

<sup>4</sup> *Gutachten*, pp. 135 y 136.

<sup>5</sup> *Vid.* p. 93.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 135.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>9</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, pp. 33-35.