

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento de la delincuencia organizada paraestatal en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Federal Alemán

Rafael Contreras Preza*

En homenaje a mi señor Padre, Mtro. Rafael Contreras Labra (q.e.p.d.), por su servicio ininterrumpido a la procuración de justicia en la Fiscalía General de la República durante 39 años. Honramos tu legado aplicando tu enseñanza.

Al Dr. Gilberto Higuera Bernal, cuya enseñanza dejó una marca imborrable en la vida y la carrera de mi padre, y ahora en la mía. Con gratitud y respeto.

Resumen Analítico: El artículo aborda dos objetivos principales: primero, traducir y aplicar líneas de la jurisprudencia alemana en la discusión sobre la delincuencia organizada en México; segundo, abordar una preocupación práctica en el sistema jurídico mexicano identificada por el Dr. Óscar Baez Soto, quien señala la complejidad de acreditar la calidad específica del sujeto activo en el ilícito de delincuencia organizada y, por ello, propone eliminar dicha exigencia y enfocarse en tipologías y estamentos de las organizaciones criminales. En este trabajo se argumenta que dicha propuesta es innecesaria a la luz de la Teoría del Dominio del Hecho para resolver la problemática planteada y se destaca la importancia de la culpabilidad en la dosimetría punitiva y se sugiere la aplicación

Abstract: The article addresses two main objectives: firstly, to translate and apply lines from German criminal jurisprudence in the discussion on organized crime in Mexico; secondly, to address a practical concern in the Mexican legal system identified by Dr. Óscar Baez Soto. He highlights the complexity of proving the specific quality of the perpetrator in organized crime and thus proposes eliminating this requirement, focusing instead on typologies and structures of criminal organizations. This paper argues that

* Alumno en proceso de titulación por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

such a proposal is unnecessary in light of the Theory of the Dominion of Will to address the raised issues. It emphasizes the importance of culpability in punitive dosimetry and suggests the application of the mentioned theory.

Palabras Clave: 1. Derecho penal comparado 2. Delincuencia organizada 3. Sistema jurídico mexicano 4. Política criminal 5. Derecho Penal Económico 6. Teoría del Dominio del Hecho 7. Tipologías y estamentos 8. Dosimetría punitiva 9. Culpabilidad 10. Teoría del Delito.

Key Words: 1. Comparative criminal law 2. Organized crime 3. Mexican legal system 4. Criminal policy 5. Economic criminal law 6. Theory of the Dominion of the Act 7. Typologies and structures 8. Punitive dosimetry 9. Culpability 10. Theory of the Crime.

“[e]l derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible”

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303. Párr. 153.

El presente artículo tiene una doble finalidad. Por un lado, traducir e incorporar líneas de la jurisprudencia alemana a la discusión nacional referente al tema propuesto. Por otro lado, responder a una preocupación práctica presente en nuestro sistema jurídico mexicano de combate a la delincuencia organizada. Ello, en atención a las observaciones generadas por el Doctor Óscar Baez Soto, quien en su obra *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada* advirtió una gran complejidad “en acreditar la calidad específica del activo para efectos de imponer una pena mayor en lo previsto en las fracciones I y II del artículo 4 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada [en adelante, “la LFCDO”], al exigir que los delincuentes realicen funciones de *directores, administradores o supervisores* de las organizaciones criminales, lo que sólo puede acreditarse jurídicamente con el nombramiento respectivo” (Soto, 2013: 186). La porción normativa aludida impone sanciones a los miembros de organizaciones criminales a quien ejerza funciones de *administración, dirección o supervisión* en la lista limitativa de delitos enunciados en el artículo 2 de la LFCDO, de tal forma que la imposición de sanciones para los miembros de dichas organizaciones se debe acreditar típicamente desde la calidad específica del sujeto activo en el injusto de delincuencia organizada.

Como respuesta a la problemática aludida por el Dr. Baez Soto, el autor propone eliminar las exigencias típicas (calidad específica del sujeto activo) que en la práctica son poco probables de acreditar por parte del personal ministerial adscrito

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

a la Fiscalía Especializada en Materia de Delincuencia Organizada (FEMDO), y, más bien, que típicamente se atiendan tipologías y estamentos con los que se conducen las organizaciones criminales. Parece ser que el legislador federal, en un ánimo de generalizar las formas de actuación de los grupos criminales trató de incorporarlo en la calidad específica del activo, en vez de tratar de adecuar las formas de autoría y participación en la delincuencia organizada, como sí lo hizo en el caso particular de los delitos fiscales conforme a lo dispuesto en el artículo 95 del Código Fiscal de la Federación que esboza un régimen especial de la autoría y participación para los delitos fiscales.

La problemática planteada por el Dr. Baez Soto parece corresponder más a un problema del análisis de la culpabilidad y no a que positivamente se detallen las innumerables características especiales del sujeto activo en el delito de delincuencia organizada. Las figuras de la autoría y la participación son fundamentales en un sistema penal de corte democrático constitucional de derecho, a través de dichas figuras el operador jurídico tiene forma de tasar la culpabilidad del sujeto activo. La utilización y tasación del principio de culpabilidad al momento del análisis de la dosimetría punitiva gravita en la legitimidad misma del derecho penal moderno. En ese sentido, el Tribunal Federal Constitucional Alemán determinó que “la pena nunca debe ser un fin en sí misma, sino en función a la medición de la pena estandarizada y proporcional a la culpabilidad del sujeto activo del delito.” (Roxin, 2018: 24). En ese sentido, debe orientarse hacia la medida de los mandatos preventivos generales a la hora de garantizarse el principio de culpabilidad por todos los órganos y mandos del Estado.

La relevancia de la autoría y la participación, como parte de la culpabilidad penal, significa la legitimidad estatal para imponer una determinada sanción correspondiente al grado de intervención del sujeto activo en un delito. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ligado estas dos figuras al derecho a la defensa y al debido proceso, así en el Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador de 2015 determinó “[e]l derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible”.¹

En la doctrina alemana, los destacados penalistas Löwe y Rosenberg, al hacer un recuento de las figuras propias del Derecho Penal - Parte General como lo es la autoría y participación mencionan que el dominio funcional del hecho supone un esquema de participación conjunta del delito. En su análisis escinden el dominio funcional en preparatorio y ejecutivo (Löwe/Rosenberg, 2018: 34), asimismo, hacen hincapié en un cúmulo de sujetos activos que tanto pueden ser coautores como instigadores o cómplices en el delito analizado. Como se observa, la Teoría del Dominio del Hecho arroja claridad conceptual al problema planteado por el Dr.

¹ Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303. Párr. 153.

Baez Soto; no obstante, cabe detallar aún más el problema, pues la delincuencia organizada es doctrinalmente (en doctrina alemana) clasificado como un delito organizacional.

El jurista turco-alemán Muhammed Emre Tulay al hacer su análisis comparativo entre el sistema penal alemán y el sistema penal turco desarrolla tres modelos generales de sujetos activos en delitos organizativos (Tulay, 2018: 134):

- A) Aparatos organizados de poder (delincuencia organizada estatal)
- B) Empresas económicas o comerciales (derecho penal empresarial)
- C) Organizaciones criminales paraestatales o no estatales (delincuencia organizada)

Al respecto, es importante aclarar que la presente reflexión se ciñe al último modelo general de comisión de ilícitos organizativos: organizaciones criminales paraestatales. Esta aclaración cobrará mayor relevancia en el desarrollo del presente escrito, pues conforme a la jurisprudencia alemana vigente en los primeros dos modelos organizativos es posible imputar autoría mediata a un determinado sujeto, mientras que en el último es conceptualmente imposible. A lo largo de la presente reflexión se defenderá que la misma Teoría del Dominio del Hecho permite solucionar el problema planteado por el Dr. Baez, pero esa tesis deberá explicar cómo y por qué se comete la delincuencia organizada mediante el codominio funcional del hecho y por qué es conceptualmente imposible una autoría mediata en dicho supuesto organizativo. Adicionalmente, se aborda la propuesta realizada por el Dr. Muñoz Conde consistente en escindir la coautoría en diversas fases (preparatoria y ejecutoria) a fin de precisar el alcance de la potestad punitiva del Estado en casos que existan diversos coautores que cumplan diversas funciones dentro de una organización criminal paraestatal. Por otro lado, a fin de demostrar esta incompatibilidad conceptual se expondrán los precedentes del acervo de jurisprudencia del BGH que aceptan la autoría mediata en el marco del derecho penal empresarial y las razones por las cuales se aprecia la inaplicabilidad de los mismos a la delincuencia organizada.

La presente reflexión tiene como finalidad aterrizar los conceptos doctrinales del codominio funcional del hecho en el tipo específico de delincuencia organizada paraestatal; es decir, no será objeto del presente estudio la delincuencia organizada de índole estatal. Por otro lado, se hará énfasis en los desarrollos jurisprudenciales a fin de aterrizar los desarrollos doctrinales del dominio funcional del hecho. Para la ponderación crítica del acervo de jurisprudencia del BGH relativo a esta materia, se propone dividir el análisis de la siguiente manera: **(I)** la tipicidad de la delincuencia organizada conforme a dos cuestiones claves: el elemento subjetivo específico típico y la evaluación de dicho elemento en la adjudicación; **(II)** las reflexiones sobre el codominio funcional del hecho predicado con respecto al elemento subjetivo específico de la delincuencia organizada; y, finalmente, **(III)** el análisis de la incompatibilidad conceptual de la autoría mediata en la delincuencia organizada.

§ I. LA RE-ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TIPICIDAD DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En este subapartado se trata de concentrar los diversos planteamientos jurisprudenciales del Senado Penal (*Strafsenat*) del BGH que se han generado a partir de la reforma de 2017 al Código Penal Alemán ("StGB", por sus siglas en alemán), relativo al tipo de delincuencia organizada. Dicha reforma al tipo comentado significó, conforme a la doctrina germánica (*Verurteilung in einer Hauptverhandlung...*, 2018), una reestructuración de los elementos del tipo de la delincuencia organizada. La doctrina mexicana ha definido a la delincuencia organizada como una estructura delincuenciaal dividida en dos pisos : por un lado, existe una base que conforman los delitos determinantes (o secundarios, o subsidiarios) o predicado punitivo con respecto a la delincuencia organizada; es decir, la lista limitativa de delitos enunciados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (Macedo de la Concha, 2003: 14). Por otro lado, está el delito autónomo de organizarse para cometer delitos de forma continua y reiterada. El artículo 129 del StGB tipifica a la delincuencia organizada dependiendo de quien constituya dicha asociación o participe en ella, aunque, atención, "participe" no debe ser entendido como participación por contraposición a la autoría, sino como quien integre dicha organización una vez ya constituida. Para fines expositivos se propone analizar el tipo penal contenido en el StGB y posteriormente analizar los desarrollos jurisprudenciales del BGH al respecto:

StGB § 129 .- Constitución de [y pertenencia a] organizaciones criminales 2

(1) Quien constituya una asociación o participe como miembro de una asociación cuyo objeto o actividad esté encaminado a cometer delitos punibles mínimamente con dos años de prisión será castigado con una pena de prisión de hasta cinco años o con una multa. Aquel que apoye a una asociación de este tipo o solicite miembros o simpatizantes para ella será sancionado con prisión de hasta tres años o multa.

(2) Una asociación es la organización de largo plazo de más de dos personas, independientemente del otorgamiento de las funciones [o facultades] de sus miembros, la continuidad de la membresía y las características de la estructura, con el fin de perseguir un interés común superior.

[...]

No se traduce el artículo entero, toda vez que lo restante rebasa la presente reflexión.

Por lo anterior, se aprecia que los elementos objetivos del injusto analizado derivaron en:

² La traducción es propia, la versión alemana es consultable en: [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___129.html#:~:text=\(1\)%20Mit%20Freiheitsstrafe%20bis%20zu,mindestens%20zwei%20Jahren%20bedroht%20sind.](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___129.html#:~:text=(1)%20Mit%20Freiheitsstrafe%20bis%20zu,mindestens%20zwei%20Jahren%20bedroht%20sind.)

i) en una asociación (autoría) o participación de tres o más personas;

ii) una circunstancia temporal prolongada, de largo plazo.

Como elementos subjetivos del injusto se aprecian:

i) de comisión forzosamente **dolosa**;

ii) **el elemento subjetivo específico**, conforme a la jurisprudencia alemana, tiene dos subvertientes:

ii. § a.) elemento volitivo directo: la consecución de un interés delictivo común superior (*ein übergeordnetes gemeinsames Interesse*³), materializado en la comisión reiterada de diversos delitos punibles penados por mínimamente dos años de prisión⁴, y que debe rebasar al interés particular cualquier miembro de la organización criminal⁵;

ii. § b.) elemento volitivo organizacional: el esquema de organización interno con el cual la organización criminal se conduce internamente para la consecución del interés delictivo común superior; es decir, constituye una red de atribuciones y roles funcionales que permite un esquema de división de trabajo de la organización criminal.

Del elemento subjetivo específico se desprende un importante desarrollo jurisprudencial al respecto. El BGH advierte que el elemento subjetivo específico - elemento volitivo directo (el interés común superior) - constituye pieza clave para el análisis de la tipicidad de la delincuencia organizada. Por ello, entendiendo al juicio de tipicidad como el ejercicio de adecuación de la conducta humana (en delincuencia organizada la forma de comisión es acción y dolosa forzosamente) al tipo penal, a consideración del BGH el juicio de tipicidad en delincuencia organizada requiere de un robustecimiento específico el elemento subjetivo específico, tal y como se analizará en los dos precedentes que a continuación son estudiados.

Sentencia del 2 de junio de 2021 del BGH 3 StR 21/21 - Casación contra la resolución del Tribunal Regional de Colonia⁶

Sobre la evaluación del elemento subjetivo específico en la adjudicación

El Senado Penal del BGH en su sentencia BGH 3 StR 21/21 determinó que el elemento objetivo de la delincuencia organizada permite que agentes de la delincuencia

³ BGH 3 StR 21/21 - Sentencia de 2 de junio de 2021 (Tribunal Regional de Colonia), párr. 3.

⁴ A diferencia de la lista taxativa que establece nuestra legislación en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁵ BGH 3 StR 21/21 - Sentencia de 2 de junio de 2021 (Tribunal Regional de Colonia), párr. 7.

⁶ Consultable en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=02.06.2021&Aktenzeichen=3%20StR%2021%2F21>

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

de cuello blanco se asocien con delincuentes ordinarios a fin de cometer el interés delictivo común superior. Con relación este interés, el Tribunal determinó dos cosas:

- i) para determinarlo se deben considerar las circunstancias externas pueden utilizarse como parte de una evaluación general;
- ii) se requiere de una consideración global (*Gesamtbetrachtung*) del juzgador que permita dilucidar si los miembros de la organización persiguen un interés delictivo común superior y que dicho interés se materializa en la dinámica de actuación reiterada (delitos ordinarios) de la organización. Por tanto, se debe analizar subjetivamente el lucro que obtienen cada uno de los autores y partícipes de la organización delictiva a fin de determinar si esa conducta es típica de delincuencia organizada o no.

La línea jurisprudencial arriba esbozada derivó de un directivo que utilizaba una empresa con fines lícitos. El directivo ejerció su poder de mando para lavar dinero por medio de la contabilidad social; no obstante, ningún otro socio ni empleado participó volitivamente en el ilícito de blanqueamiento de capitales. Por tal razón, el Tribunal declaró la atipicidad de delincuencia organizada al no haber pluralidad de sujetos activos (a pesar de la aparente pluralidad de activos) y la ausencia de la persecución de un fin delictivo común superior.

Considero importante destacar que el análisis del contexto con el cual los coautores realizan el injusto común de delincuencia organizada es un criterio compartido por diversas jurisdicciones, tanto así que en nuestro ordenamiento punitivo mexicano no se encuentra positivizado en el artículo 41 de la LFCDO:

Artículo 41.- Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca.

[...]

Resulta interesante la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos, pues el alemán jurisprudencialmente realiza dicho análisis en el juicio de tipicidad (elemento subjetivo específico en su vertiente directa), mientras que el legislador mexicano aborda dicho análisis contextual como un tema probatorio y no propio de la tipicidad, máxime considerando que dicho artículo se encuentra insertado en el *TÍTULO TERCERO - DE LAS REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL PROCESO* de la LFCDO. No considero que uno sea mejor que el otro, sino que el alemán hace énfasis desde el tipo y el mexicano desde la fase probatoria. A final de cuentas, bajo el sistema procesal acusatorio que rige en el sistema penal mexicano, la tipicidad deberá ser probada más allá de toda duda razonable.

La jurisprudencia germánica⁷, con un dejo de funcionalismo radical, ha considerado que el criterio de consideración global (*Gesamtbetrachtung*) que realiza el

⁷ BGHSt 41, 47

juzgador debe además de los criterios arriba desarrollados, la gravedad o el alcance de amenaza a la seguridad pública que significa el interés delictivo para la sociedad en su conjunto. Asimismo, en esa tesitura ha determinado que cualquier organización criminal supone, por sí misma⁸, una amenaza importante a la comunidad y, por ende, el bien jurídico tutelado detrás de la delincuencia organizada no sólo es la seguridad y la paz públicas, sino la inviolabilidad del Estado de derecho. Considero que estas dos líneas jurisprudenciales no son más un reflejo más del derecho penal del enemigo y no deberían ser desarrolladas, puesto que contaminan con dinámicas de riesgo y peligrosidad, dejando de lado el rigor científico con el cual se ha constituido el acervo de jurisprudencia para el juicio de tipicidad en la delincuencia organizada

Una vez abordada la línea jurisprudencial relativa al análisis pormenorizado del elemento subjetivo específico de la delincuencia organizada, es procedente analizar una consecuencia lógica de aquellos casos en que dicho análisis de tipicidad no se encuentra actualizado: la atipicidad y el concurso aparente de delitos en materia de delincuencia organizada.

Sentencia del 2 de junio de 2021 del BGH 3 StR 33/21 - Casación contra la resolución del Tribunal Regional Superior de Múnich⁹

Sobre la atipicidad y el concurso aparente de delitos en materia de delincuencia organizada

En esta línea jurisprudencial se robustece en el diverso caso *BGH 3 StR 33/21* que determinó la diferencia entre pertenecer a una pandilla (*gang*) y a una organización tipificada como delincuencia organizada. El Tribunal revirtió una condena de un procesado quien había sido condenado por narcotráfico y pertenecer a una organización criminal. Para el Tribunal, no se acreditó que el procesado haya sido ni fundador ni miembro de la organización criminal. El Tribunal hizo hincapié en el elemento subjetivo específico en el estudio de la tipicidad de la delincuencia organizada, pues considera que no es suficiente acreditar una estructura organizativa que emplea una coordinación instrumental anticipada si no se prueba que los coautores hayan actuado en un interés delictivo común superior. De esta forma, el tipo penal exige que el codominio funcional del hecho se realice conforme a ejecución consciente del tipo, más específicamente del elemento subjetivo específico: el interés delictivo común superior. Sanciona el Tribunal: “los intereses meramente individuales de los miembros del grupo no son suficientes [para acreditar la tipicidad de la delincuencia organizada]”¹⁰. A manera de esquematizar lo anterior he realizado el siguiente esquema mental (Esquema 1):

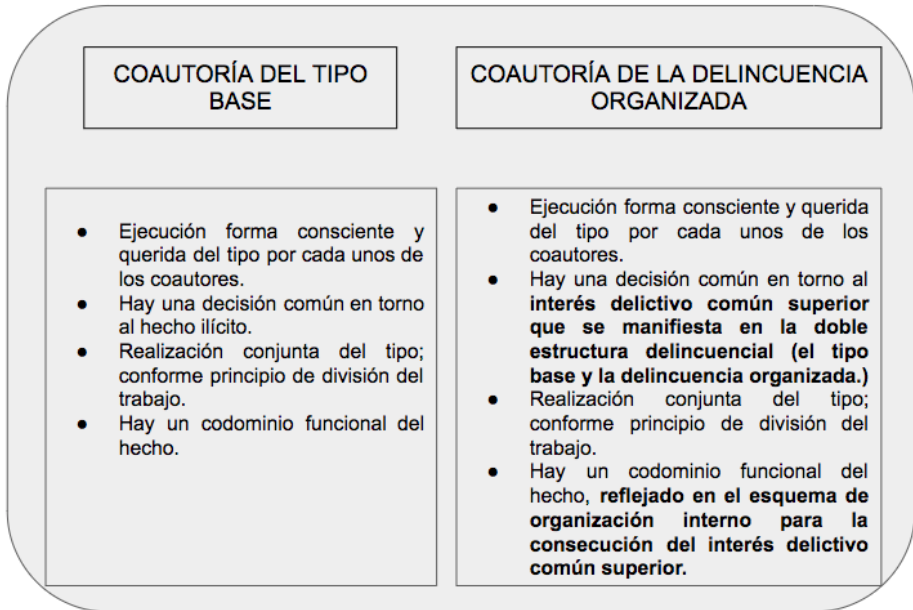
⁸ BGHSt 30, 328 (331) y BGHSt 41, 47 (51, 53).

⁹ Consultable en <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/21/3-33-21.php>

¹⁰ BGH 3 StR 21/21 - Sentencia de 2 de junio de 2021 (Tribunal Regional de Colonia), párr. 1.

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

Esquema mental 1



Elaboración propia.

Como se adelantó en la línea jurisprudencial anterior (BGH 3 StR 21/21), el juicio de tipicidad en el elemento subjetivo específico en materia de delincuencia organizada requiere de un análisis contextual externo al cometerse el injusto de delincuencia organizada y la consideración global que permita dilucidar dos cosas puntuales:

- a) que exista general de un interés delictivo común superior idealizado y ejecutado por la organización criminal;
- y
- b) que el imputado en el caso concreto haya perseguido dicho interés delictivo común superior

Por lo anterior, si al imputado no se le acredita que su actuar haya sido en ejecución del interés delictivo común superior, entonces se estará en un caso de atipicidad en cuanto al injusto de la delincuencia organizada, con independencia de que se verifique la tipicidad del injusto base sobre el cual se intentó predicar la delincuencia organizada (p.ej.: delito en materia de hidrocarburos o narcotráfico). En dicho caso, se estaría frente a un supuesto de concurso aparente de delitos, pues

parecería que el imputado cometió en grado de coautor el delito base (p.ej.: lavado de capitales) al igual que el injusto de delincuencia organizada; no obstante, el interés o el lucro que persiguió al cometer en coautoría el lavado de capitales fue uno de carácter individual y/o esporádico que no buscó ni procuró constituir ni incorporarse a una banda de crimen organizado. Piénsese en una persona a quien una determinada banda criminal le facilitó por única vez lavar dinero, por tal motivo no se acredita que el coautor individual de lavado de dinero haya cometido dicho injusto base en persecución de un interés delictivo común superior.

§ II. REFLEXIONES SOBRE EL CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO PREDICADO CON RESPECTO AL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

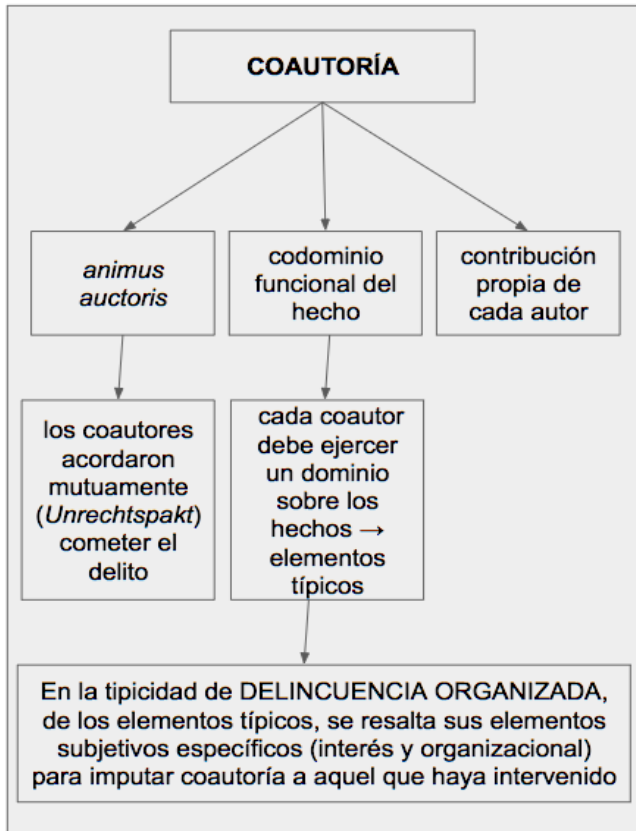
El jurista Gropp menciona que hay consenso en la doctrina de tres elementos fundamentales para la coautoría: i) *animus auctoris*; 2) codominio funcional del hecho; y 3) la contribución propia de cada coautor (Gropp, 2015: 422). El jurista ahonda en la *Gemeinsame Tatterschaft* (codominio del hecho), misma debe ser imputada con fundamento en la doctrina del dominio del hecho; así pues, cada uno de los coautores ejercen conjuntamente un dominio del hecho. El jurista alemán define de manera clara y contundente a la coautoría como: “en coautoría solamente podría actuar el autor, quien por sí mismo pone en marcha los elementos constitutivos del tipo”¹¹ (Gropp, 2015: 420). Esta definición se colige con la consideración del Tribunal consistente en que el codominio funcional del hecho en el delito de delincuencia organizada se predica con mayor vigor con respecto al elemento subjetivo específico. He realizado el siguiente esquema mental para esquematizar estos criterios (esquema mental 2):

La anterior conclusión jurídica se colige con la aportación del doctrinario español Muñoz Conde, quien considera que el dominio funcional del hecho es la fundamentación de la coautoría en un ilícito común. El autor menciona que cierta sección de la doctrina concibe que “[e]l dominio funcional [...] puede darse en la fase preparatoria cuando configura la ejecución”¹² (Del Poder Judicial, 2001: 7). En este aspecto, menciona Muñoz Conde puede imputarse coautoría a “[...] una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa” (*ibidem*). A través de la escisión del codominio funcional se permite, pues, imputar a los diversos coautores aunque estos no hayan participado en la preparación o en la ejecución.

¹¹ La traducción es propia, frase original: “Bei Mittäterschaft könnte nur der Täter sein, der selbst Elemente der Tatbestandsmäßigkeit verwirklicht.”

¹² Opinión compartida con STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., 2000, nm. 824; AKOBS (nota 34), 21/40.

Esquema mental 2



Elaboración propia.

Conforme a la doctrina y la jurisprudencia alemanas, el codominio funcional del hecho se presenta en aquellos (co)autores quienes hayan puesto en marcha por sí mismos los elementos constitutivos del tipo. El análisis pormenorizado del BGH con relación al elemento subjetivo específico en su doble vertiente debe, entonces, probarse en el actuar de cada uno de los imputados; es decir, para imputar delincuencia organizada a un supuesto miembro de una organización criminal se le deberá probar el elemento volitivo directo (interés delictivo común superior) y el elemento volitivo organizacional.

El codominio funcional del hecho es fundamental para acreditar que cada uno de los coautores puso en marcha los elementos constitutivos del tipo y no que fueron meros conspiradores o auxiliares en el acontecer típico. Coincidentemente, el

jurista Muñoz Conde conjetura que “[l]a coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia [...] en que el coautor interviene en la realización del delito lo que, por definición, no sucede en la conspiración” (Del Poder Judicial, 4). En suma, el elemento distintivo entre la coautoría y la conspiración (o mera participación) en el ilícito es el codominio funcional del hecho; es decir, el mero involucramiento en la comisión del ilícito no es suficiente para acreditar la coautoría, sino que el imputado haya ejercido dominio del hecho aunque no haya ejecutado materialmente el ilícito o aunque no lo haya ideado, pero haya puesto en marcha todos los elementos constitutivos del delito.

En el caso específico de la delincuencia organizada, el codominio fundamental del hecho se debe imputar con respecto de aquellos quienes hayan deseado conjuntamente y cooperado consciente e intencionalmente sobre la base de un plan de acción común (Gropp: 424). Esto, si bien, es cierto en todo delito, en la delincuencia organizada se debe demostrar que hayan cometido el delito base (p.ej.: terrorismo) en persecución de un interés delictivo común superior y en ejercicio del esquema de división de trabajo y el esquema funcional de los roles internos de la organización criminal (elemento volitivo organizacional).

Sentencia del BGHSt 28, 346 - Robo de banco, ánimo de renuncia del coautor

Sobre la reasignación de la coautoría (genérica) a complicidad por ausencia de *animus auctoris*

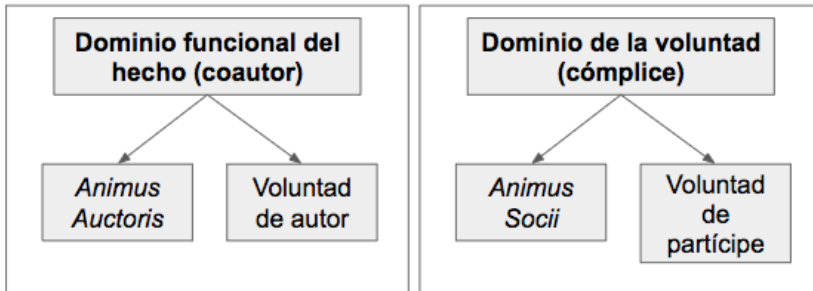
En este precedente se consideró la renuncia al plan delictivo común (*Unrechts-pakt*) por parte de un coautor aún en la etapa preparatoria. En este caso, dos mujeres habían planeado asaltar un banco, para lo cual habían comprado todos los instrumentos necesarios para dicho asalto (GmbH, 2019). En el trayecto al banco, una de las coautoras intentó convencer a la otra para disuadir a la otra de dicho asalto, se retiró y no cometió el robo junto con su compañera (GmbH, 2019). El Tribunal denomina este ánimo de renuncia como un “distanciamiento” que realiza el posible coautor con relación al plan delictivo común, generando con ello que su grado de culpabilidad baje de coautoría a complicidad. Si bien la compañera intentó disuadir a la otra de no cometer el ilícito, sí participó en la ideación del plan de asalto e incluso participó en los preparativos para su comisión (compra de material); con lo cual, no podría alegarse atipicidad de la coautora a pesar de arrepentimiento, sino mera complicidad en el acontecer típico. Para esquematizar estos conceptos se presenta el siguiente gráfico (esquema 3):

Sentencia del 14 de diciembre de 2017 del BGH 3 StB 18/17, caso “Junud al-Sham” - Casación contra la resolución del Tribunal Regional Superior de Múnich

Sobre la participación en la delincuencia organizada

Este precedente brindó claridad en la diferencia conceptual entre autor y partícipe del delito de delincuencia organizada; en este caso, una asociación terrorista;

Esquema mental 3



Elaboración propia.

es decir, delito base terrorismo con respecto del cual se precidó la delincuencia organizada. El Tribunal condenó al apoyo a una organización delictiva terrorista como cualquier actividad de un no miembro que promueva directamente la organización interna de la organización y su cohesión, facilite la ejecución de los delitos previstos por ella o de cualquier otro modo incida positivamente en su ámbito. para la acción y el propósito para que su propia peligrosidad se fortalezca (Verurteilung in einer Hauptverhandlung..., 2018). Si un extraño promueve la participación de un miembro en la asociación como miembro, el acto de apoyar no requiere el establecimiento de un efecto positivo aún más extenso de las acciones del no miembro para la organización, pues éste es mero cómplice de ésta.

El Tribunal reitera que la complicidad debe entenderse genéricamente como cualquier “intervención de algún tercero ajeno (a la organización criminal) que afecte a la organización interna de la asociación criminal, así como su cohesión, dado que directamente promueve, facilita y permite la realización de sus propósitos delictivos”¹³ (Verurteilung in einer Hauptverhandlung..., 2018), aunque la interacción del partícipe no es decisiva o de otro modo su participación incida positivamente en el margen de acción y la finalidad y, por tanto, refuerza su propia peligrosidad de la asociación criminal.

El precedente esboza un parámetro objetivo de utilidad en la colaboración del cómplice para la organización criminal, pues considera que si el “acto de patrocinio” (*Förderungshandlungsakt*) reporta alguna ventaja a la organización. Este parámetro es objetivo, “pues no depende del uso que le dé la organización ni que sea una ac-

¹³ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: *jedes Tätigwerden eines Nichtmitglieds zu verstehen, dass die innere Organisation der Vereinigung und ihren Zusammenhalt unmittelbar fördert.* (Apartado segundo, epígrafe 1, segundo párrafo de la sentencia BGH 3 StB 18/17).

ción relacionada con la organización”¹⁴ (Verurteilung in einer Hauptverhandlung..., 2018).

El Tribunal analiza el aspecto subjetivo del cómplice y lo distingue del curso típico de los coautores de la organización criminal, pues establece “el apoyo (que realiza el cómplice) para que se incorporen (nuevos miembros a la organización terrorista) es una forma independiente de participación a la pertenencia (a la organización criminal)”¹⁵ (Verurteilung in einer Hauptverhandlung..., 2018); es decir, el cómplice colabora con los coautores de la organización criminal para que ésta se vea nutrida con nuevos perfiles criminales adeptos a sus ideales ilegales, pero hasta allí termina su participación. En este caso, el cómplice no colaboró ni en la ideación de la constitución de la organización criminal ni en el curso normal de delitos cometidos por ésta, sino simplemente incorporaba nuevos miembros. En suma, se advierte la claridad conceptual con la que el Tribunal divide la autoría y la participación en el ilícito de delincuencia organizada.

§ III. ¿AUTORÍA MEDIATA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA? ANÁLISIS DE LA INAPLICABILIDAD DE LOS PRECEDENTES DEL BGH PARA ADJUDICAR AUTORÍA MEDIATA EN LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA POR ANALOGÍA

Para el análisis de la inaplicabilidad de los precedentes del BGH para adjudicar autoría mediata a la delincuencia empresarial a la delincuencia organizada paraestatal se propone escindir el estudio en los siguientes subpartes: el desarrollo doctrinal de la autoría mediata en aparatos organizados de poder (1); el desarrollo jurisprudencial del BGH sobre la delincuencia empresarial (2); y, finalmente, la aplicabilidad del codominio funcional para enjuiciar a la delincuencia organizada paraestatal (3).

1. El desarrollo doctrinal de la autoría mediata en aparatos organizados de poder

Fue HEGLER quien acuñó por primera vez el término de “Dominio del Hecho”. Por fin, en 1939 aparece Welzel, que enlaza por primera vez la idea de dominio del hecho

¹⁴ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: *ob der Vorteil genutzt wird und daher etwa eine konkrete, aus der Organisation heraus begangene Straftat oder auch nur eine organisationsbezogene Handlung eines ihrer Mitglieder mitgeprägt, ist dagegen ohne Belang.* (Apartado segundo, epígrafe 1, quinto párrafo de la sentencia BGH 3 StB 18/17).

¹⁵ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: *in diesem Sinne handelt es sich beim Unterstützen um eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft.* (Apartado segundo, epígrafe 1, tercer párrafo de la sentencia BGH 3 StB 18/17).

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

con la doctrina de la acción, derivando de esta un “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. Empero, actualmente se le reconoce al profesor Claus Roxin ser quien mejor ha desarrollado esta teoría.

Los autores partidarios del sistema finalista propusieron el concepto de «Dominio del Hecho», como único válido y correcto para identificar al sujeto activo del acontecer típico.

Esta teoría, independientemente de sus diversas acepciones y matices propios de cada uno de sus exponentes, señala que puede considerarse como autor de un hecho típico, aquel que de forma consciente y dolosa ejecute aquellos actos encaminados al control del desarrollo del hecho típico; es decir, aquel sujeto que a través de su dominio o señorío ejercido sobre el curso del hecho; dominio que se ve manifestado ya en lo subjetivo a través de la inclusión del dolo, ya en lo objetivo a través del dominio fáctico-material de dirigir finalísticamente el curso del acontecer típico.

La Teoría del Dominio del Hecho se subdivide en tres distinciones:

1. **Dominio del Hecho:** presente en la ejecución del tipo por propia mano; es decir, de quien efectúa materialmente el hecho ilícito; autor inmediato.
2. **Dominio de la Voluntad:** Admite diversas posibilidades de realización, entre las cuales destacan:
 - a. De la coacción ejercida sobre el autor inmediato;
 - b. Del aprovechamiento [o incluso como resultado de un exitoso trabajo persuasivo realizado con el autor inmediato para la configuración en éste de un error; ya de tipo, ya de prohibición, ya vencible o invencible] de un error del autor inmediato;
 - c. Perpetrado por un aparato de poder organizado, este tipo de dominio también será denominado como «Dominio de la Organización».

En todos estos supuestos de realización, se está haciendo alusión a la autoría mediata.
3. **Dominio Funcional del Hecho:** basado en el principio de división del trabajo en el caso del concurso de varias personas en el hecho ilícito; coautoría.

Aplicación Jurisprudencial del Bundesgerichtshof

Si bien, como menciona Claus Roxin, la judicatura alemana no prestó atención a esta nueva estructura de análisis durante más dos decenios, no obstante, de la sobresaliente utilidad que tal doctrina hubiera sido para el enjuiciamiento de los altos mandos del régimen nacionalsocialista, ya obviamente después de los juicios de Nuremberg. No fue así, por su parte, en la jurisprudencia de otros países como lo

fue en Argentina, Israel o Perú que comenzaron a aplicar tal construcción dogmática (mismos que serán analizados en el apartado siguiente).

En la aplicación jurisprudencial de esta Teoría por parte del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal Supremo Alemán), históricamente, se señalan dos casos fundamentales: el caso “Rey de los Gatos” de 1988 y el caso “Autoría Mediata por parte de altos Funcionarios de la República Democrática Alemana” de 1994.

- **Caso Rey de los Gatos (*der Katzenkönig*):**

En este caso, el Tribunal Federal Supremo Alemán, logra aplicar la Teoría roxiana del « Dominio de la Voluntad », en su **segunda forma prototípica**; vgr. que el sujeto de atrás induzca al autor inmediato a un error para la comisión del mismo. En el respectivo fallo, la Cuarta Sala del BGH determinó los límites entre la Autoría mediata y la Instigación, cuando el autor mediato se encuentra en un error de prohibición invencible. Asimismo, es de vital importancia esta sentencia, pues como advierten los Jueces en la misma, la cuestión sobre si la persona de atrás podía ser considerada como Autor mediato, aún no había sido resuelto por el BGH. Anteriormente, el Tribunal de Distrito de Bochum sentenció a dos de los imputados **Peter P.** y **Barbara H.** a pena perpetua de privación de libertad. Por otra parte, el tercer imputado, **Michael R.**, fue sentenciado a una pena de nueve años de prisión y ordenó su internamiento en un hospital psiquiátrico. El delito que ellos tres cometieron fue tentativa de homicidio en perjuicio de la señora **Annemarie N.**, quien era esposa de la antigua pareja de la imputada Barbara H.

En este caso, tanto el BGH, como el Tribunal de Circuito de Bochum, juzgaron el comportamiento de dos personas que habían tenido en torno al homicidio de la víctima, Annemarie N., quienes habían usado a Michael R. para lograr tal objetivo. El BGH señaló la relación entre estas tres personas como una “relación neurótica caracterizada por misticismo, envuelta en una serie de creencias en conceptos falsos y conocimientos falsos”, en la cual, las dos personas P. y H. se valieron tal relación para poder convencer a R., quien además desde el fallo del Tribunal de Circuito se determinó que tenía un cierto grado de “imbecilidad”, para que por medio de sus “trucos de actuación, habilidades clarividentes y pretensiones hipnóticas” pudieron hacerle creer al imputado R. de la existencia de un ser maligno, demoníaco, que existía desde hace miles de años. Su nombre era el Rey de los Gatos (*Katzenkönig*), y según le hicieron creer a R., que su sola existencia maligna ponía en peligro a la raza humana. Con ello, hicieron que R. lograra involucrarse en su ficticia “lucha contra el demoníaco Rey de los Gatos”.

Para lograr que ese imputado se enganchara tanto en tal situación, la imputada H se aprovechó del amor que supuestamente R. denotaba en el trato para con ella. Así, la imputada H., le hizo pasar toda una serie de pruebas al imputado R. como pruebas de su coraje y lealtad para con el grupo; tales como: ser bautizado en la fe católica, jurarle lealtad a H. y en sí “dejarse ser instrumento de su propia diversión”.

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

Derivado de lo cual, H., tras enterarse que su expareja se encontraba casado con la señora Annemarie N., ésta en un acto de celos y furia, logró convencer a R., en común acuerdo con el coimputado P., que derivado de sus múltiples errores y debilidades, el demoníaco Rey de los Gatos le exigía a él un sacrificio humano; derivado de lo cual, se le indicó que tenía que matar a la señora Annemarie N., dado que en caso contrario, H. lo iba a abandonar y el demonio iba a matar millones de personas, además de que el alma de R. iba a quedar eternamente maldita. En tal situación, R. manifestó que sabía de la prohibición general de matar, pues en su recién acogida religión se enseñaba tal prohibición el 5to Mandamiento, no obstante, H. se encargó de convencerlo de que “se trataba de una orden divina que tenía que cumplir”, “una orden directa de Jesús a él”; derivado de lo cual, R. se encontró en un dilema moral entre no matar a N. o salvar a las millones de personas, que según él se encontraban en riesgo inminente. Es en este aspecto, en el cual, el BGH consideró que fue donde se configuró el **error de prohibición invencible** en el pensar de R., puesto que según él el cometer tal asesinato no sólo consistía en un mandato divino, sino un deber moral, como lo es salvar la vida de millones de personas inocentes, que según como le hicieron creer, morirían por su negligencia. Seguidamente, tras recibir la instrucción y consejo por parte de P., e inclusive de recibir un cuchillo con el cual mataría a su víctima, R., asistió a la florería de la víctima, donde se encontraba trabajando. A lo cual, tras la excusa de ir a comprar un ramo de rosas, R. sacó el cuchillo y apuñaló a su víctima en reiteradas ocasiones, pero al observar que se acercaban personas al lugar, salió huyendo para que nadie lo pudiera reconocer. Si bien salió con la convicción de que su víctima estaba a punto de morir, ésta logró sobrevivir con heridas bastante graves.

En el sentido del fallo del Tribunal de Distrito, se determinó que R. había cometido el delito de homicidio tentado, dado que por propia mano había apuñalado a su víctima. Se determinó también, que R. no podía apelar con base en legítima defensa, puesto que no estaba repeliendo ningún peligro “real” ni mucho menos “correspondido”. Asimismo, su apelación en el sentido de un estado de necesidad justificante se le fue negado, en el tenor de que el sujeto no se encontraba en un peligro real ni inminente. El Tribunal de Circuito determinó que R. se encontraba en un **error de prohibición vencible**, dado que se tomaron en cuenta sus propias habilidades que desarrolló cuando fue oficial de policía. Por otra parte, se consideró de la asistencia que tenía el sujeto con su confidente personal, quien era el sacerdote que lo bautizó, con quien “pudo haber reconocido la antijuridicidad que conlleva el hecho de privar de la vida a una persona”. Asimismo, derivado de la pericial en psiquiatría realizada en el imputado, se concluyó que éste carecía de tener algún desorden mental o retraso mental, no obstante, se encontró en el imputado una **“alta personalidad anormal”**, quien se encontraba en **“altamente perturbado y deformado neurológicamente”**. En ese sentido, el Tribunal determinó que los imputados H. y P. realizaron un exitoso trabajo persuasivo con el sujeto R. al crearle tal estado paranoico que lo conllevó a tal error de prohibición, que si bien era evitable, fue producto de sus manipulaciones.

Antes de emitir su respectivo fallo, la referida Sala del BGH realizó un estudio jurídico-penal sobre la cuestión sobre si la persona de atrás podía ser considerada como Autor mediato, para resolver tal cuestión, analizaron los criterios vertidos en la Dogmática penal por parte de **HERZBERG** y **ROXIN**. En cuanto al primero, aludieron que el referido tratadista considera que el principio de responsabilidad (*Verantwortungsprinzip*) no se contrapone con la posibilidad de examinar como autor mediato a aquel que actúe con un error de prohibición vencible; su responsabilidad penal como autor doloso se ve basada en el reproche que se realiza por su imprudencia en torno al desconocimiento de la prohibición; por otra parte, el tratadista señala y ese Alto Tribunal confirma, que la comisión de un delito imprudente por parte del autor no excluye la autoría mediata por parte de la persona de atrás. Por otra parte, **ROXIN**, en este sentido, considera que el principio de responsabilidad no debería ser transferido “a ciegas” a los casos que involucren cualquier error en el actuar del acontecimiento típico; puesto que el destacado tratadista afirma la posibilidad de una autoría indirecta en aquellos casos de que el autor se encuentre en algún error de prohibición evitable derivado de una influencia **sobredeterminadora** perpetrada por el hombre de atrás a través/mediante uso de su conocimiento superior (*Bedeutungskennntnis*). Por otra parte, distingue el autor dos situaciones distintas a su juicio que determinan la posibilidad de la autoría mediata cuando se ve envuelto el autor en aquella “influencia sobredeterminadora”:

- i. Aquellos casos en los que el sujeto, como resultado de tal error, desconoce del ilícito material de sus acciones; caso en el cual se es posible la autoría mediata.
- ii. Aquellos casos en los que el sujeto, derivado la perpetuación de tal error, si bien se encuentra desconoce de la antijuridicidad formal de su actuación, sí le es clara la ilicitud material de su comportamiento; caso en el cual no es posible la autoría mediata.

Derivado del anterior razonamiento jurídico-penal, el BGH decidió condenarlos **no como instigadores, sino como autores mediatos del delito homicidio tentado en perjuicio de N., porque “en su actuar se observa los viles motivos, característicos de un autor del delito de referencia”, quienes se sirvieron de “influencia sobredeterminadora” para producir un error de prohibición vencible en R. para la realización del acontecer típico.**

- **Caso de Autoría Mediata por parte de altos Funcionarios de la República Democrática Alemana (*Mittelbare Täterschaft hoher DDR-Funktionäre*) :**

En este caso enigmático, la Quinta Sala del BGH validó la aplicación judicial de la **tercera forma prototípica** de la autoría mediata propuesta por el Dr. Claus **ROXIN**.

En el fallo, realizado por el Tribunal de Circuito de Berlín, se condenaba a tres ex miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana (RDA) por incitación en el delito de homicidio (a los acusados “K.” y “S.”) y por com-

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

plicidad en el delito de homicidio (al acusado "A."). Tales hechos se verificaron entre los años de 1971 y 1989, en los cuales siete personas fueron ejecutadas por parte de Tropas Fronterizas, al intentar cruzar el muro de Berlín.

Tanto el Ejército Popular Nacional de la RDA, como los Guardias Fronterizos, se encontraban en una situación de subordinación con el Ministerio de Defensa Nacional; derivado de ello, todas sus acciones como la puesta minas en la frontera y el despliegue de armas de fuego contra de aquellos que cruzaren la frontera, fueron órdenes directas del Ministro de Defensa Nacional. Los Guardias Fronterizos fueron especialmente entrenados para "custodiar la frontera de cualquier amenaza interna como externa", asimismo, el Ministerio de Defensa Nacional les brindó el equipo suficiente para cumplir tal objetivo (diverso armamento, como lo fue la Kalashnikov modelo 47" para todo Guardia Fronterizo) a lo cual se les indicó a dichos guardias que **la inviolabilidad de la Ley de Frontera (que prohibía a los ciudadanos de la RDA cruzar la frontera a la RDA), tenía prioridad sobre la vida humana.**

Derivado de lo anterior, determinó el BGH que los tres imputados eran **autores mediatos** del delito de homicidio doloso en perjuicios de esas siete personas; considerando que

Determinó el BGH, advirtió una antijuridicidad en el actuar de los Guardias Fronterizos, derivado que inclusive dentro del orden jurídico de la RDA, no se podía sustentar una orden notoriamente inconstitucional y tan violatoria de derechos humanos, como lo es una orden de Estado de instalar minas en la frontera y ordenar disparar a todo aquel que intente cruzar tal frontera; derivado de ello se le realiza el juicio de reproche a los altos miembros del Ministerio de Defensa Nacional. Asimismo, se determinó que la práctica reiterada del gobierno de la RDA, de dar prioridad a la inviolabilidad de la frontera, sobre la propia vida humana, constituye en sí mismo una directa e innegable violación a los "principios fundamentales de Justicia y de protección tanto constitucional como convencional de los derechos humanos, a la cual se encontraba obligado el Gobierno de la RDA". Por otra parte, el BGH no excluyó la responsabilidad penal de los Guardias Fronterizos, a quienes se les reconoció su carácter de autores inmediatos de los hechos ilícitos. **Por otra parte, se consideró que sus superiores jerárquicos, miembros del Ministerio de Defensa Nacional, eran quienes movían todo este aparato estatal; por ello, su consideración como autores mediatos.**

Para apoyar este sentido jurídico, los Jueces citaron a **ROXIN** en tanto que él determina que el Dominio del Hecho consiste es una conducción, materialmente no involucrada, en la ejecución del ilícito, que solamente puede ser concebido en aquellos casos en los cuales el hombre de atrás domina la actuación del autor inmediato, si dirige el actuar del autor inmediato, fuera del contexto por una instigación o por explotación de un error, o si usa un aparato de poder organizado en el que los autores inmediatos son en gran medida fungibles; dada la estructura jerárquica vertical del aparato estatal.

2. El desarrollo jurisprudencial del BGH sobre la delincuencia empresarial

La teoría del dominio del hecho surge como elaboración dogmática y como respuesta a un problema clave: ¿se puede o debe dejar impune aquel que, en una estructura organizada de poder, se sirvió de otro para cometer un ilícito? Por citar un ejemplo práctico: ¿se debió haber dejado impunes los Generales Nazis, pues ellos nunca llevaron físicamente a ningún judío en un campo concentración? La teoría del dominio del hecho, mediante la figura del autor mediato, resuelve esta problemática jurídica. La discusión científico-doctrinaria sobre la idoneidad de esta figura en los aparatos (estatales) organizados de poder se ha visto rebasada por la adopción de esta teoría a la jurisprudencia y/o legislación nacional de diversas jurisdicciones (Alemania, Perú, Colombia, México, por citar algunos ejemplos), así como de jurisdicciones internacionales como la Corte Penal Internacional en el precedente SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DEL CONGO EN CASO DE LA FISCALÍA v. GERMAIN KATANGA, por parte de la Corte Penal Internacional, de fecha del 30 de septiembre de 2008.

En el acervo de jurisprudencia alemana (Sentencia del 8 de noviembre de 1999 del BGH 5 StR 632/98, Resolutivo No. 2.), se encuentra presente la siguiente fórmula clásica o canónica (*die klassische mittelbare-Täterschaft-Formel*) con la cual se imputa autoría mediata: se imputa autoría mediata a aquel quien “se hace valer de una estructura organizada [de poder] dentro de los cuales su contribución al crimen desencadena procesos regulares”¹⁶ (*Apud* Saliger, 2019: 25).

La verdadera problemática actual en la ciencia penal relativa a esta figura es si ésta es aplicable a organizaciones empresariales y/o organizaciones criminales. La discusión doctrinal, encabezada por el Doctor Claus Roxin, parece negar la aplicabilidad de esta figura a las estructuras empresariales y/o criminales (Roxin, 2016: 303). Inclusive, el propio Roxin enfatiza que el dominio organizacional en las empresas comerciales basado en su modelo difícilmente entrará en consideración (Roxin, 2016: 44). No obstante, en el acervo de jurisprudencia del Senado Penal del BGH existen diversos precedentes en los que se aplica la figura de la autoría mediata al derecho penal empresarial. Con independencia de la idoneidad de la aplicabilidad de la autoría mediata en derecho penal empresarial por el dominio organizacional, la problemática aquí planteada es si la autoría mediata debería ser aplicable en la delincuencia organizada. Desde este momento se advierte que dicha aplicabilidad no puede conceptualmente proclamarse en la delincuencia organizada, por ser un ilícito y una figura jurídica diametralmente diversa a una empresa de naturaleza mercantil.

¹⁶ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: „durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst“ BGH 5 StR 632/98 - Urteil v. 8. November 1999 (Schwurger Berlin), Leitsätze No. 2. (*Apud* Saliger, 2019: 25).

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

La Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*) en su reporte anual de criminalidad organizada en 2022 advirtió dos cosas fundamentales: un mayor flujo de influencia de bandas criminales transnacionales y de un mayor flujo de manipulación en la determinación del autor criminal (*Bundeslagebilder Organisierte Kriminalität*, 2022). En consideración de esa dependencia federal, la presión y los medios utilizados por la delincuencia organizada deben ser analizados con cautela, pues la diferencia entre una organización criminal con un aparato organizado de poder estatal (*Bundeslagebilder Organisierte Kriminalität*, 2022); por tanto, advierte que una inclusión jurisprudencial y/o legislativa debe ser tomado con cautela, pues puede imponerse indebidamente a un inocente por medio de una autoría mediata.

En el acervo de jurisprudencia del BGH existe un creciente hilo de jurisprudencia tendiente a imputar autoría mediata en esquemas de delitos organizativos; es decir, aquellos que se cometen en el ejercicio de un dominio organizacional. La doctrina alemana (Saliger, 2019: 54) ha debatido si esta forma de imputar autoría mediata como una fórmula subjetiva de la teoría del dominio del hecho o como una versión abreviada de la fórmula clásica (arriba descrita). El jurista alemán Frank Saliger considera que es más propio considerarlo como una “fórmula abreviada”, pues en el año 2003 el BGH emitió un criterio jurisprudencial en el caso “*Tierarztpraxis*”, en el cual el Tribunal consideró que el “[...] el autor mediato también puede ser alguien que crea ciertas condiciones marco a través de estructuras organizativas que desencadenan procesos regulares si explota estas condiciones para lograr la realización deseada del crimen. De acuerdo con esta norma, el [BGH] afirma la perpetración indirecta en el caso de la actividad empresarial”. (*Apud* Saliger, 2019: 55).

El Tribunal desarrolló este criterio en una empresa inmobiliaria, cuya estructura directiva fue imputada autoría mediata al asociarse delictivamente con miembros de oficinas gubernamentales. Así pues, se procede a analizar la autoría mediata en este esquema organizativo para posteriormente cuestionar si este hilo de jurisprudencia es aplicable a la delincuencia organizada.

Sentencia del 2 de noviembre de 2007 del BGH 2 StR 384/07, Caso de la Empresa Inmobiliaria - Casación contra la resolución del Tribunal de Distrito en Darmstadt

Sobre la autoría mediata en la comisión de delitos organizativos corporativos (*Organisationsdelikte*)

En este precedente el BGH incorporó al análisis el contexto organizacional interno de una asociación empresarial (*der organisatorische Zusammenhang*) que supone una relación supraordinación entre los factores de la producción (el empleador y el trabajador). El Segundo Senado Penal del BGH determinó que “[s]ólo puede considerarse aplicable la autoría mediata en el contexto del dominio de la organización en aquellos casos, cuya distancia espacial, temporal y jerárquica entre el máximo responsable de brindar órdenes dentro de la organización y aquellos que directamente

actúan [en nombre de la organización] se refiere contra la coautoría en la división del trabajo”¹⁷. De esta forma, el Tribunal recuerda que la autoría indirecta en delitos organizativos está presente en su acervo de jurisprudencia (BGHSt 40, 218, 236 ss; BGHSt 45, 270, 296 ss). En estos precedentes, la “persona detrás”/ el autor mediato (*der Hintermann* en la literatura alemana) hace uso de diversas estructuras organizacionales tales como estructuras corporativas, empresariales e, incluso, en colusión con gubernamentales a fin de cometer algún ilícito. La participación del autor mediato va más allá del simple auxilio o la ideación del plan delictivo común, sino que pone en marcha el plan que, a causa de su contribución, se la comisión del ilícito se comete en procesos regulares o sistemáticos.

3. La aplicabilidad del codominio funcional para enjuiciar a la delincuencia organizada paraestatal

Sentencia del 2 de noviembre de 2007 del BGH 2 StR 384/07, Caso de la Empresa Inmobiliaria - Casación contra la resolución del Tribunal de Distrito en Darmstadt

Sobre la diferencia entre la autoría mediata por virtud del dominio de la organización y la coautoría por dominio funcional del hecho

En primer orden, el Tribunal reitera que si el autor mediato actúa con conocimiento de estas circunstancias, también explota la voluntad incondicional del que actúa directamente para cumplir con los hechos del caso, y si quiere el éxito como resultado de sus acciones, entonces ostenta *dominio del acto o del hecho* y, en consecuencia, se le puede considerar autor mediato.¹⁸ La autoría mediata, de esta forma, permite la imputación penal de aquellas personas que existe una distancia espacial, temporal y jerárquica entre el máximo organismo responsable de las órdenes y los que actúan directamente habla en contra de la complicidad en la división del trabajo.

En segundo orden, el Tribunal advierte una conjunción del dominio del hecho con un codominio funcional del hecho en un mismo acontecer típico, respecto a la actuación de diversos sujetos activos. Así pues, en este precedente condenó, de

¹⁷ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: „Eine mittelbare Täterschaft qua Organisationsherrschaft kommt nur in Fällen in Betracht, in denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht“. (Segundo Principio de la sentencia BGH 2 StR 384/07 - Beschluss vom 2. November 2007).

¹⁸ La traducción es propia; la frase original en alemán es la siguiente: „Handelt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will er den Erfolg als Ergebnis seines Handelns, hat er die Tatherrschaft und ist mittelbarer Täter“ (Segundo Principio de la sentencia del 2 de noviembre de 2007 del BGH 2 StR 384/07).

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

manera separada, coautoría por la comisión del ilícito de fraude a diversos directivos de la empresa, quienes no realizaron el engaño directamente, pero sí por medio de sus acciones se cometió un marco amplio de comisión delictiva. En conclusión, en la jurisprudencia alemana es posible imputar autoría mediata, inmediata y coautoría en el marco del derecho penal empresarial, ahora bien queda analizar si esto sería aplicable al ilícito autónomo de delincuencia organizada.

Si bien, el Dr. Claus Roxin no está de acuerdo con la aplicabilidad de la autoría mediata al derecho penal empresarial, de la jurisprudencia emitida al respecto por el BGH, ha dilucidado los siguientes tres criterios prototípicos presentes en la jurisprudencia alemana al respecto (2004, 3):

1. **Fungibilidad**
2. ***Rechtsgelöstheit***: desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder
3. ***„Die organisationsspezifische Tatbereitschaft“***: la voluntad específica de la organización para actuar en conjunto

De los tres criterios analizados, el tercero es incorporado por el Dr. Roxin para el tratamiento específico del derecho penal empresarial, pues el dominio de la organización supone una división de trabajo con la cual se persigue una meta empresarial contraria al derecho. La mera lectura del primer y el tercer criterio parecen sugerir la aplicabilidad de la autoría mediata a la delincuencia organizada, incluso, el tercer criterio parece ir en el mismo sentido del elemento subjetivo específico del ilícito de delincuencia organizada. No obstante, sería incorrecto atribuir autoría mediata a organizaciones criminales a la luz del segundo criterio, pues una organización criminal no es una organización lícita que extraordinariamente se desvincula del ordenamiento jurídico para cometer un ilícito, sino todo lo contrario: una organización criminal se funda y se articula con el mero propósito de cometer actos delictivos concretos (p. ej.: terrorismo, narcotráfico, trata de personas, etc.).

Hacer la analogía entre una organización empresarial que comete delitos, quizá de manera esporádica o sistemática, con una organización criminal resulta pasar por inadvertido el segundo requisito prototípico con base en el cual se ideó originalmente la autoría mediata. De acuerdo con el Dr. Roxin, la clave o la regla organizacional supone que de manera ordinaria opera en el marco de la legalidad y, consecuentemente, se aparta de dicho marco legal para poner en marcha el aparato delictivo. Por tanto, la desvinculación del derecho es una puesta en marcha paralela a la actuación ordinaria de la organización; supone, por tanto, que la mayoría de los esfuerzos y recursos se disponen a un marco generalmente lícito. En este sentido, es menester hacer la siguiente aclaración. Considerando que conforme a la jurisprudencia alemana, la autoría mediata es aplicable tanto a (a) los esquemas estatales de poder, como a (b) las corporaciones comerciales.

Por un lado, **(a) los esquemas estatales de poder**, de acuerdo con la doctrina administrativas alemana, gozan de una presunción de legalidad en su actuación y esta presunción sólo puede ser vencida si se demuestra procesalmente que se incumplió con alguno de los dos aspectos del principio de legalidad (Koenig, 2022: 38): la legalidad formal, entendida como la adecuada actuación de la administración en acatamiento de las normas procesales y de forma; y la legalidad sustantiva o material, entendida como la verificación casuística de los requisitos sustantivos con los cuales la administración está obligada a actuar de cierta manera (dar, hacer o no hacer), es decir, una subsunción precisa del contenido fáctico a la norma administrativa aplicable. En suma, la regla es que la actuación de la administración pública se presume que es acorde al marco jurídico vigente y quien alegue lo contrario ostenta, procesalmente, la carga de la prueba.

Por otro lado, **(b) las corporaciones comerciales** gozan de una presunción general de buena fe, tanto en el tráfico jurídico como en sus relaciones civiles ordinarias, debido a la flexibilidad y a la rapidez del tráfico comercial; por ende, el artículo 366 del Código Alemán de Comercio (*Handelsgesetzbuch*, “HGB”, por sus siglas en alemán) protege de buena fe en la celebración de transacciones comerciales y en la representación en el tráfico jurídico (Lecturio, 2022). Es decir, por regla general, una corporación comercial se ve protegida por el principio de buena fe, pues su objeto societario es participar en el tráfico comercial.

En suma, las dos entidades arriba mencionadas operan, por lo general, en un marco de legalidad vigente; es decir, su constitución se encuentra amparada en un precepto legal, su operación (actos administrativos y actos de comercio, respectivamente) se encuentra reglamentada por la legislación aplicable, sus actividades gozan de una presunción legal cuya finalidad es brindar seguridad jurídica a quienes intervienen con ellos. Por tanto, su esquema operativo ordinario es basado en la legalidad y su esquema operativo extraordinario se encuentra desvinculado del orden jurídico vigente; no obstante, tal comisión del hecho ilícito no fue la finalidad por la cual fue constituida esa organización con independencia si es de naturaleza pública (administración pública - aparato organizado de poder) o privada (empresa comercial).

El siguiente criterio, la regla organizacional, se predica con respecto a la conducta que se ha desvinculado del orden jurídico aplicable. A este respecto, “la regla organizacional” significa una forma paralela de conducción de la organización para la comisión extraordinaria de delitos, manteniendo - por tanto - la operatividad ordinaria de sus actividades usuales. La diferencia, por tanto, entre una organización empresarial que eventualmente comete delitos o que comete delitos sistemáticamente y una organización criminal (delincuencia organizada) es que el ánimo de la primera se mantendrá en cumplir con su objeto social, cometiendo extraordinariamente algún ilícito; la segunda, en contraste, fue constituida y es organizada única y exclusivamente para cometer delitos de manera permanente, no tiene ninguna otra finalidad.

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

En las organizaciones criminales paraestatales se está en presencia de miembros que actúan por voluntad propia, quienes constituyen o se afilian a organizaciones criminales (Tulay, 2018: 134); por tanto, es una voluntad de asociación criminal que no responde a un dominio del hecho, sino que este elemento volitivo organizacional es muestra del codominio funcional del hecho, por virtud del cual los coautores se congregan de facto, pues la constitución de una organización criminal no es un acto jurídico ni un acto de comercio, sino un hecho punible. En palabras del Dr. Roxin: no se está en presencia de un aparato - *de facto* - de poder, sino frente a una media docena de elementos antisociales se juntan para delinquir y uno de ellos se deja elegir líder” (2006: 34). Por tal razón, otro sector de la doctrina alemana alega que en delincuencia organizada no se actualiza tampoco el criterio de fungibilidad, pues se trata de una comunidad que está unida por relaciones individuales tendiente, claro, a cumplir con un interés delictivo superior común (Saliger, 2019: 55). En suma, en delincuencia organizada faltan dos de los criterios prototípicos para imputar autoría mediata.

El jurista español Muñoz Conde hace un análisis de la eficacia del cumplimiento de las órdenes de los posibles “cabecillas” dentro de una organización criminal (*apud* Saliger, 2019: 60), pues éste no tiene ninguna certeza que sus órdenes sean cumplidas por los miembros de la organización criminal. En mi opinión, este criterio de eficacia del cumplimiento de las órdenes criminales es muestra más del codominio funcional del hecho, toda vez que si uno de los miembros delictivos se niega a cumplir con una orden criminal se podría estar ante la figura de arrepentimiento o tentativa del hecho punible.

El análisis doctrinal del Dr. Conde es doblemente útil y nutrido, pues confirma dos situaciones: la inaplicabilidad del dominio de la voluntad (autoría mediata) a la delincuencia organizada y plena aplicabilidad del codominio funcional del hecho en ese mismo delito. Ante la patente duda de la posible comisión indirecta de diversos delitos orquestados desde el seno de la organización criminal debe ser resulta a través de la participación (complicidad, encubrimiento e inducción), mas no desde el dominio de la voluntad (autoría mediata), toda vez que no se satisfacen los dos criterios prototípicos arriba mencionados.

§ VI. CONCLUSIÓN

Para concluir sólo queda reiterar la trascendental relevancia que tiene esbozar una teoría cada vez más detallada y acabada de la autoría y la participación en delitos organizativos, especialmente en la delincuencia organizada. A lo largo del presente escrito se pudo apreciar la complejidad dogmática que involucra analizar el ilícito de delincuencia organizada paraestatal. Es un esquema organizativo delictivo particular, pues aunque tenga similitudes con los esquemas estatales de poder y las empresas comerciales ordinarias, tiene particularidades, incluso desde el nivel del tipo, permiten distinguir esta figura de cualquier otra.

La tesis sostenida en este trabajo se pudo ser demostrada: la Teoría del Dominio del Hecho ofrece claridad conceptual en abundancia la problemática planteada en la introducción. Cada una de las figuras de la autoría y la participación permiten de manera proporcional y acertada estudio del involucramiento de cada sujeto activo en el delito de delincuencia organizada. De tal suerte que, se reitera que el codominio funcional del hecho, tal y como enseña la *Tatherschaftelehre*, supone que los coautores tienen una decisión común frente al hecho ilícito y tienen una realización en común del hecho típico. Conforme a la teoría del codominio funcional del hecho, la coautoría ordinaria se configura cuando los coautores toman una decisión común al respecto del hecho típico. Por otro lado, la evaluación pormenorizada que desarrolló el BGH con respecto al elemento subjetivo específico permite De esta forma, el codominio funcional del hecho en este tipo se sitúa conforme al elemento volitivo directo: la persecución del fin delictivo común superior.

Finalmente, puede dejarse a manera de pregunta abierta si la doctrina del dominio de la organización, como doctrina de excepción a las tres divisiones típicas de la Teoría del Dominio del Hecho (dominio del hecho, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho), puede amoldarse a fin de complementar el análisis de la doctrina del dominio funcional del hecho a fin de entender cómo un dominio funcional o si, como refiere el Dr. Muñoz Conde es necesario también explorar diversas fases de la coautoría: “dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva total o parcial, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución. Sólo así pueden considerarse también coautores al jefe y los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental de la realización del delito.” (*apud* Mir 2001: 4). En suma, se debe hacer gran énfasis sobre este aspecto que el caso específico requiere un examen detallado, especialmente cuando el aparato de poder opera fuera de la esfera del gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- Bundeslagebilder Organisierte Kriminalität*. (2022). https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/OrganisierteKriminalitaet/organisiertekriminalitaet_node.html
- Del Poder Judicial, S. C. G. (2001). *Derecho penal económico*.
- Gropp, W. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Springer.
- GmbH, E. (2019). *Der Rücktritt eines Mittäters im Vorbereitungsstadium*. Der Rücktritt Eines Mittäters Im Vorbereitungsstadium. <https://www.juracademy.de/recht-interessant/article/ruecktritt-mittaeters-vorbereitungsstadium>

La evaluación del codominio funcional del hecho en el enjuiciamiento...

- Koenig, C. (2022). *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht : Teil I – Allgemeines Verwaltungsrecht*. Universität Bonn.
- Lecturio. (2022). Erweiterter Gutgläubensschutz im Handelsverkehr, § 366 HGB. *Lecturio Magazin*. <https://www.lecturio.de/magazin/%C2%A7-366-hgb-erweiterter-gutgläubensschutz/>
- Löwe/Rosenberg. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar. §§ 94-111a*. Band 3/1. (2018). Deutschland: De Gruyter.
- Macedo de la Concha, Rafael (coord.), *Delincuencia organizada*, México, INACIPE, 2003.
- Mir, J. C. (2001). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*.
- Roxin, C. (2008). *La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Die Strafzwecklehre in der Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts)*, Editorial MARCIAL PONS, Madrid,
- Roxin, C. (2006). Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik*, IX, 7.
- Saliger, F. (2019). Organisationsherrschaft in Wirtschaftsunternehmen. *Bucerius Hochschule Für Rechtswissenschaft Hamburg*, 1, 34.
- Soto, Ó. B. (2013). *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*.
- Tulay, M. E. (2018). *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik. Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Unterstützung einer terroristischen (bzw. kriminellen) Vereinigung (hier: 'Junud al-Sham') ; Unterstützen als eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft; Förderung der mitgliedschaftlichen Beteiligung eines Angehörigen der Vereinigung durch einen Außenstehenden; Unwahrscheinlichkeit der Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweismitteln bei vorläufiger Tatbewertung auf der Grundlage des Ergebnisses der Ermittlungen - Rechtsportal*. (2018). <https://www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/2017/BGH/Voraussetzungen-einer-Strafbarkeit>

