

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Gustavo Eduardo ABOSO, *El Arrepentido en el Derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, 186 páginas, por Ricardo PALADINO

Recensión a Javier CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 382 páginas, por Gustavo BEADE

Recensión a Hernán OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 404 páginas, por Álex VAN WEEZEL

Recensión a Miguel SARRE/Gerardo MANRIQUE, *Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2018, 512 páginas, por Mateo BERMEJO y Martina HERTLEIN

-

InDret

1.2020

Gustavo Eduardo Aboso, El Arrepentido en el Derecho Penal Premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2017, 186 páginas

Ricardo Paladino
Fiscal del Ministerio Público (Santa Catarina, Brasil)

-

A las numerosas monografías de Gustavo Eduardo ABOSO (*Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*, 2000; *El delito de defraudación por administración infiel*, 2001; *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, 2013; *Derecho penal ambiental*, 2015; *Derecho penal cibernético*, 2017), se suma ahora esta sobre la figura del arrepentido en Derecho penal. El autor, que es profesor de Derecho penal en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Universidad Austral, Universidad Nacional de Mar del Plata, Universidad de Belgrano y Universidad de Azuay – Cuenca, afronta aquí la relevancia de las delaciones en la investigación judicial del delito.

El contenido de esta obra se estructura en cinco capítulos, precedidos de una presentación, en la que el autor sostiene que el Derecho penal moderno se identifica con el modelo persecutorio; un modelo de orientación político-criminal de cuño preventivo. A lo largo de la aplicación de este modelo, se ha atestiguado cómo la lucha contra la criminalidad organizada requiere ampliar la gama de medios de investigación, lo cual implica contar con nuevos institutos como la figura del arrepentido.

En el capítulo I («Desarrollo histórico del arrepentido») se destaca que la criminalidad organizada ha surgido en las últimas décadas como un nuevo estereotipo criminológico que amenaza la seguridad de los países y justifica una tendencia expansiva de un Derecho penal de la seguridad. A partir de los años 70, las autoridades públicas comenzaron a desarrollar nuevos mecanismos de investigación criminal, con el propósito de identificar y combatir la actuación de organizaciones criminales. Sin embargo, en la búsqueda de respuesta penal a esa nueva modalidad delictiva, el Derecho penal ha alterado su función originaria de limitación del poder estatal, para convertirse en instrumento de resolución de conflictos intersubjetivos. Lo cual conduce al fracaso de la acción estatal y a su ausencia de legitimación. La adopción de estos nuevos métodos de investigación –según su concepción– pasa por alto la función de la ley penal como medio de control social de bienes jurídicos, para dar lugar a respuestas intempestivas o desesperadas, preocupadas por calmar la demanda social de la seguridad pública. A continuación, el autor aborda los antecedentes históricos de la figura del «arrepentido», y recuerda su origen anglosajón, medieval, caracterizado originariamente por la posibilidad que tenía el sospechoso de delatar a los coautores a cambio de lograr sustituir la pena capital por una sanción corporal. Inicialmente conocidos como «testigos de la corona», los testimonios de los delatores ganaban extrema relevancia de la investigación de los tribunales pues lograban de manera prácticamente segura el castigo de los delatados.

Ciertamente, la perspectiva presentada por el autor parece paradójica: por un lado, reconoce que la actuación de organizaciones criminales, de carácter transnacional, difiere de la delincuencia ordinaria y representa un desafío original para los Estados; y por otro, critica la creación de nuevos instrumentos de investigación. A la vez, el autor describe los criterios y circunstancias previstos en las leyes para utilización de estos mecanismos de eficacia procesal, pero no llega a

estar justificada esta innovación legislativa en materia de producción de pruebas en cuanto desvirtúa la función del Derecho penal como medio de limitación de la acción estatal.

El capítulo II («El arrepentido en el Derecho comparado») constituye un interesante análisis de la figura que permite identificar puntos característicos del método premial en diversos ordenamientos. Se inicia con el enfoque del sistema adoptado en los Estados Unidos, que prevé dos figuras similares: «inmunidad» y «plea bargaining». La primera, como sugiere su nombre, consiste en otorgar la posibilidad al acusado de evitar su responsabilidad cuando confiesa la autoría del crimen y suministra información que propicie la detención de los demás intervinientes. El mecanismo de la «plea bargaining», bastante difundido, representa la posibilidad de que el autor de un delito firme un acuerdo con el fiscal en el que reconoce su responsabilidad penal y le permite abreviar el juicio, a cambio de un tratamiento punitivo más leve. Describe el autor cómo la figura del delator premiado fue adoptada en la década de 1970, en Alemania, influenciada por la legislación norteamericana, como respuesta a la actuación de grupos terroristas en Europa. Después, el método de obtención de pruebas criminales se extendió a las investigaciones de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes. En el caso de España el sistema del arrepentimiento está previsto en el artículo 376 CP y autoriza a los jueces a reducir las penas siempre que el investigado haya abandonado voluntariamente la actividad delictiva y colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción del delito o la captura de otros responsables. También aporta ABOSO la descripción del instituto en Italia, denominado «colaborazione processuale», orientado a la lucha contra el terrorismo y tráfico de estupefacientes, que da lugar a disminuir la pena del colaborador judicial que permita la desarticulación de la organización criminal. En Francia, la ley denominada «Loi Perben II» introdujo en el Código Penal un conjunto de dispositivos para la reducción de la pena en favor del cooperador judicial que hubiera denunciado las actividades criminales del grupo y permitiera la identificación de los demás involucrados. Cierra el capítulo el análisis de los sistemas de Austria, Brasil, Chile, Perú, Paraguay y Argentina, que guardan semejanza en la aplicación de la figura del delator premiado en la investigación de grupos dedicados a los crímenes de tráfico de drogas y corrupción, en cuanto autorizan mitigar las penas del acusado que confiese su participación delictiva e identifique a los demás involucrados.

Pese a que el autor insiste en lo frustrante de los resultados de la aplicación de la delación en los crímenes de tráfico de drogas y terrorismo, sería deseable presentar datos concretos que sustentaran su afirmación. En cuanto al terrorismo, su argumentación se basa en afirmar que motivaciones fundamentalistas religiosas provocan esta acción criminosa y que sus autores no temen la imposición de penas. Además, cabría esperar más información sobre la eficacia de esta técnica investigadora en otros delitos, como los cometidos contra instituciones públicas: no cabe desconocer cómo, en la última década, el uso de este sistema para perseguir delitos de corrupción ha logrado desarticular grandes organizaciones criminales que actuaban en varios países de América Latina.

En el capítulo III («Análisis teórico de la figura del arrepentido. Finalidad político-criminal en la lucha contra la criminalidad organizada») se describe la figura desde su finalidad político-criminal. Se señala cómo la Convención de las Naciones Unidas sobre el crimen organizado del año 2000, recomienda, en su artículo 26, que los Estados parte adopten medidas normativas para fomentar la cooperación judicial de las personas que hayan integrado o integren organizaciones delictivas. El artículo 28, numeral primero, del Convenio del Consejo de Europa, prescribe la participación de los colaboradores judiciales y el deber de los Estados de crear medidas para asegurar su protección frente a posibles represalias. En este aspecto, la utilización generalizada de la delación premiada es criticada por el autor, quien la considera consecuencia de la incapacidad de las autoridades para lidiar con el crimen organizado y que se basa en consideraciones de Política criminal utilitarista, propias de un estado de emergencia. En su

opinión, el empleo de tales herramientas de investigación solo sirve para disminuir el tiempo de tramitación de los procesos, pero genera una incomprensible impunidad de los delatores, a los que estimula a la reiteración delictiva. Afirma ABOSO cómo las dificultades para definir el concepto de organización delictiva permiten la utilización del instrumento de investigación para lograr fines políticos, dirigidos a transmitir la idea de modernizar el Derecho penal y procesal penal, con adopción de medidas más restrictivas contra los investigados. En este último aspecto, se emiten las importantes críticas del autor en cuanto a la falta de definición conceptual sobre organización delictiva: confieren un margen interpretativo muy amplio a los operadores del Derecho, de modo que se crean distorsiones en las respuestas judiciales y se produce inseguridad jurídica.

En el capítulo IV («Críticas contra la figura del arrepentido en Derecho Penal») el autor cuestiona aspectos éticos del arrepentimiento penal, en la medida en que permite llegar a acuerdos entre el investigado y las autoridades estatales con miras a la disminución o exención de la pena. El Estado tendría el deber primordial de prevenir y sancionar los delitos, pero no puede hacerlo a cualquier precio, o violando preceptos constitucionales. Entiende que la disminución de la pena o concesión de inmunidad al delator se compadece mal con la recomendación constitucional de que la sanción esté orientada a la reinserción social, pues no ofrece respuesta penal al delito cometido. Según afirma, la regulación de figuras como el agente encubierto, agente revelador, informante, arrepentido y otras medidas de investigación, llamadas «modernas», representan un atajo en el sistema procesal penal de producción de pruebas que atenta contra los derechos y garantías previstos en la Constitución, tratados y pactos internacionales en favor de los acusados. Se concluye reconociendo cómo la propia existencia de las ventajas premiales al delator genera varias distorsiones en el proceso penal y sus protagonistas, ya que el Estado, a través de los órganos de persecución penal, ofrece a los autores de delitos graves una salida más fácil que el cumplimiento de la pena corporal, y viola el principio de igualdad, en la medida en que los delatados no reciben el mismo trato penal retributivo.

Con todo, no es cierto que la concesión de beneficios penales a los colaboradores judiciales suponga la impunidad, en cuanto que la mitigación o la exención de pena corporal siempre estará condicionada al cumplimiento de una serie de medidas restrictivas, como el uso de equipos de monitoreo electrónico, limitación para frecuentar determinados lugares y mantener contacto con otros miembros de la organización, entre otros impedimentos. Por otro lado, la identificación de los demás componentes del grupo criminal jamás será una solución fácil para el delator, hasta el punto de que el libro apunta la previsión de mecanismos de protección para prevenir el permanente riesgo de represalias. En última instancia, optar por la delación no significa jamás que le sea restituida la libertad plena al colaborador judicial.

En el capítulo V («La regulación de la figura del arrepentido en el Derecho Penal argentino»), ABOSO describe cómo la Ley 27.304 modificó el artículo 41 del Código Penal de aquel país para introducir nuevos instrumentos de investigación. Los cuales, según él, llevaron consigo una promiscua fraternidad entre particulares y agentes del Estado. El mecanismo del arrepentimiento tuvo, según explica, previsión inicial para los crímenes de tráfico de drogas y los resultados obtenidos demuestran cómo no hubo disminución de esta práctica delictiva. Se pregunta si la expansión de la utilización de la figura para otros crímenes no tendría el mismo resultado frustrante.

No obstante, como se ha mencionado ya, se encuentran experiencias exitosas del empleo del instituto del arrepentido en investigaciones criminales, como en los casos de corrupción cometidos por grandes organizaciones en América Latina. También parece innegable reconocer la utilidad de la delación premiada en delitos de secuestro y tráfico de personas, al permitir no

solo la identificación de los demás componentes del grupo, sino especialmente la liberación de las víctimas.

Finalmente, en las conclusiones del trabajo, el autor pone en duda la eficacia de la figura del arrepentido como instrumento de una política criminal utilitarista. Y destaca cómo, en el ámbito internacional, no se produjo disminución de las acciones criminales patrocinadas por grupos terroristas. Sostiene, además, que dicho método de investigación está limitado a los casos en los que las funciones preventivas y represivas del Estado resultan estériles, permitiendo que los delatores firmen acuerdos no éticos, a cambio de la reducción o exención de pena. Así, la delación puede influir en el modo de investigación de los delitos más graves promoviendo una actitud más complaciente y menos agresiva por parte de las autoridades públicas.

En definitiva, aunque se pueda discrepar de las consideraciones del profesor ABOSO en cuanto la utilidad de la delación premial e institutos similares en las investigaciones de organizaciones criminales, en la medida en que los métodos de producción de prueba deben ser perfeccionados para hacer frente a nuevas modalidades de delitos, su obra se muestra muy valiosa para el conocimiento y la reflexión sobre estos modernos sistemas de investigación del crimen.

Javier Cigüela Sola, Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 382 páginas

Gustavo Beade
Universidad de Palermo

-

Javier CIGÜELA SOLA escribió un libro imprescindible. Si bien, esta parece una frase de rigor en estos contextos, su trabajo se ubica entre el puñado de textos en español que se encarga de reflexionar sobre el problema de la exclusión social y el uso del Derecho penal. Es un trabajo importante, además, porque nos invita, aunque también nos obliga, a quienes estamos interesados en el Derecho penal a reflexionar sobre nuestros puntos de partida para justificar el uso del castigo estatal. En general, aquellos que nos dedicamos a pensar los problemas de la desigualdad y el uso del Derecho penal nos formamos estudiando teorías y sistemas jurídicos que son elaborados y pensados para ser aplicados en mundos ideales. El trabajo de CIGÜELA SOLA nos invita a pensar en el castigo en mundos no ideales como en el que vivimos.

El trabajo se divide en tres partes: I) Pobreza y Exclusión Social en la Filosofía Política y del Derecho penal: Una aproximación; II) La Legitimidad Política del Castigo del Excluido Social: Exclusión, personalidad y ciudadanía; III) Exclusión y Teoría del Delito: La justicia social en las categorías dogmáticas. Voy a dedicarme en lo que sigue a presentar cada una de ellas y concentrarme al final en algunos problemas y discusiones pendientes que tiene el trabajo.

En la parte I, CIGÜELA SOLA presenta un desarrollo extenso de los vínculos entre la filosofía política y el Derecho penal. Estas ideas abarcan un espacio temporal muy grande y cruza tradiciones de pensamiento de un modo admirable. Desde PLATÓN y ARISTÓTELES, de SANTO TOMÁS a PUFENDORF, de HEGEL, MARX y ENGELS a FOUCAULT, hasta un cierre con LUHMANN, CIGÜELA SOLA nos muestra que lo que a nosotros nos preocupa, le preocupó, también, a todos los filósofos más importantes de la historia. Claramente, los puntos de contacto no siempre son los mismos, pero CIGÜELA SOLA cruza magistralmente los problemas y los presenta como uno solo en una evolución histórica apabullante. En este capítulo, CIGÜELA SOLA escribe un manual para que cualquiera que tenga interés en estos temas pueda elegir un camino para desarrollar y cuente para ello con una gran cantidad de literatura relevada, ideas y problemas para poder escribir una nueva investigación sobre el tema.

En la parte II, CIGÜELA SOLA intenta responder a la siguiente pregunta: ¿Qué ocurre si el Estado no ha garantizado el bienestar del individuo o si ha contribuido activamente a su exclusión? ¿Tiene legitimidad para imponerle un castigo? CIGÜELA SOLA, comienza a responder esa pregunta definiendo las características principales de la falta de legitimidad para usar el Derecho penal. La primera característica se presenta cuando la *exclusión que les afecta está conectada de algún modo a una injusticia social producida, perpetuada o tolerada por el propio Estado*. La segunda es que se trate de una situación duradera o permanente y no de una simple dificultad pasajera (p. 169). Más adelante en el trabajo, distingue entre dos niveles en los que la exclusión social afecta al Derecho penal. En primer lugar, señala las *condiciones internas* de la imputación, esto es, las que se refieren a la motivación del autor dada una determinada situación socio-personal. En segundo lugar, afecta a sus *condiciones externas*, esto es, aquellas que dirigiríamos a la instancia de imputación como requisito para poder realizar el proceso de modo legítimo (p. 170). Mientras que los problemas de las condiciones internas se desarrollan en la parte III, las condiciones externas en la parte II.

CIGÜELA SOLA en la parte II también distingue entre dos momentos para presentar la idea de la legitimidad en el ámbito penal. Por un lado, el que hace referencia a las normas penales. En este punto se dice habitualmente que son formalmente legítimas en tanto han sido elaboradas según los procedimientos democráticos establecidos y materialmente sirven dado que son importantes para la protección de la comunidad. El segundo momento se vincula con la legitimidad que ha de predicarse de la imposición de una pena a un sujeto concreto (pp. 174-175). La cuestión más compleja se vincula con la idea de considerar al excluido social como obligado por el Derecho penal cuando no pudo participar de la deliberación. CIGÜELA SOLA descarta la opción más convencional que dice que no es posible poner en duda la obligatoriedad de la norma porque supondría el fin de la sociedad. De modo tal que, el excluido de la participación social, como cualquier otro sujeto está sometido a las normas como el resto de los ciudadanos. La manera adecuada para resolver esta cuestión es tenerlo en cuenta en el momento de la individualización de la pena (p. 208). Según CIGÜELA SOLA, esto no es suficiente. La individualización solo responde a la justicia del caso cuando el sujeto es igual al resto de ciudadanos, esto es, cuando goza de una protección y un reconocimiento comparable al estándar social existente. Cuando el sujeto parte de una situación de grave desigualdad, la disminución de la pena no es suficiente en tanto trataría cuantitativamente diferencias que son, en el plano estructural, cualitativas (pp. 213-214).

Un punto interesante es que, según CIGÜELA SOLA, no todos los comportamientos delictivos tienen la virtualidad de ser políticamente deslegitimados excepto en casos extremos, de Estados perversamente injustos (pp. 248 ss.). Habrá comportamientos delictivos que no constituirán una negación de la injusticia social, sino simplemente una conducta arbitraria cuyo castigo aparece entonces como legítimo (p. 265). La ilegitimidad del castigo no se predica de todo lo que el sujeto menospreciado o excluido pueda hacer, sino tan solo de aquello que haga como consecuencia de su falta de reconocimiento y en especial para paliar, revertir o protestar por los efectos de esa exclusión. Ello implica que, por lo general, la legitimidad del Estado no se ve afectada en los casos de delitos graves: no solo por la razón de que la obligación de no matar o no lesionar a otros es generalmente de tipo políticamente incondicionada, sino además porque estas conductas no son comprensibles como una lucha legítima o moralmente comprensible por el reconocimiento (p. 268).

CIGÜELA SOLA intenta responder a la siguiente pregunta: ¿Puede un Estado castigar legítimamente a aquel sujeto cuyo delito está de algún modo conectado a un contexto excluyente producido, perpetuado o tolerado de modo injusto por el propio Estado? Su respuesta es «depende». Para poder determinar esto, hay que tener en cuenta cuán grave es la injusticia padecida por el sujeto excluido, y a su vez la gravedad del delito cometido (p. 270). A mayor gravedad e injusticia de la exclusión y menor gravedad del delito, mayor probabilidad habrá de que la pena sea deslegitimada. A la inversa, a menor gravedad de la exclusión y mayor gravedad del delito, mayor probabilidad habrá de que la pena se legitime como única vía posible para mantener la paz social y la legitimidad prospectiva. En estos casos, la contradicción todavía latente en el castigo deberá ser resuelta mediante un compromiso del Estado por la inclusión futura del agente (p. 271).

En la parte III, CIGÜELA SOLA intenta vincular las tres secciones del trabajo. Particularmente, pretende lograr que las personas que trabajan con el Derecho penal puedan identificar y aplicar algunos de los conceptos que plantea en la sección anterior. El punto más importante de esta sección está dedicado a desarrollar lo que llama *dogmática de la exclusión* (p. 285).

Entre muchas otras cosas (por ejemplo, la reconstrucción del concepto de inexigibilidad –pp. 319 ss.–), según CIGÜELA SOLA, las cuestiones de justicia social se pueden integrar por la vía de la punibilidad. La falta de punibilidad concurre allá donde los intereses penales en sentido estricto

deben ceder frente a «intereses extrapenales» relacionados con las «necesidades del conjunto de la sociedad». Eso es justamente lo que ocurre en aquellos casos en los que el interés social en construir una penalidad justa, no selectiva y sensible a la «estructura del funcionamiento de la sociedad», choca con el castigo de un sujeto cuyo hecho delictivo está vinculado con decisiones del Estado (p. 338). El interés en no añadir a la injusticia social una nueva injusticia penal puede prevalecer sobre el interés preventivo que co-fundamentaría el castigo, en cuyo caso el resultado adecuado es renunciar a la punición y buscar alternativas que se adapten mejor al conflicto preexistente y al déficit de legitimidad de la instancia de imputación (p. 338).

En el espacio que me queda, quisiera hacer dos comentarios breves. El primero es una cuestión metodológica, el segundo se vincula con una de las soluciones que presenta el libro.

Como dije hace un momento, el libro tiene la virtud de relevar una cantidad de trabajos y lecturas que es difícil abarcar. Esto de por sí, es de utilidad para quienes nos interesan estos asuntos. Podríamos pensar en abordar el mismo problema partiendo de las ideas de un filósofo analítico o desde las teorías críticas sin mayores inconvenientes. Sin embargo, metodológicamente podríamos poner algunas dudas en que eso sea deseable en un trabajo como el que aquí presento. CIGÜELA SOLA intenta mostrarnos que esa preocupación que tenemos por la desigualdad estuvo en la filosofía del comienzo de los tiempos y es transversal a prácticamente *toda* la filosofía. Sin embargo, poder hacer dialogar a todas esas corrientes de pensamiento parece algo difícil de lograr. Los presupuestos de cada una de las ideas y los autores son muy diferentes y no se llevan del todo bien. Después, está la cuestión del modo en el que alguien ajeno a esas tradiciones puede acercarse a ellas. No creo, necesariamente, que uno no pueda abordar distintos trabajos filosóficos, sino que pienso que las tradiciones filosóficas tienen determinadas características y poder dominarlas lleva demasiado tiempo. Es decir, los presupuestos que puedan estar en MARX y ENGELS son muy diferentes a los que pudieran estar en LUHMANN, por ejemplo, y además no dialogan entre sí. Sus puntos de partida, son tan diferentes que presentarlos como autores que tienen preocupaciones similares no nos dice mucho a la hora de pensar nosotros mismos el problema que nos interesa trabajar.

A diferencia de lo que hace en el primer capítulo, en donde la presentación de autores ocupa la mayor parte del espacio disponible, en el segundo capítulo adopta un método de trabajo que me parece más fructífero para poder analizar un problema. Aquí, CIGÜELA SOLA se aparta de una forma de trabajar –influida por la tradición de la dogmática penal– y adopta un criterio más cercano a la filosofía del Derecho penal. En esta parte, analiza los últimos trabajos que hay escritos sobre el tema y comienza a elaborar sus ideas a partir de allí. Esta forma de trabajar permite que su pensamiento este muy presente durante todo el capítulo. Es allí que encuentro un problema central del trabajo que me interesa presentar aquí. El problema es el siguiente: si la conclusión a la que llega CIGÜELA SOLA en la parte II es que el Estado no puede castigar determinados delitos, aceptar que existen alternativas dentro de lo que él llama la *dogmática de la exclusión* en la parte III me parece un problema. Si un Estado desigual no puede castigar porque, básicamente, no generó condiciones de igualdad, no garantizó derechos, no respetó obligaciones constitucionales, esto tiene dos consecuencias, a mi modo de ver: por un lado, no puede castigar, es decir, debe buscar la forma de no investigar esas conductas ni llevar a cabo procesos penales. Las personas que se encuentran en esa situación no deberían tener que rendir cuentas antes sus conciudadanos. La otra cuestión, quizá más técnica es que si se incumple con la provisión de derechos constitucionales el ámbito de discusión es el del Derecho constitucional. El Derecho penal no debería tener lugar allí.

Mi punto es que no podemos aceptar que un Estado que no estuvo presente nunca en la vida de determinadas personas aparezca por primera vez para aplicar un castigo. Si aceptamos esta última cuestión, pero igualmente pensamos que lo que debemos hacer es intentar morigerarla

desde la *dogmática de la exclusión*, daría la impresión de que el incumplimiento y la responsabilidad que debe asumir el Estado no es tan importante. Sin embargo, el propio CIGÜELA SOLA reconoce que lo es. Si creemos que el Estado no tiene legitimidad para castigar, no deberíamos ingresar en una discusión sobre el modo de exonerar al agente por lo que hizo. Además, esto implica una confusión en el modo en el que estamos viendo el problema ¿Queremos saber qué es lo que debe hacer un Estado ante estos casos? o ¿queremos saber qué es lo que puede hacer un agente justificadamente? El enfoque es diferente y no necesariamente complementario.

Ahora, la cuestión es por qué CIGÜELA SOLA insiste en elaborar soluciones específicas para casos concretos. Probablemente, sea necesario ver esta cuestión de un modo menos extremo y pensar en que quienes trabajan con el Derecho necesitan herramientas más elaboradas para resolver estos casos adecuadamente. Afortunadamente, CIGÜELA SOLA se anima a entrar en esa discusión. Esta capacidad de poder aceptar que existen problemas filosóficos complejos difíciles de resolver, pero a la vez hacer un esfuerzo por intentar acercar soluciones concretas para resolver casos penales es lo que creo que termina justificando el valor del libro: consigue abrir la puerta de la *dogmática penal* para reflexionar sobre cuestiones filosóficas.

InDret

1.2020

Hernán Orozco López, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 404 páginas**Alex van Weezel
Pontificia Universidad Católica de Chile**

-

La tesis doctoral de Hernán OROZCO LÓPEZ, realizada en Freiburg i. Brsg. bajo la supervisión de Michael PAWLIK, es un trabajo relevante para la renovación de la teoría de la intervención delictiva. Aunque en primer plano está el problema de la atribución de responsabilidad por los hechos cometidos desde un «aparato organizado de poder», el trabajo es una revisión de la teoría de la intervención delictiva en su conjunto. Esta revisión llevará al autor a situarse entre quienes favorecen un modelo unitario de imputación del hecho a todos los intervinientes, lo cual no impide el establecimiento de responsabilidades individuales cuantitativamente escalonadas. El desarrollo de los criterios que fundamentan esa responsabilidad mancomunada y, luego, la tipificación –en el sentido de «figuración» o «caracterización», según veremos– de los grados de responsabilidad, son el objeto de la parte constructiva del trabajo, contenida en la última sección de un extenso Segundo Capítulo.

I.

El Primer Capítulo, en cambio, está dedicado por completo al problema de la intervención delictiva mediante aparatos organizados de poder. En primer lugar, el autor aborda detalladamente la jurisprudencia alemana al respecto y constata algo que para quienes no están familiarizados con la discusión puede resultar sorprendente: la figura del aparato organizado de poder no vino a hacer posible el castigo de quienes estaban en la cúspide de la respectiva organización –la justicia de posguerra no tuvo inconvenientes para condenar a los (pocos) principales jefes nazis como autores de las masacres racistas–, sino precisamente a los mandos medios y a los ejecutores. La idea de un «autor detrás del autor» permitiría que el Tribunal Federal alemán condenara *como autores* no solo a los miembros del Consejo de Seguridad de la RDA, sino también a los soldados apostados en la «frontera interna» que dispararon contra quienes pretendían cruzarla en forma no autorizada.

El estudio de la jurisprudencia no pasa por alto una evolución relativamente reciente, que –a partir del «caso de la interrupción del tratamiento» (BGHSt 40, 257)– transforma el uso de un aparato organizado de poder en el «aprovechamiento de procesos reglados», una forma de autoría mediata que resultaría aplicable en general a la criminalidad en contextos organizados, como el de una clínica o una compañía administradora de fondos. Como era de esperar, el autor somete la construcción del BGH a una severa crítica, entre otras razones, pues esta clase de autoría mediata pasa a «invadir» ámbitos que hasta entonces pacíficamente habían pertenecido al dominio de la inducción o de la coautoría.

La sección siguiente contiene una fiel y matizada exposición del estado de la cuestión en la literatura sobre el dominio del hecho y, en especial, sobre el dominio en virtud de aparatos organizados de poder. Las reflexiones destinadas a la doctrina de ROXIN, cuyo escrito de habilitación dio un impulso decisivo a la teoría del dominio del hecho, destacan muy acertadamente lo característico de la versión *roxiniana* de la teoría: el autor es figura central del hecho porque domina la acción, cuya atribución a su vez permitirá luego fundar la imputación del resultado. Esto contrasta, no obstante, con lo que ocurre en el ámbito de los aparatos organizados de poder, donde lo que el autor domina no es la acción, sino precisamente la

organización con miras a la obtención del resultado. De este modo se produce un desplazamiento desde el dominio de la acción hacia el dominio del resultado, lo que a su vez plantea la pregunta acerca de si la conducta del hombre de atrás puede considerarse realmente típica. Ante esta crítica ha respondido ROXIN que la acción típica que el autor mediato realiza en estas constelaciones consiste en la «aplicación del aparato exterminador» (*FS-Schroeder*, p. 400). Esta respuesta termina, sin embargo, por confirmar el núcleo mismo de la crítica, pues si la orden de ejecutar un hecho delictivo, que necesariamente precede a la ejecución, es considerada como realización típica, parece evidente que se exceden los límites del tipo penal y se desdibuja la frontera entre la ejecución del hecho y los actos preparatorios. Por último, el autor destaca –de un modo algo esquemático, a mi juicio– que en la matriz conceptual de la teoría del dominio del hecho resultaría imposible fundar una responsabilidad mayor de los hombres de atrás con respecto a los simples ejecutores. Como de acuerdo a esa matriz entre autores y partícipes existe una diferencia cualitativa, y todos los autores son en la misma medida figuras centrales del hecho, las diferencias solo podrían ser recogidas a nivel de individualización de la pena.

La sección concluye con un análisis crítico de los presupuestos fácticos del dominio organizacional –el poder de mando, la separación del Derecho y la fungibilidad de los ejecutores– y de su fundamentación dogmática, la incrementada seguridad en la obtención del resultado. En lo que respecta a la última, y al menos desde su contribución al libro en homenaje de SCHROEDER, ROXIN ha echado mano de esta especie de regulativo para explicar la diferencia entre el autor tras un aparato organizado de poder y el ejecutor material: el dominio sobre la organización le asegura que el resultado perseguido se va a realizar. «Esta seguridad del resultado», dice ROXIN, «fundamenta el dominio del hecho». Aparte de los inconvenientes, ya mencionados, que tiene trasladar el comienzo de la conducta penalmente relevante más allá de los límites de la descripción típica, OROZCO LÓPEZ afirma que si se toma la palabra a ROXIN en este punto habría que desplazar muchos casos clásicos y seguros de inducción hacia la autoría mediata y, por otro lado, convertir en inductor a todo el que, incluso sirviéndose de un aparato de poder, por diversas razones no puede contar con que el resultado se vaya a producir. La crítica es aguda, aunque por momentos uno tiene la sensación de que el autor podría estar descontextualizando el criterio de ROXIN. La seguridad incrementada de producción del resultado es una idea que solo puede funcionar bien allí donde además concurren los presupuestos fácticos de la autoría en virtud de un aparato organizado de poder. Si se la aplica fuera de este contexto, conduce efectivamente a resultados inconsistentes.

A continuación, el libro se dedica a la revisión de los planteamientos más recientes en la literatura que procuran asumir y superar las críticas que han proliferado en relación con la figura del dominio organizacional (MOROZINIS, AMBOS, URBAN), o bien, que ofrecen otras alternativas para fundar la autoría de los hombres de atrás (SCHLÖSSER, SCHROEDER, HEINRICH). Se trata de un trabajo exhaustivo y meticuloso, pero al mismo tiempo de amable y sugerente lectura. Como son relativamente pocos los elementos de estas concepciones que OROZCO LÓPEZ recogerá más adelante para su propia propuesta, es posible prescindir aquí del detalle. Sin embargo, la revisión arroja dos hallazgos que aquí consignamos en orden inverso y que sí resultan fundamentales para el desarrollo posterior. Primero, que en Derecho penal no existen «instrumentos» que sean, a la vez, sujetos plenamente responsables. La calidad de instrumento es, por definición, incompatible con la actuación autorresponsable, es decir, con la de quien configura la realidad desde su propio espíritu libre. Esta contradicción es la que hace caer por su base los planteamientos de URBAN, SCHLÖSSER y HEINRICH. Segundo, y como corolario de lo anterior, se constata que es un error aplicar a una forma de responsabilidad mancomunada –la actuación de los miembros autorresponsables de una organización que cuenta como aparato de poder– el instrumental analítico de una forma de responsabilidad en solitario, la autoría mediata, donde por definición solo el hombre de atrás es penalmente responsable.

La discusión con las así llamadas «tesis de la coautoría» y «solución de la inducción» también es relevante para la parte constructiva del trabajo. Su examen conduce al autor al hallazgo de que ambas ponen en primer plano el que parece ser un aspecto central de todo el problema: la calificación de los hombres de atrás como autores requiere, antes que nada, imputarles a ellos la ejecución de los hechos típicos. Se trata, pues, de un problema de imputación. El examen de la tesis de la coautoría, en particular, permite concluir que las diferencias fenotípicas entre la coautoría clásica –relativa igualdad entre los coautores– y los aparatos organizados de poder –férreamente jerárquicos– pueden recogerse a través de la «dimensión cualitativa» del concepto de responsabilidad. El análisis de la solución de la inducción lleva por su parte a aceptar que esta figura se verifica en los aparatos de poder, y que la idea de que ser inductor es «menos» que ser autor puede ser contestada si se mantiene un concepto restrictivo de inducción. La sección concluye dejando dos preguntas abiertas. En primer lugar, el análisis precedente ha acercado tanto entre sí la coautoría y la inducción, que resulta inevitable preguntarse si existe realmente entre ellas una diferencia material. Por otro lado, todo parece conducir a una equiparación de los hombres de atrás con los ejecutores materiales en plano de la responsabilidad. Ambas preguntas deben ser respondidas en la revisión de los principales modelos de intervención delictiva, a la que el autor dedica la Sección C del Capítulo Segundo.

II.

La Sección C, dedicada a la discusión de diversos modelos de fundamentación de la responsabilidad en los casos de actuación conjunta, puede considerarse el comienzo de la parte constructiva del trabajo. Entre esos modelos se encuentra, desde luego, el paradigma predominante basado en una accesoriadad que permite imputar a los partícipes el hecho principal como hecho ajeno, mientras que el autor –en un plano cualitativamente diverso– responde por el hecho propio. El análisis de este paradigma viene precedido por el de las nuevas teorías de la prohibición de regreso basadas en el principio de autorresponsabilidad. Completando el panorama, se examina a continuación algunas variantes de los planteamientos que apelan a una fundamentación unitaria de la responsabilidad de todos los intervinientes en las constelaciones de actuación conjunta. Estos últimos planteamientos serán luego la base de la propuesta que ofrecerá el propio autor.

La Sección comienza entonces con una exposición crítica –en general correcta, a mi juicio, salvo por la escasa importancia que se da a la idea de autor unitario que subyace a él– del paradigma de la nueva prohibición de regreso: no es posible imputar a una persona lo que otra ha realizado autónomamente, de modo que la responsabilidad penal no puede ser accesoria o basarse siquiera parcialmente en hechos ajenos. La consecuencia inevitable de ello es que cada uno de los intervinientes ha de responder por sus propios aportes, lo que da lugar a la doctrina del «delito del partícipe» o delito de participación, respecto del cual el hecho principal es una especie de condición de punibilidad. Todo ello se ilustra con abundantes referencias a los trabajos de RENZIKOWSKI, M.-K. MEYER, JOERDEN y otros autores. La aplicación coherente de este paradigma conduce, sin embargo, a negar toda posibilidad de imputar aquello que no ha sido ejecutado de propia mano. Esto produce problemas insolubles en el ámbito de la participación, pues el cómplice y el inductor consumirían su propio injusto antes de que se dé comienzo a la tentativa del hecho principal, lo cual hace estallar los límites del tipo penal y conduciría, por ejemplo, a la punibilidad general *contra legem* de inducciones y complicidades fallidas. La única excepción a la regla de la ejecución de propia mano se encontraría, a juicio de quienes sustentan esta doctrina, en los casos de coautoría. Sin embargo, las razones para dar un tratamiento distinto a los coautores en relación con los demás intervinientes no existen o son muy poco convincentes, mientras que, por otro lado, hay que encontrar los fundamentos que permitan transferir a las personas singulares la imputación realizada a un sujeto colectivo. Estos fundamentos tampoco parecen estar disponibles todavía.

El estudio de la concepción predominante, que plantea una determinación primaria del concepto de autor y una determinación secundaria y «accesoria» del concepto de partícipe, comienza con la exposición de dos cuestiones previas de gran trascendencia. En primer término, se destaca que este planteamiento asume como algo evidente que la autoría y la participación poseen una estructura diferente. Al hacerlo se descuida un asunto fundamental, la elaboración de los aspectos que ambas formas de intervención delictiva tienen en común, lo cual tiene consecuencias negativas que se manifiestan a lo largo de toda la teoría de la intervención, como las superposiciones entre unas u otras –jefe de la banda como inductor y como coautor– o las enormes dificultades para explicar el idéntico tratamiento penológico que la mayor parte de las legislaciones establece para la autoría y la inducción. El segundo aspecto incide precisamente en esta última cuestión. Si se asume que la autoría y la participación poseen una estructura diferente, de modo que entre autores y partícipes existe una diferencia cualitativa, entonces no solo los presupuestos de la intervención delictiva, sino también la concreta forma de intervención, se encuentran radicados en el ámbito del injusto. En rigor, en el marco de la concepción tradicional no es posible afirmar intervención delictiva alguna sin asignar, al mismo tiempo, una concreta forma de intervención en términos clasificatorios. Esta es la razón por la que en la matriz conceptual de la teoría del dominio del hecho resulta imposible responder a la pregunta por la pena del inductor diciendo que ya en el ámbito de las consideraciones sobre merecimiento de pena se ha de tener en cuenta que él no es la figura central del hecho. Esto es relevante para el objeto de la investigación, pues lo mismo vale para las diferencias entre los hombres de atrás y los «simples» ejecutores en el marco de un aparato organizado de poder.

La parte central del análisis de la teoría predominante está dedicada a la accesoriadad, específicamente para afirmar la aplicación de esta categoría a la intervención bajo la forma de coautoría. Dejando aparte el hecho de que la idea misma de accesoriadad no aparece suficientemente clarificada –su polisemia y ductilidad amenazan con convertirla en una verdadera *weasel word*–, el razonamiento es tan claro como difícilmente refutable: si también quien no ejecuta de propia mano la conducta descrita en el tipo puede ser coautor; si, desde otra perspectiva, para fundar la coautoría basta con un dominio negativo del hecho, entonces la coautoría solo puede construirse de un modo tan accesorio como la participación. Esto significa, más o menos, que la atribución de responsabilidad a título de coautoría depende, igual que la de todo interviniente en un delito, de la imputación de una conducta ajena como si fuera propia. OROZCO LÓPEZ reconoce en este punto, con justicia, que esto ya había sido advertido con total claridad por MEZGER y desarrollado con detalle, en época más reciente, en las contribuciones de KÜPER sobre coautoría, dominio del hecho y comienzo de la tentativa.

Estas conclusiones se ven reforzadas mediante un agudo y profundo análisis comparativo entre la «teoría del ataque» con la que KLESCZEWSKI explica la coautoría y la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, con la que ROXIN explica el fundamento de punibilidad de la participación. Ambas comparten precisamente lo esencial, a saber, un componente de injusto autónomo y un momento accesorio. Lo propio ocurre con la idea de «representación» que KINDHÄUSER y HAAS recuperan para explicar lo específico de la coautoría. Ello resulta particularmente evidente en el caso de HAAS, que la aplica también a la inducción. Como OROZCO LÓPEZ puntualiza acertadamente, entre el *mandatum* –caso típico de autoría mediata en el sentido de HAAS– y una forma paradigmática de participación como el *consilium*, no es posible establecer diferencias si es que, en ninguno de los dos casos, los hombres de atrás han intervenido directamente en la ejecución. El resultado final de este recorrido es la constatación del fracaso de los esfuerzos por distinguir cualitativamente entre coautoría y participación, lo cual conduce a una distinción meramente cuantitativa. La coautoría no es más independiente que la inducción o la complicidad respecto de las contribuciones realizadas por los demás intervinientes.

Por último, y en una de las secciones a mi juicio mejor logradas por la claridad del lenguaje y la disposición de los contenidos, el trabajo se ocupa de los modelos que pretenden captar bajo una misma estructura de imputación todas las formas de intervención delictiva, sea mediante la construcción de un «hecho total» (DENCKER, FRISTER, WEIßER), sea mediante la imputación de la realización típica a una especie de «sujeto colectivo» o centro unitario de imputación (AICHELE; en cierto modo, también LESCH). Más allá de las diferencias entre las diferentes propuestas, ellas coinciden en que lo decisivo es distinguir entre los casos de responsabilidad individual o actuación en solitario, por una parte, y los casos de actuación conjunta o responsabilidad mancomunada, por otra. A cada una de estas constelaciones corresponde un esquema de imputación diferente, y la responsabilidad de todos los actores en los casos de actuación conjunta responde a un mismo modelo de fundamentación. Este modelo exige identificar el «lugar» en que se produce la unidad, que para algunos se encuentra en el hecho y para otros en el sujeto o centro de imputación. Sin embargo, y más allá de las dificultades para construir este único sujeto –uno se pregunta, sobre todo, si el plano de abstracción en el que se construye el sujeto colectivo es el mismo en el que opera la imputación *qua* intervención delictiva–, por lo visto hasta ahora no se encuentra disponible una fundamentación que permita transferir a los sujetos individuales aquello que ha sido imputado a la instancia colectiva. Tal vez por eso el autor parece dar preferencia –más adelante aclararé por qué utilizo esta cautelosa expresión– a la construcción de un hecho total o unitario, que es el que luego se atribuye a todos los intervinientes.

Una vez definido que el medio o «lugar» que sustenta la unidad de la imputación es el hecho y no el sujeto, parece natural que el criterio unificador sea, precisamente, el de una unidad de sentido. Este criterio queda muy bien expresado en las contribuciones de WEIßER, cuando se refiere a que los aportes deben pertenecer a «un mismo contexto de colaboración», lo cual depende de la pregunta acerca de si «un comportamiento es, objetivamente hablando, servicial a la realización de un proyecto total supraordenado» (WEIßER, *Täterschaft in Europa. En Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Tübingen, 2011, pp. 496 ss., p. 277). La unidad de fundamento de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en los casos de responsabilidad mancomunada no implica, sin embargo, que todos ellos se encuentren en la misma situación. Los modelos de imputación unitaria dejan espacio para distinciones en la medida de la responsabilidad de los intervinientes, aunque ellas «solo» puedan tener lugar en el plano cuantitativo.

De la contraposición entre los modelos individualistas, como el del delito del partícipe, y los modelos colectivistas, como los que se acaba de examinar, surge el siguiente dilema: si se sigue la perspectiva individualista, se salva el postulado de la responsabilidad individual a costa de excluir del Derecho penal la responsabilidad mancomunada; si, en cambio, se da preferencia a un esquema colectivista, se pone en peligro la idea de que solo la responsabilidad individual puede fundar el reproche y el castigo penal. OROZCO LÓPEZ sostiene que este dilema solo será superado en la medida en que se logre reconciliar los extremos en una unidad superior (p. 240). A esta tarea se dedica la parte propiamente constructiva del trabajo.

III.

Para bien o para mal, el punto de partida de esta reconstrucción de los presupuestos de la responsabilidad mancomunada no es el derecho positivo, ni una investigación histórica sobre las bases de la regulación legal, ni un análisis de las constelaciones de actuación conjunta que permita identificar la estructura de los deberes subyacentes a cada una en orden a la evitación de la realización típica (una propuesta en este sentido puede verse en VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlin, 2006, esp. pp. 209 ss.), sino una investigación filosófica basada principalmente en el pensamiento de Elisabeth STRÖKER (*Ich und die anderen – Die Frage der*

Mitverantwortung, Frankfurt a.M., 1984), a la cual se dedica el primer apartado de la Sección D. Conforme a este planteamiento, habría que distinguir entre dos «situaciones de corresponsabilidad» o actuación conjunta: «yo junto a los otros» y «yo en conjunto con los otros». En la primera se trataría de casos de actuación conjunta en un esquema horizontal, mientras que en las segundas estaría presente un elemento jerárquico. En ambos casos la actuación conjunta daría lugar a una «responsabilidad total» (*recte*: responsabilidad por el hecho total), pero que ha de limitarse según la magnitud de la conducta de cada uno. Esta responsabilidad de todos, en efecto, no diluye las responsabilidades individuales, pues la pertenencia al colectivo no suprime la propia individualidad.

Resulta difícil no coincidir con estas reflexiones de STRÖKER, que en su generalidad se limitan a confirmar los hallazgos obtenidos con bastante mayor precisión a través de la investigación dogmática. Por lo mismo, me cuesta ver en ellas el valor fundante que les atribuye OROZCO LÓPEZ. Peor aún, la abstracta generalidad de estas consideraciones, que entre otros muchos aspectos dejan fuera de consideración, por ejemplo, el principio o criterio en virtud del cual se produce precisamente la fusión de ámbitos de responsabilidad, parece obstaculizar más que ayudar al propósito de la investigación. A veces las palabras ejercen una extraña fascinación sobre nosotros, y nos parece que la resonancia de las múltiples asociaciones que despiertan y la combinación de sus significados pueden ocupar el sitio que corresponde a una genuina fundamentación. Que el camino de la ciencia penal discurre, sin embargo, por otro lugar, es algo que el mismo OROZCO LÓPEZ demuestra en las otras secciones del trabajo.

En efecto, en los apartados siguientes el autor desarrollará en detalle el modelo de responsabilidad mancomunada que constituye el núcleo de su propuesta. De un modo consistente con los hallazgos de su investigación, no será un modelo individualista ni colectivista, sino de responsabilidad mancomunada. Será, además, un modelo unitario y no dualista, es decir, uno que contempla las mismas estructuras de imputación tanto para la autoría como para las formas de participación en sentido estricto. Y, finalmente, será un modelo en dos niveles, es decir, uno que distingue entre la imputación de la responsabilidad personal mancomunada, por una parte, y la cuantificación de la responsabilidad personal, por otra. En síntesis, la atribución de responsabilidad mancomunada obedecerá a la constatación de que todos los actores *perseguían un fin común*; la magnitud de su responsabilidad dependerá, en cambio, de la medida en que cada uno ha influido en los demás y en la configuración del suceso típico.

El criterio fundamental consistente en la *persecución de un fin común* es objeto de un amplio desarrollo, que comienza con un esfuerzo de «legitimación» del criterio mismo sobre la base de reflexiones provenientes de la teoría de la acción. Aunque todas ellas son interesantes, uno se queda con la impresión de que, como suele ocurrir en este ámbito, su capacidad explicativa depende en gran medida de la transparencia de las intenciones de los agentes –que en muchos contextos con relevancia penal es más bien escasa–, de la posibilidad de aislar operativamente unas intenciones de otras, y, desde luego, de que los agentes «persigan» el fin delictivo. El problema es que, visto desde los fines individuales, cada conjunto de acciones se puede complicar virtualmente hasta el infinito (utilizando el ejemplo de la página 261: una persona puede apurarse para llegar al supermercado para trabajar y, al mismo tiempo, para hurtar en él o alcanzar una decena de otros objetivos). Salvo cuando se trata de las acciones más cotidianas y automáticas, rara vez una persona despliega una conducta teniendo en mente un solo objetivo. Y en lo que respecta a la «persecución» de un fin –la expresión necesariamente evoca lo que la comprensión finalista tardía consideraba como forma básica del dolo–, el ejemplo de JAKOBS citado en la página 255 es muy elocuente: el poseedor de un arma se la entrega a alguien que está decidido a matar a un tercero, mientras le aclara enfáticamente que a él no le incumbe en absoluto lo que se haga a continuación con esa pistola.

Por todo esto, en Derecho penal es indispensable atender al significado social de las conductas, lo que OROZCO LÓPEZ hace cuando pasa a ocuparse del sentido del hecho en los casos de responsabilidad mancomunada. Esta reacción es algo tardía, pues tampoco la conducta individual puede interpretarse en Derecho penal desde un modelo que privilegia la dotación subjetiva de sentido, al menos mientras la imputación considere una fase de *applicatio legis ad factum*. Puede no ser incorrecto decir que la unidad del hecho procede de un fin común, pero es importante precisar desde un comienzo cómo se determina el fin relevante. Las visiones subjetivistas, aunque sean moderadas, se ven enfrentadas tarde o temprano a la inconsecuencia. El planteamiento de DOLD (*Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Tübingen, 2017, pp. 74 ss.), que el autor suscribe, es ilustrativo al respecto, pues propone un *test* conforme al cual el agente persigue con otros un fin común cuando no tiene razón alguna para ejecutar su aporte si es que no se tiene a la vista el resto del plan, es decir, la ejecución de los aportes de los demás. Lo decisivo aquí es la perspectiva de enjuiciamiento acerca de qué «razones» son relevantes. Quien recibe un pago por contribuir a un delito puede tener una razón para realizar ese aporte y resultar completamente indiferente que los demás realicen el suyo. No obstante, lo decisivo es el sentido de ese aporte desde una perspectiva social o, cuando menos, intersubjetiva. En la última parte de su desarrollo, destinada a «redondear» (p. 265) el criterio de la persecución de un fin común, OROZCO LÓPEZ se decanta por un modelo de interpretación social. Es una decisión correcta, pero no parece suficientemente favorecida por la argumentación previa.

A continuación, el autor despliega un significativo esfuerzo por concretar o precisar el criterio de la persecución de un fin común con ayuda de reflexiones de SEHON, desde la teoría de la acción. La conducta del agente debe ser, en primer lugar, un medio adecuado o al menos comprensible con miras a la obtención del fin, el cual, a su vez, ha de consistir en un hecho delictivo. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, la obtención del fin delictivo debe constituir la mejor interpretación disponible de la conducta. Respecto de este último criterio, el autor precisa que basta la subsistencia de una interpretación alternativa y plausible para excluir la presencia de una responsabilidad mancomunada. Dejando aparte una cierta circularidad que parece ser inherente a todos los planteamientos que atienden al sentido social de los hechos o las conductas, ambos criterios se muestran útiles cuando se aplican al análisis detallado de diversas constelaciones de intervención en el contexto de aparatos organizados de poder. Esta aplicación es coherente y previsible, lo que habla a favor de la plausibilidad del modelo de análisis propuesto por el autor. El caso más representativo es, probablemente, el de la responsabilidad del personal de apoyo o *backoffice* por los delitos de genocidio cometidos en los campos de concentración nacionalsocialistas, donde el planteamiento del autor da sustento dogmático a las soluciones jurisprudenciales, que atienden principalmente a la distinción entre campos de exterminio y campos multifuncionales. Solo en el caso de estos últimos se requeriría la prueba de una intervención concreta en conductas directamente encaminadas al exterminio. El ejercicio demuestra una vez más la limitada capacidad de rendimiento de las teorías filosóficas de la acción –usualmente dependientes de la dotación subjetiva de sentido por parte del agente–, pues aquí lo realmente decisivo es la definición de la naturaleza y finalidad de los respectivos campos de concentración.

Una vez establecido que en los casos de actuación conjunta ha de operar un modelo unitario de fundamentación de la responsabilidad respecto de todos los intervinientes, uno de los principales desafíos que debía afrontar la investigación era identificar y desarrollar criterios que hicieran posible graduar la responsabilidad de los diversos actores. Esto resultaba además particularmente necesario atendida la estructura jerárquica o al menos escalonada de los aparatos organizados de poder. A esta tarea se dedica el último apartado del libro, que trata del segundo nivel del modelo de responsabilidad mancomunada. Un aspecto debe ser, sin embargo, previamente destacado. El autor afirma que una consecuencia de la aplicación de un modelo unitario de fundamentación de la responsabilidad en los casos de actuación conjunta es que

todos los actores son responsables de lo mismo, a saber, de la realización del tipo (p. 294), y que esto podría ser un problema para la idea de cuantificación individual de la responsabilidad. Pues, si todos responden de lo mismo, cabe preguntarse qué podría justificar la asignación de cantidades diversas de responsabilidad, o bien, tal como lo formula OROZCO LÓPEZ, si la pregunta acerca del objeto por el cual se responde condiciona la pregunta sobre la medida de la responsabilidad.

Sin embargo, ya la formulación de esta pregunta y su antecedente resultan algo desconcertantes, pues las cosas ocupan las posiciones respectivamente opuestas en la realidad. *Porque* lo único susceptible de imputación penal es la realización típica, la responsabilidad de todos los intervinientes es accesoria o mancomunada y debe construirse conforme a un modelo capaz de dar cuenta de las particularidades de la actuación conjunta. Como se apuntó más arriba, el trabajo no es del todo claro respecto de cuál es el objeto de la imputación, si los aportes individuales –lo que proporciona un lugar destacado a las acciones ejecutivas– o el hecho total. Esta falta de claridad se manifiesta también aquí, pues la adopción del modelo de la actuación conjunta es el resultado de considerar que lo único que ha de ser imputado a todos es la realización típica, con lo cual necesariamente pierde relevancia la constatación de quién realizó el último movimiento corporal, la última acción ejecutiva. Así también, la misma pregunta acerca de si el objeto por el cual se responde condiciona la medida de la responsabilidad individual resulta extraña en un modelo de imputación unitaria del hecho, pues la respuesta no puede ser sino negativa, ya que todos responden por lo mismo, la realización típica.

Un asunto diverso es que nada de esto obsta a la posibilidad y necesidad de establecer algunas diferencias cuantitativas. La realización típica y la responsabilidad mancomunada por ella tienen ciertamente una dimensión abstracta –que en el ámbito jurídico suele operar bajo una codificación binaria–, pero, en la medida en que existen realmente en el mundo, tienen también una dimensión concreta y graduable (HEGEL, *Grundlinien* §§ 96, 214). Esta dimensión puede ser captada, propone OROZCO LÓPEZ, mediante el esquema atributivo-ordinal del tipo como caracterización o figuración, por oposición al esquema clasificatorio del tipo como definición de propiedades, apto para la subsunción y la clasificación. Bajo ese esquema –que en la teoría de la intervención delictiva cuenta con destacados precursores en los trabajos de BLOY, STEIN, SCHMIDHÄUSER y del propio ROXIN–, el autor desarrolla una serie de distinciones altamente plausibles, que a mi juicio constituyen uno de sus principales aportes. Haciendo fructificar algunos de los hallazgos de su investigación, OROZCO LÓPEZ propone un sistema que descansa en las dimensiones que podrían hacer commensurables los diversos grados de responsabilidad. De este modo identifica como irreductibles las figuras o tipos de caracterización que traduzco ahora libremente como «influjo sobre los codelincuentes» y «modelamiento del suceso típico».

La intensidad o debilidad del influjo sobre los demás actores se estructura siguiendo la amplia discusión sobre los límites de la inducción, especialmente respecto de la así llamada «complicidad intelectual». Por otro lado, la mayor o menor intensidad del modelamiento del suceso se trabaja aprovechando la también amplia discusión sobre la «esencialidad» del aporte para que pueda servir de base a la afirmación de una coautoría conforme a los cánones de la teoría del dominio del hecho. La conjunción de estos factores da lugar a un modelo que reconoce tres grados de intensidad en la configuración del hecho. Que este modelo permite una fundamentación más precisa y diferenciada de los grados de responsabilidad, en comparación con el rendimiento de las concepciones tradicionales, queda de manifiesto al aplicarlo a la responsabilidad individual de quienes forman parte de un aparato organizado de poder. Esta fundamentación no solo es compatible con el derecho vigente, sino que constituye una propuesta sistemáticamente coherente para dar contenido a las distinciones que contempla la propia ley.

La tesis doctoral de Hernán OROZCO LÓPEZ es una lectura altamente recomendable para simpatizantes y opositores de la doctrina de los aparatos organizados de poder como forma de autoría mediata. La investigación da cuenta detallada del estado de la discusión, y lo hace de un modo preciso, atractivo y en general *charitable*, utilizando además un lenguaje prolijo y claro que facilita considerablemente la lectura. Tanto en su parte crítica como en su parte constructiva destaca el esfuerzo de OROZCO LÓPEZ por presentar el núcleo de los problemas y de las propuestas de solución, sin escatimar esfuerzos para argumentar paso a paso sus propias opciones. Me parece advertir también en esto el benigno influjo de su *Doktorvater*, Michael PAWLIK, cuya sapiencia y dedicación están consiguiendo dar forma a una escuela dotada de un sello tan propio como promisorio para la dogmática penal.

El trabajo consigue, en mi opinión, presentar una propuesta altamente plausible para el establecimiento y graduación de la responsabilidad penal de los integrantes de una estructura jerárquica que responda a la caracterización de lo que se ha denominado aparatos organizados de poder. El mérito de esta propuesta salta a la vista cuando se revisan las secciones del libro en que el autor aplica el modelo a una serie de casos en los cuales se ha utilizado la figura. Sin embargo, también quedan algunas preguntas sin responder. Una de ellas es, nada menos, qué ha de entenderse por aparato organizado de poder y si es posible seguir utilizando esta expresión en un sentido jurídico-penal. Como el autor demuestra a lo largo del libro, la intervención delictiva es la imputación de un hecho a varias personas en forma mancomunada. Si la figura de los aparatos organizados de poder está concebida como una modalidad de autoría mediata, entonces responde al modelo de la imputación individual. Desde esta perspectiva, el aparato organizado de poder no es más que una noción criminológica, útil para la descripción de ciertos fenómenos de criminalidad organizada, pero en sí misma carente de relevancia para el establecimiento de las relaciones de intervención delictiva. Estas relaciones serán de coautoría, inducción o complicidad, igual que en los demás casos de codelinquencia en el marco de grupos organizados. La tesis de OROZCO LÓPEZ pretende, entonces, poner fin al aparato organizado de poder como estructura de imputación.

InDret

1.2020

Miguel Sarre/Gerardo Manrique, Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2018, 512 páginas

Mateo Bermejo
Universidad Nacional de San Juan

Martina Hertlein
Universidad Nacional de Cuyo

-

Miguel SARRE es Profesor de Derecho en el ITAM en la Ciudad de México y fue miembro del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, mientras que Gerardo MANRIQUE es Defensor Público Federal de México. En su libro titulado *Sistema de justicia de Ejecución Penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México* los autores detallan en profundidad las últimas reformas mexicanas en ejecución penal, cuyo análisis estructuraron en ocho capítulos y un anexo.

En el Capítulo I, «El nuevo sistema de justicia de ejecución penal en México», los autores destacan la reforma constitucional del año 2008 por introducir el sistema acusatorio y sentar principios de oralidad, publicidad, contradicción, continuidad e inmediatez de los procesos. Sin embargo, en la etapa de ejecución estos principios no se trasladan automáticamente, sino que ameritarían, una adecuación por sus características especiales. En cuanto al rol del juez cuestionan los autores el texto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre «Principios rectores», en cuanto a sus facultades como juez de control de oficio, ya que ello colisiona con la división de poderes y menoscaba la independencia e imparcialidad de los jueces. Es que, en vez de parcializar al juez, convirtiéndolo en vigilante, se precisa favorecer el acceso a la jurisdicción mediante la garantía de la defensa pública y la colocación de los servicios periciales y de investigación al alcance de esta. Además, y como un aporte positivo para la ejecución, el nuevo sistema exige constitucionalmente que la justicia de ejecución penal sea especializada (lo que constituye también un derecho a ella), y requiere de dedicación exclusiva de los jueces.

En el Capítulo II, con el título «Panorama general sobre la evolución del derecho de ejecución penal mexicano», se pone especial foco en que la ejecución penal tiene como objetivo el cumplimiento, sin exceso ni defecto, de las resoluciones judiciales derivadas de la instancia declarativa del proceso y en la necesidad de secularización de la ejecución penal, siendo este su aspecto más novedoso, pues aquí se abandona la lógica de los beneficios penitenciarios, propios de un sistema progresivo, y de estímulos para quienes evidenciaran efectiva readaptación social, lo que se acreditaba con informes de las distintas áreas de los centros y estudios de personalidad, y se consagran los llamados beneficios constitucionales propios del modelo de la reinserción social que la reforma legislativa tiene como principio. Ahora bien, resulta relevante destacar que, en relación con el fin de la pena, los autores cuestionan la referencia de las «Reglas de Mandela» sobre el tratamiento penitenciario (propio del sistema anterior) e incluso los propios términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en razón de que estos documentos sostienen que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la *reforma* y la *readaptación* social de los penados (todos postulados correccionalistas) y plantean como noción superadora la *reinserción social*. Sin embargo, consideramos que quedan interrogantes por responder, ya que no resultan claras las razones que justificarían eliminar, por ejemplo, las salidas transitorias, y conservar

derechos como la libertad condicional, que requiere el cumplimiento de la normativa que rige la vida en prisión.

Por otra parte, en el Capítulo III, titulado «Subordinación de la ejecución penal a los fines del derecho penal», se establece que la función legislativa debe sujetarse exclusivamente a principios como el de lesividad (que la conducta cause algún daño a alguien) o de proporcionalidad (lo que obliga a que se excluyan fines terapéuticos, correctivos o morales de la pena). En consecuencia, las oportunidades de trabajo, capacitación, educación, salud, etc., constituyen derechos humanos, y no medios para lograr que el sentenciado no vuelva a delinquir, por lo que durante la ejecución de la privación de la libertad por causas penales (lo que incluye a la prisión preventiva) no existen programas tendentes a lograr cambios en la persona sino *planes de actividades*, que sustituyen al *tratamiento técnico, progresivo e individualizado* que constituía la columna vertebral del sistema depuesto.

Con relación al capítulo anterior, los autores en el Capítulo IV, titulado «Derechos sustantivos en la ejecución penal» introducen otro de los ejes fundamentales de la reforma, la consagración del «plan de actividades» como noción contrapuesta al tratamiento penitenciario. Este plan de actividades es entendido como el medio para armonizar los derechos humanos de todas las personas privadas de libertad con la gobernabilidad del centro. El conjunto de derechos tiene por propósito garantizar condiciones de internamiento que armonicen con el respeto a la autonomía de la persona y el mantenimiento de la seguridad, orden y gobernabilidad de los centros, lo que constituye el bien común carcelario. En definitiva, lo que se toma en cuenta en el nuevo sistema de justicia de ejecución penal mexicano es el cumplimiento del plan de actividades y no su contenido, es decir que el objetivo del instrumento no es alcanzar una meta relacionada con la obtención de la libertad, como sería alcanzar ciertas notas o grado de escolaridad, sino, por un lado, el cumplimiento de los deberes implicados en el compromiso asumido por la persona privada de libertad en el plan de actividades y, por otro, favorecer el ejercicio de la autonomía personal por medio de la conformación del proyecto de vida de la persona mientras se encuentre en reclusión. Se parte del supuesto de que, en prisión, al igual que en libertad, la realización o no de una actividad que no se encuentra prohibida es jurídicamente intrascendente, ya que las personas no están obligadas a cambiar o mejorar: con base en el derecho a la autodeterminación, la no realización de actividades educativas o laborales no puede impedir el acceso a los beneficios constitucionales. En todo caso el incumplimiento del plan de actividades acordado entre la persona interna y la autoridad administrativa acarrearía una sanción disciplinaria en la medida en que con ello afecte a los bienes jurídicos propios de la reclusión, como por ejemplo obstruir el normal desenvolvimiento en la prestación de los servicios.

Por ello, debe entenderse la educación como un derecho humano y no como un eje para la reinserción social, por lo que los derechos detallados tampoco pueden considerarse como privilegios dosificables en la medida que las personas avanzan bajo los parámetros del régimen progresivo, lo que resulta en este aspecto claramente compatible. Por otro lado, sería interesante establecer un diálogo con la idea que postulan los autores respecto de la eliminación de estímulos o incentivos, pues diversos estudios sobre reincidencia evidencian que, por ejemplo, programas relacionados con delitos de agresión sexual o violencia de género pueden tener efectos favorables para evitar la reiteración delictiva, lo que quizás no podría alcanzarse de no ofrecerse incentivos (lo que, por su parte, redundaría en beneficio del condenado y de la sociedad toda, incluso quizás con mayor valor que acatar normativa carcelaria que puede presentarse como totalmente irrelevante para la vida en libertad, tal como contar con un teléfono móvil). Por último, también resaltan los autores derechos de otras personas vinculadas a la ejecución, tales como visitantes (no trascendencia por el tipo de delito cometido por la persona privada de libertad o por la comisión de infracciones disciplinarias, etc.), abogados defensores (al libre

ejercicio de la profesión, a desempeñar sus funciones sin intimidación, entre otras) y observadores (a ingresar, acceder a información, etc.).

Ahora bien, en cuanto al modo de hacer efectivos los derechos, en el Capítulo V, titulado «Procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales», se detallan las reglas para la realización de los procesos, en donde el derecho de acceso a la justicia es la llave para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos.

Posteriormente en su Capítulo VI, abordan los «[b]eneficios constitucionales: pena mínima ordinaria y pena máxima posible», como derechos que se tienen y no que se obtienen, donde el mínimo ordinario en delitos culposos es libertad sin reglas al 50 % de la condena; en los delitos dolosos libertad, también a la mitad de ejecución de la pena, pero con reglas, y definitiva al 70 % de la ejecución de la pena (siempre y cuando la persona no cometa infracciones disciplinarias que extiendan ese plazo), siendo la ejecución de la pena impuesta el plazo máximo de privación de libertad. La postura novedosa de los autores en este aspecto es que cuestionan la vigencia en la reciente reforma de la libertad condicional como resabio del sistema de readaptación social anterior.

En el Capítulo VII, con el título «Del derecho de las personas privadas de libertad a ser adecuadamente ubicadas y de los traslados», refieren los autores que no solo se debe regular cuánta pena establecer, sino cómo y dónde se cumple, enfocándose en el análisis del derecho específico de las personas privadas de libertad a ser adecuadamente ubicadas, considerando el derecho al centro natural, a modo de una analogía con la garantía del *juez natural*. Asimismo, el alojamiento dentro del centro penitenciario no obedece a criterios de readaptación o progresividad, sino que la ubicación se da en función de criterios de racionalidad y gobernabilidad, abandonándose así los estudios de personalidad y clasificación en función de criterios de peligrosidad o ubicación según la etapa del régimen. Por su parte, la determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro a otro está reservada al Poder Judicial.

En el Capítulo VIII, titulado «Derechos de las víctimas del delito e intervención del Ministerio Público en la ejecución penal», se abordan derechos de las víctimas, tales como el de reclamar la reparación del daño y la reparación integral, a la verdad, a cuestionar situaciones de impunidad, al acceso a la jurisdicción, al cumplimiento pleno de las resoluciones, a recibir atención médica y psicológica, a recibir asesoría jurídica, entre otros. Respecto al Ministerio Público Fiscal, su función consiste en evitar la impunidad mediante la plena ejecución de las resoluciones judiciales (luchando contra los privilegios tan frecuentes en América Latina), además de su función de investigar y perseguir los delitos cometidos en las prisiones, intervenir por la reparación del daño a la víctima del delito, requiriéndose de especialización (al igual que respecto de la defensa y el juez) con una ubicación lo más cercana posible a los centros de reclusión y a los juzgados.

En conclusión, la reforma mexicana aparece como sumamente novedosa en particular en cuanto se pasa del criterio de la readaptación social a la reinserción social, abandonando la idea que las personas constituyen objetos de tratamiento, donde el avance en el régimen progresivo y el acceso a beneficios penitenciarios dependía de que evidenciaran efectiva readaptación social (contando para ello con estudios de personalidad), y frente a ese modelo se presenta el de los, así llamados, «beneficios constitucionales», donde el cumplimiento de la normativa carcelaria (en cuanto hace a la gobernabilidad del centro) y fundamentalmente la consagración del «plan de actividades» aparece como noción contrapuesta al de «tratamiento penitenciario», entendiendo que el trabajo, la capacitación, educación, salud, entre otros, constituyen derechos humanos no dosificables según la etapa del régimen en que se encontraban y sin entenderlos como medios para lograr que el sentenciado no vuelva a delinquir.