

Coordinadores

Andrés Falcone | Miguel Polaino-Ortiz

Ken Eckstein | Ciro Cancho Espinal

Eduardo Saad-Diniz

AUTORES DETRÁS DEL AUTOR

Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder

AD·HOC

Primera edición
MARZO 2018

Foto de tapa:

Detalle de *"Flötenkonzert Friedrichs des Großen in Sanssouci"* (1852)

Adolph von Menzel (1815-1905)

Óleo sobre lienzo, 142 x 205 cm

Autores detrás del autor: Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder / Edgardo A. Donna... [et al.]; coordinado por Andrés Falcone... [et al.].
1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.
670 p.; 23x16 cm.

ISBN: 978-987-745-102-3

I. Derecho Penal. I. Donna, Edgardo A. II. Falcone, Andrés, coord.

CDD 345

DIRECCIÓN EDITORIAL
DR. RUBÉN O. VILLELA

© AD-HOC SRL
Viamonte 1450 · C1055ABB · Buenos Aires · Argentina
Tel./Fax (54 11) 4371 0778/6635 · 4372 6401
info@editorialadhoc.com
www.editorialadhoc.com
www.facebook.com/editorialadhoc

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial

Esta edición se terminó de imprimir en marzo de 2018 en Bibliográfica de Voros S.A.,
Barzana 1263, Buenos Aires. www.bibliografika.com

DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL HECHO

CLAUS ROXIN*

1. El desarrollo del dominio de la organización hasta 1994

El “dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder” constituye hoy en día un tema central de discusión en la teoría de la autoría. Como forma de aparición de la autoría mediata, esta teoría fue desarrollada en los años sesenta del siglo pasado, por primera vez por Friedrich-Christian Schroeder, el apreciadísimo homenajeado, y por el autor de esta contribución hecha en su honor. El punto de partida fue mi clase inaugural en Gotinga el 5 de febrero de 1963.¹ Su idea central era que en casos como los que eran materia del caso “Eichmann”, que en ese entonces se estaba ventilando en Jerusalén, la autoría mediata “se basa en la especial forma de actuación del aparato que está a disposición de los hombres de atrás. Tal organización desarrolla una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros. Ella funciona de todos modos, de manera ‘automática’, sin importar la persona individual del ejecutante”.²

* Título original: “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, publicado en *Festschrift für F.C. Schroeder*, Heidelberg, 2006. Traducción: Manuel A. Abanto Vásquez.

¹ “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, publicado en *GA*, 1963, pp. 193 y ss. El que todavía en ese entonces tal tema era considerado como un asunto político, puede verse en el hecho de que la revista *Juristenzeitung* hubiera rechazado anteriormente su publicación; aquella fue la única vez que ocurrió algo semejante en toda mi carrera de jurista y escritor. El texto pasó luego a conformar, en sus partes esenciales, el capítulo 24 de mi trabajo de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963; 7ª ed., 2000, pp. 242 y ss. [n. d. t.: la traducción española, basada en la 7ª ed. alemana, se titula *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, 2000; la octava edición alemana aparecerá a mediados de 2006].

² *GA*, 1963, p. 200 (traducción libre).

En su libro publicado dos años más tarde (*Der Täter hinter dem Täter*, 1965), Schroeder concordó conmigo en el resultado (la admisión de una autoría mediata) y profetizó a mi construcción “debido a su cautivante simpleza y su limpia clasificación sistemática ... una considerable influencia”.³ Pero él siguió otra vía de fundamentación, apoyando la autoría mediata en el empleo de alguien que estaba condicionalmente decidido a cometer el hecho.⁴ “Se presenta tal aprovechamiento cuando la ejecución de la intención solamente depende de una condición que lleva a cabo el hombre de atrás... Con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero” [traducción libre].

En las décadas posteriores se ha impuesto ampliamente en la literatura el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder; la figura jurídica también ha jugado un papel en el extranjero en el juzgamiento de la junta de militares en la Argentina.⁵ No obstante, en la praxis jurídica alemana no fue aplicada esta figura pese a que hubiera podido muy bien recurrirse a ella en el juzgamiento de los crímenes violentos del régimen nacionalsocialista. Pero, su inobservancia en el juzgamiento de los delitos cometidos durante la Posguerra en la Alemania occidental, se correspondió plenamente con mi tesis de que el dominio de la organización presupone un aparato que, en la realización de tipos penales, se haya separado en su totalidad del derecho, de tal manera “que la forma estructural del dominio de la organización apenas puede presentarse en la práctica en el marco de una comunidad intraestatal regulada por el Estado de derecho”.⁶ Después de todo el Tribunal Federal alemán [en adelante: TFA o, por sus siglas en alemán: BGH], ya en 1988, había expresado su simpatía por la doctrina que “para los casos del delito organizado por un aparato de poder reconoce una ‘autoría detrás del autor’ sin considerar la plena responsabilidad jurídica del actor” (sentencia del BGH, t. 35, p. 353).

2. El éxito del dominio de la organización en la jurisprudencia

El gran cambio se produjo en 1994 con una sentencia de la 5ta. Sala penal del TFA (sentencia del BGH, t. 40, p. 218). El TFA condenó a los miembros

³ *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 167 y s.

⁴ Ídem, p. 168; en la cita que sigue [traducción libre]: p. 150.

⁵ Comp. las refs. en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., 7ª ed., pp. 677 y s., n.m. 78, notas 449, 450 [en la edición española: p. 724, notas 449 y 450].

⁶ Ídem, 1ª y 7ª eds., p. 252.

del Consejo Nacional de Defensa de la fenecida República Democrática Alemana como autores mediatos de los disparos dolosos contra los fugitivos que cruzaron el "Muro", pese a que el Tribunal consideró como autores inmediatos plenamente responsables a los soldados de frontera de la RDA que habían realizado los disparos mortales. En la fundamentación, el Tribunal recurre a los planteamientos que Schroeder y yo habíamos desarrollado hace 30 años⁷ y cuyas tesis principales ya han sido citadas arriba.

Mi idea de la forma de actuación del aparato criminal que posibilita la realización del tipo de manera casi automática, reaparece en las formulaciones del TFA que ahora ya pueden ser vistas como "clásicas": "Pero existen grupos de casos en los cuales, pese a un intermediario del hecho, que actúa de manera plenamente responsable, la contribución del hombre de atrás lleva casi de manera automática a la realización del tipo que este hombre de atrás pretende. Ello puede ocurrir cuando el hombre de atrás, mediante estructuras organizativas, se aproveche de determinados contextos, dentro de los cuales su contribución hacia el hecho desata cursos regulares" (sentencia del BGH, t. 40, p. 236) [traducción libre]. Pero el TFA incluye a continuación también el planteamiento de Schroeder cuando dice enseguida: "En tal caso, cuando el hombre de atrás actúe conociendo estas circunstancias, aprovechándose, en especial, de la disposición incondicional del actor inmediato a completar el tipo ... será autor en la forma de autor mediato" [traducción libre].⁸

Mientras que el TFA trabaja con los primeros argumentos expuestos sin hacer citas, invoca a Schroeder para la consideración adicional de que el rechazo de una autoría no haría justicia "al peso objetivo de la contribución prestada por el hombre de atrás, sobre todo porque, con frecuencia, la responsabilidad no disminuye sino aumenta con la mayor distancia que se tenga del lugar de los hechos". Por cierto que esta consideración había sido expuesta primero por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso "Eichmann", y yo la había citado, aprobándola, en mi primer trabajo sobre el tema:⁹ "La magnitud

⁷ Comp. al respecto mis observaciones en *JZ*, 1995, p. 49 y el artículo de SCHROEDER, Friedrich-C., "Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis", *JR*, 1995, p. 177, en el cual, unilateralmente, acoge el fallo del TFA en favor de su teoría.

⁸ Ciertamente el TFA habla de una "disposición incondicional" mientras que Schroeder se basa en una "resolución condicionada hacia el hecho". Pero Schroeder aclara acertadamente que con esta condicionalidad él habría querido "solamente referirse a la pendiente producción de la resolución hacia el hecho que por lo demás ya había sido tomada, para lo cual sería suficiente, en esencial, con que se dé una señal de que el hombre de atrás va a entrar en acción" (ob. cit., p. 179) (traducción libre).

⁹ *GA*, 1963, p. 202. También Schroeder se refiere, en el lugar mencionado por el BGH (*Der Täter hinter dem Täter*, cit., p. 167; en el fallo del TFA se cita erróneamente la p. 166), expresamente al fallo de Jerusalén y menciona mi toma de posición favorable.

de la responsabilidad crece, más bien, mientras más se aleje uno de aquel que maneje el arma asesina con sus propias manos, y llegue a los niveles de mando más elevados...”.

3. El desarrollo de la discusión desde el fallo del TFA

Desde entonces la literatura sobre el dominio de la organización ha alcanzado una amplitud casi inabarcable.¹⁰ Pero en ello, la relativa unanimidad a la que se había llegado en las décadas anteriores, con el discurrir de la discusión ha cedido a una maraña de divergentes posiciones que han procurado alguna validez incluso a soluciones aparentemente obsoletas. No solamente se defiende otra vez y con insistencia, además de la autoría mediata, la admisibilidad de una coautoría o una inducción por parte del hombre de atrás; también se exponen una y otra vez nuevas variantes de fundamentación para admitir una autoría mediata, y, al mismo tiempo, van en aumento los análisis críticos de los criterios originariamente desarrollados por Schroeder y por mí.

En el marco de un trabajo de magnitud limitada como el presente no es posible acoger la discusión actual en toda su extensión.¹¹ Por ello, las soluciones de la coautoría y la inducción van a ser tratadas resumidamente, mientras que el mayor peso de mi exposición va a centrarse en las opiniones divergentes sobre la fundamentación de una autoría mediata y el desarrollo de los esfuerzos posteriores que he hecho para sostener esta solución. Esto se justifica no solamente por el motivo actual del Libro-Homenaje, que busca obviamente un constructivo intercambio de opiniones con el homenajeado (llegando a incluir su propuesta de soluciones dentro de mi propia concepción), sino también por el estado actual del debate científico. Y es que, pese al compromiso con el cual se defienden las tesis de la coautoría y la inducción, no puede pasarse por alto que la admisión de una autoría mediata, defendida primeramente por Schroeder y por mí para constelaciones de tal tipo, es la que hasta hoy en día tiene, de lejos, la mayor cantidad de partidarios.

¹⁰ Me voy a ahorrar hacer una cita detallada de todas las contribuciones remitiendo al listado de la literatura más importante que he hecho en el tomo 2 de mi manual *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2003, § 25, pp. 105 y ss., así como en la octava edición de mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., [n. d. t.: la novena edición alemana fue publicada el 2015; en español se publicó una segunda edición a partir de la 7ª ed. alemana en el 2000].

¹¹ Comp. al respecto mis exposiciones señaladas en la nota 10, en las cuales también cito otros trabajos míos sobre el tema.

Para citar solamente dos comentarios representativos: para Schönke/Schröder/Cramer/Heine,¹² “en tanto se trate de aparatos organizados de poder que se hayan separado, como un todo, de las normas del derecho, debe seguir rigiendo la autoría mediata” [traducción libre]. Y Joecks¹³ dice en el *Münchener Kommentar* [Comentario Muniqueés]: “El dominio del hecho a través de ‘aparatos organizados de poder’ se presenta como una tercera forma autónoma de la autoría mediata. Ella es el prototipo para una constelación del ‘autor detrás del autor’ y ha sido ampliamente reconocida en la literatura y la jurisprudencia. Pocas voces se alzan en contra de esta construcción” [traducción libre]. Y también las tres monografías especiales sobre el tema de Langneff (2000),¹⁴ Schlösser (2002, publicada en 2004)¹⁵ y Urban (2003, publicada en 2004),¹⁶ que han sido entretanto publicadas, pese a todas sus divergencias en lo particular, coinciden en partir de la admisión de una autoría mediata en los casos de dominio de la organización.

4. La solución de la coautoría

Pese a que renombrados autores postulan esta solución,¹⁷ es posible comprobar lo siguiente: no se da ninguno de los presupuestos para admitir una coautoría entre el dador de la orden que se encuentra en la central de un aparato de poder y el ejecutante situado “en el lugar de los hechos” (p. ej., en los casos de asesinatos en campos de concentración o los tiradores del Muro).

No se presenta una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario de una decisión común, acordada entre los coautores. La “identificación en el objetivo común”, que es invocada por Otto,¹⁸ no es suficiente para ello. Y es que en la medida en que se pueda siquiera hablar

¹² SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; CRAMER, Peter, y HEINE, Günter, *StGB*, 26ª ed., München, 2001, § 25, n.m. 25a.

¹³ *MK-Joecks*, § 25, n.m. 123.

¹⁴ LANGNEFF, Katja, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Herzogenrath, 2000.

¹⁵ SCHLÖSSER, Jan, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlín, 2004.

¹⁶ URBAN, Carolin, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Gotinga, 2004.

¹⁷ En favor de la coautoría, BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich, y MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielefeld, 2003, § 29, n.m. 147; JAKOBS, Gunther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín, 1991, cap. 21, n.m. 103 y nota 190, 191; el mismo autor en *NSZ*, 1995, p. 27; JESCHECK, Hans-H., y WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 670; OTTO, Harro, *Grundkurs. AT*, 7ª ed., Berlín, 2004, § 21, n.m. 92; el mismo autor, “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, *Jura*, 2001, pp. 753 y ss.

¹⁸ OTTO, “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, cit., p. 759.

de ello frente a una motivación acaso totalmente distinta del ejecutante, también puede presentarse tal identificación en la relación del inductor o del cómplice con el autor. Y el argumento de Jescheck/Weigend¹⁹ sobre la conciencia, de que los hechos “deben ser emprendidos siguiendo las indicaciones de la dirección”, solamente puede transmitir la idea de que se tenga que ejecutar una orden, pero no fundamentar una resolución conjunta. La autoría se basa en la “obligación” recíproca y no en la sola vinculación unilateral del que recibió la orden. Falta la posición de igual rango en la toma de decisión, tal como es característica de la coautoría. El que el dador de la orden y el ejecutante, por regla general, ni siquiera se conozcan, y que tampoco se van a conocer alguna vez, hace que la admisión de una resolución conjunta aparezca como una ficción.²⁰

Pero falta también una ejecución conjunta del hecho. Y es que quien da la orden, no actúa para nada en la ejecución, ni siquiera hace una contribución al hecho en la etapa de la preparación. Esto no es suficiente para una comisión conjunta, ni siquiera después de la jurisprudencia que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. En caso contrario, podría sostenerse sin problemas incluso la coautoría del inductor. La coautoría es, según el reconocimiento general, una actuación conjunta con división de trabajo. Pero aquí no se puede hablar de eso porque el hombre con la palanca del poder no quiere ensuciarse las manos y deja que otros hagan el “trabajo”.²¹

5. La solución de la inducción

Más lógica que la autoría parece ser la admisión de una inducción, que, en los últimos años, ha encontrado nuevamente comprometidos defensores en

¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 670.

²⁰ Tampoco se puede renunciar a una resolución conjunta, tal como pretende JAKOBS (*Strafrecht. AT*, cit., cap. 21, n.m. 43), pues esta es un presupuesto de la “comisión conjunta” tal como exige el legislador en el art. 25, segundo párrafo del StGB. Comp., por lo demás, sobre esta concepción que también es defendida por algunos de los discípulos de Jakobs, en ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2, Múnich, 2003, § 25, n.m. 249 y ss.

²¹ También se manifiestan, de manera decidida, en contra de la coautoría las nuevas monografías de Schlösser y Urban. Para SCHLÖSSER (ob. cit., p. 363), la presencia de una autoría mediata, que él afirma, excluye “la posibilidad de una coautoría entre el hombre de atrás y el hombre de delante”. Para URBAN (ob. cit., p. 45), “en relación con las constelaciones clásicas de órdenes, en las cuales se manifiesta la soberanía de mando de instancias superiores, tal como es típico de los aparatos organizados de poder, se excluye la coautoría... como solución adecuada” [traducción libre].

Herzberg²² y Rotsch.²³ Y es que, después de todo, esta solución podría armonizar con el tenor del art. 26, StGB (determinación dolosa a un hecho doloso y antijurídico).²⁴ Pero ella contradice el peso que tienen la orden y la ejecución de la orden en aparatos de poder que trabajan fuera del derecho.

Un inductor no está en el centro de la decisión. Él produce la resolución hacia el hecho pero tiene que dejar en manos del inducido el ulterior desarrollo de los hechos, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina los acontecimientos. En el dominio de la organización esto es precisamente al revés: el hombre de atrás que está ubicado en la palanca del poder es quien decide sobre el "sí" del hecho, mientras que el ejecutor inmediato, mayormente, solo de manera casual cae en la situación concreta de la acción. Este ya no puede cambiar nada que sea esencial en el curso de los acontecimientos predeterminado por el aparato; en todo caso, solamente podría modificarlo. Incluso el negarse a ejecutar la orden, por regla general, no ayudaría en nada a la víctima porque, en ese caso, las bases de la organización, usualmente, van a asegurar que la orden sea ejecutada de todos modos.

Entonces, el hombre de atrás tiene, de lejos, el más grande "poder del hecho" y "dominio de la configuración", tal como ya había reconocido el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso "Eichmann". Las relaciones de dominio se invierten por completo cuando se considera al esbirro particular como actor principal y a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno. Este diagnóstico es tan evidente que incluso los defensores de la solución de la inducción apenas pueden negarlo. Pero cuando Herzberg²⁵ declara: "Tiene que abandonarse por completo el intento de determinar la autoría a través del poder real de dirección", con ello está abandonando la teoría del dominio del hecho como lo que es. Herzberg califica de "facticista"

²² HERZBERG, Rolf D., "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en AMELUNG, Knut (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 33 y ss. Véase la réplica de ROXIN, ibídem, pp. 55 y s., y la dúplica de HERZBERG, ob. cit., pp. 57 y ss.

²³ ROTSCHE, Thomas, "Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft", *ZStW*, 112, 2000, pp. 518 y ss.; ídem, "Neues zur Organisationsherrschaft", *NSiZ*, 2005, pp. 13 y ss.

²⁴ En favor de la inducción, también, KÖHLER, Michael, *Strafrecht. AT*, Berlín, 1997, p. 510, pero en su caso ello se debe a que él limita una autoría mediata, desde el principio, a casos en que se produzcan en el intermediario errores sobre hechos y causas de justificación. Al respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., 7ª ed., pp. 649 y ss. También Renzikowski definiendo la solución de la inducción. RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Heidelberg, 1997, pp. 87 y ss. Renzikowski basa su concepción en su entendimiento del principio de autonomía; al respecto ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., 7ª ed., pp. 664 y ss.

²⁵ HERZBERG, ob. cit., p. 48.

al centrarse en un poder real de dirección, y opone a esto un entendimiento normativo de la autoría que, supuestamente, hace que el organizador aparezca como un simple inductor.

Pero la misma idea del "dominio del hecho" es un principio normativo rector que se manifiesta de distintas formas y que, no obstante, no debe separarse obviamente de la base fáctica correspondiente a la imagen rectora. En cambio, si uno se empeña en que la "autonomía" del actor inmediato excluya un dominio del hecho del hombre de atrás, entendido normativamente, se violan con ello las circunstancias reales para favorecer un dogma distorsionador de la realidad.

6. ¿Autoría mediata como relación de dos personas o como dominio de la organización?

Con ello estamos ante el problema de fundamentar una autoría mediata de los hombres de atrás, la cual todavía no puede resultar sin más de un rechazo de la coautoría y la inducción. En favor de una autoría mediata de los hombres de atrás pueden esgrimirse dos posibles fundamentaciones de distinta firmeza.²⁶ Por un lado, se puede concebir la relación entre hombre de atrás e intermediario del hecho como una pura relación de dos personas, e intentar probar algún déficit de la autonomía en el ejecutante, que permita atribuir al hombre de atrás un dominio del hecho de mayor nivel. O se puede ver al aparato organizado de poder como verdadero instrumento del hecho, compuesto por un gran número de personas que, gracias a la forma estructurada de actuar del aparato de poder, garantizan la producción del resultado con tan alto grado de probabilidad que se puede hablar de un dominio del resultado a través del hombre de atrás, independientemente de la diferente situación individual que pueda tener cada uno de los actores.

Mi tesis es que, para fundamentar una autoría mediata, solamente resulta transitable la segunda vía.²⁷ Como criterios de la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder se hacen valer diferentes circunstancias; para mí, se trata de la "fungibilidad" del ejecutor inmediato y el "apartamiento del derecho" de la actividad de la organización; para Schroeder se trata de la resolución (condicional o incondicional) del ejecutante hacia el hecho.²⁸ Es

²⁶ Comp. también SCHLÖSSER (ob. cit., pp. 76 y ss.) quien, de manera parecida pero sin llegar a consecuencias totalmente idénticas, diferencia entre "dos corrientes básicas".

²⁷ En este sentido también BLOY, Rene, "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", GA, 1996, pp. 424 y ss. (440 y ss.); igualmente LANGNEFF, ob. cit., como en la nota 14, p. 92 y ss.

²⁸ Comp. más detalles arriba en 1.

muy discutible ya la cuestión de si los resultados resumidos a través de estos elementos resistirían un análisis empírico. Pero si uno se basara en ellos —su corrección será tratada más adelante—, se tendrá que reconocer que no posibilitan un dominio del ejecutante inmediato.

Así, Renzikowski²⁹ me concede sin más una “posibilidad garantizada” de la realización típica gracias a la intercambiabilidad del actor inmediato. Pero me objeta que “las acciones hipotéticas de terceros” no puedan fundamentar un dominio del actor inmediato. Esto es correcto desde la perspectiva de una relación de dos personas.³⁰ E igualmente es cierto que el apartamiento del derecho de un aparato regido por objetivos criminales no trae consigo sin más un dominio del ejecutor que actúe concordantemente con estos objetivos.

No pasa nada distinto con el criterio de Schroeder de la “resolución hacia el hecho” por parte del ejecutor. Por más grande que sea esta resolución, esto no cambia para nada el hecho de que no atenúa el dominio del ejecutor. Por el contrario, casi se podría decir que mientras más decidido esté, desde el principio, el ejecutor, menos necesario será que el hombre de atrás ejerza dominio. Lo correspondiente rige para el criterio desarrollado por Heinrich³¹ de la “inclinación típicamente organizativa al hecho”. Y es que la “renuncia potencial a decidir” por parte del ejecutor que se deduce de ello constituye, una vez más, un resultado de su libre decisión. Si bien, en casos particulares, pueda presentarse un dominio de la coacción o del error por parte del hombre de atrás, sin embargo este dominio ya fundamenta, por sí solo, una autoría mediata y hace superfluo referirse a las condiciones especiales de un dominio de la organización.

Pero las cosas toman otro cariz cuando se ve que el dominio sobre la realización típica es intermediado no a través de una sola persona aislada, sino a través de la forma de funcionamiento de todo un aparato. Entonces, el dominio sobre el resultado radica en que el hombre de atrás dador de la orden, a través del aparato a su alcance produce el resultado con mucha mayor seguridad que alguien que se esfuerce por inducir o que incluso tenga un dominio de la coacción o del error. Esta idea se encuentra ya en la expresión de “automatismo” de los cursos puestos en marcha, tal como empleé en mi primera publicación sobre el tema, y que el TFA asumió y completó a través de una correcta observación: “...al emplear instrumentos bajo error o inculpables, son frecuentes los casos en los cuales el autor mediato tiene mucho menos en sus manos la producción

²⁹ RENZIKOWSKI, ob. cit., p. 89.

³⁰ También desde esta perspectiva se basa el argumento central de Otto contra una autoría mediata; véase “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, cit., p. 757.

³¹ HEINRICH, Manfred, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München, 2002, pp. 271 y ss. (273).

del resultado que en los casos del tipo descrito”³² [traducción libre]. Pero exactamente esta misma reflexión ha guiado también a Schroeder cuando él, aunque con una fundamentación divergente, justifica la autoría mediata, que él igualmente admite, por el hecho de que aquí desaparecería “la inseguridad del hecho que es típica en el partícipe” (comp. arriba 1).

7. La fungibilidad en el marco del dominio de la organización

Bajo tal punto de vista, también obtienen otro peso los criterios expuestos en favor de una autoría mediata. Esto rige primeramente para el carácter fundamentador del dominio que tiene la fungibilidad. La objeción, justificada cuando se trata de una relación aislada entre dos personas, en el sentido de que se estaría utilizando de manera vedada un curso causal hipotético, se resuelve cuando se observa que la seguridad del resultado aumenta enormemente por el hecho de que la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos —por cualquier causa— no puede hacer peligrar la ejecución de la orden.

Esto también es indirectamente admitido por aquellos autores que se muestran escépticos frente al criterio de la fungibilidad, pues ellos ven la autoría del hombre de atrás transmitida únicamente por el ejecutor inmediato. Esto se va a demostrar tan solo en las dos monografías más recientes sobre el tema.³³ Así, Schlösser³⁴ fundamenta el “dominio social del hecho” del hombre de atrás, que él postula en la actividad delictiva de las organizaciones, entre otras cosas a través de “la experiencia de la intercambiabilidad de uno mismo” que debe verificarse en el ejecutor. Y Urban, quien objeta al criterio de la fungibilidad el que no transmita “el control sobre los ejecutores”,³⁵ dice por otro lado:³⁶ “...mientras más fácil sea para el colectivo la sustituibilidad del subordinado, o sea, mientras menos importe este, más se empeñará, por regla general, por actuar de conformidad con la dirección para escapar a su sustitución” [traducción libre]. Y, de manera todavía más clara:³⁷ “Mediante la forma autoritaria de funcionamiento del sistema se mantiene relativamente bajo el riesgo de

³² Sentencia del BGH, t. 40, p. 236 y s.

³³ El trabajo de Langneff (ob. cit.), por el contrario, ve en la fungibilidad el criterio decisivo. La autoría mediata a través de dominio de la organización presupondría “la existencia y el aprovechamiento consciente de un aparato de poder estrictamente organizado y la fungibilidad del ejecutor” [traducción libre], p. 157.

³⁴ SCHLÖSSER, ob. cit., p. 333.

³⁵ URBAN, ob. cit., p. 143.

³⁶ Ídem, p. 164.

³⁷ Ídem, p. 187.

una desobediencia. Y si alguien se resistiera alguna vez, el sistema tiene suficientes reemplazantes y, debido a los influjos represivos, no todos pueden negarse igualmente a cumplir con la orden" [traducción libre]. Pero si incluso el reflejo de la propia intercambiabilidad en la psique del ejecutor es esgrimido como circunstancia fundamentadora del dominio, ¿con más razón debería la fungibilidad real constituir una circunstancia fundamentadora del dominio!

Schroeder³⁸ ha hecho la objeción adicional de que no podrían intercambiarse a aquellos especialistas indispensables para ejecutar los hechos, pese a lo cual, los hombres de atrás serían de todos modos autores mediatos. Pero con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización que está hecha a la medida del "automatismo" descrito y, por regla general, también para un gran número de delitos que discurren bajo el mismo esquema. Cuando el servicio secreto tiene que contratar a un especialista, quien es el único capaz de ejecutar determinado delito, ya desde el principio no puede desarrollarse la forma específica de actuación de la organización. También un autor individual podría contratar a tal especialista. Luego, en tanto no se ejerza la presión coaccionadora relevante según el art. 35, StGB, solamente puede haber una inducción.³⁹

Pero con ello solamente se ha probado que no todos los delitos motivados por una organización criminal fundamentan *eo ipso* una autoría mediata del que es motivado. Sin embargo, yo nunca he afirmado esto. Para escoger un ejemplo realista, cuando una organización criminal sobre una base social y sin ninguna coacción, encarga a un taller que no pertenece a la organización que le proporcione pasaportes falsificados, esto no es una autoría mediata, sino la inducción a una falsificación documental. Pero con ello no se relativiza sino se remarca la importancia de la fungibilidad del ejecutante para una autoría mediata, en el marco de aparatos organizados de poder.

Por último, se hace valer contra el criterio de la fungibilidad el que el ejecutor inmediato podría salvar y dejar escapar a la víctima, de tal manera que él sería el único que tendría el dominio sobre la producción del resultado, con lo cual no podría hablarse de ninguna fungibilidad.⁴⁰ Pero en los asesinatos masivos en los campos de concentración, que yo tuve primeramente a la vista en el desarrollo del dominio de la organización, el trabajador particular apenas si hubiera podido impedir la muerte de las víctimas negándose a ejecutar la orden

³⁸ *Der Täter hinter dem Täter*, cit., p. 168.

³⁹ Por lo demás, Schroeder no es contrario al criterio de la fungibilidad. Él solamente ve como circunstancia decisiva "el que, a través de la intercambiabilidad, pueden conseguirse, en cualquier momento, instrumentos dispuestos a realizar el hecho. Luego, la intercambiabilidad solamente constituye un medio para conseguir el dominio del hecho mas no su fundamento básico" [traducción libre]. Sin embargo, esto me parece que es más una discusión sobre palabras.

⁴⁰ Así, de la manera más enfática, HERZBERG, ob. cit., pp. 37 y ss.

o permaneciendo inactivo. En el caso de los tiradores del Muro, que Herzberg también toma como ejemplo, a primera vista parece que hubiera ocurrido algo distinto.⁴¹ ¿Acaso no hubiera podido el soldado de frontera simplemente disparar hacia otro lado o hacerse de la vista gorda? Pero eso no ocurre, por regla general, en tales constelaciones de casos. Y es que cuando un régimen adopta medidas organizativas destinadas a impedir la “fuga de la república”, en caso necesario, incluso matando a tiros a los fugitivos, ello no se hace de tal manera que se permita escapar a cualquiera sin problemas y sin que nadie se dé cuenta. Una organización como esa no podría funcionar. Más bien se tiene que crear un sistema de vigilancia mutua de los vigías, tal como también ocurrió en la RDA. Y si alguna vez, dado que los disparos dependían en última instancia “de las manos de pocos soldados”,⁴² pese a todo alguien pudo escapar debido a la inactividad sabotadora de soldados de frontera (habría que aclarar si tal caso ocurrió alguna vez), desde la perspectiva de los detentadores del poder, ello constituyó una “avería”.

Pero tal falta de funcionamiento es mucho más rara en una organización criminal que cuando se emplean instrumentos sin culpabilidad o bajo error; casos en los que nadie pone en duda que se presente una autoría mediata por el hecho de que, en los casos particulares, pueda fracasar una tentativa. Pese a todo, una comparación de los asesinatos masivos del régimen nazi con los casos de los tiradores del Muro muestra que, en las organizaciones delictivas, la fungibilidad puede estar formada de la manera más diferenciada, de modo que es aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio. Esto se va a tratar de manera más detallada más abajo (9).

8. La necesidad del apartamiento del derecho del aparato de poder

El segundo criterio que yo utilizo para fundamentar la autoría mediata, el “apartamiento del derecho” [o marginalidad jurídica], recién alcanza su importancia central cuando se ve, en primer lugar, no al último de la cadena de ejecutores, sino al aparato mismo (es decir: su estructura personal) como garante del resultado. Si bien también este criterio es discutible,⁴³ casi se vuelve

⁴¹ LANGNEFF (ob. cit., pp. 151 y s.), quien acoge el criterio de la fungibilidad, también rechaza aquí una autoría mediata.

⁴² Ídem, p. 151.

⁴³ En contra, AMBOS, Kai, “Tatherrschaft und Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, *GA*, 1998, pp. 226 y ss. (241 y ss.); ROTSCH, “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”, cit., pp. 518 y ss. Más detalles al respecto en mi discusión con AMBOS, Kai, en “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, en *L.H. a Grünwald*, 1999, pp. 549 y ss. (556 y ss.). En favor del criterio del apartamiento del derecho, con énfasis: FIGUEI-

un sobreentendido, bajo una perspectiva basada en el dominio del resultado, cuando se descartan dos malentendidos. En primer lugar, el aparato de poder, naturalmente, no tiene que haberse separado del derecho en todos los aspectos, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nazi, en muchos ámbitos, se ha movido dentro del derecho vigente; pero los ámbitos de actividad de "impedir la fuga de la república mediante disparos" o, para nombrar solamente el caso más terrible, "la solución final de la cuestión judía", caracterizan actividades totalmente apartadas del derecho. Y en segundo lugar, para el apartamiento del derecho no importa la perspectiva del sistema anterior, sino la evaluación jurídica actual. Luego, los homicidios del Muro eran acciones separadas del derecho, aun cuando el Ejecutivo de la RDA hubiera podido tener una concepción distinta sobre ello. Por supuesto que los asesinatos masivos del régimen nazi también hubieran sido hechos apartados del derecho incluso si la dirección estatal de entonces las hubiera ordenado "legalmente".

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones resulta evidente que el apartamiento del derecho del aparato organizado de poder constituye un presupuesto necesario para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ejemplo, hubiera estado prohibido, de manera general, matar a los fugitivos del Muro y si ello hubiera sido solamente resultado de las órdenes dadas por funcionarios que actuaron por cuenta propia, tales hechos hubieran sido acciones particulares y hubieran tenido que ser tratadas siguiendo las reglas de la inducción y la autoría. En tal caso, el soldado de frontera hubiera podido, en cualquier momento, negarse a obedecer amparándose en la legislación de la RDA y en la práctica correspondiente a esta legislación. Lo mismo rige para las acciones de exterminación masiva de los nazis, que no se hubieran podido producir nunca si solamente se hubiera tratado de actos particulares y si no hubiera existido un gran aparato encargado de trabajar sistemáticamente para llegar a este objetivo previendo todos sus detalles. Entonces, el sistema (o una parte del sistema de un Estado) tiene que trabajar delictivamente como un todo ("apartándose del derecho") cuando quiere que las órdenes de los hombres de atrás tengan la seguridad del éxito que fundamenta una autoría mediata.

Aquí también radica el motivo decisivo por el cual apenas puede tenerse en cuenta una autoría mediata de aparatos organizados de poder en el caso del

REDO DIAS, Jorge, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El 'dominio de la organización'", en FERRÉ OLIVÉ, Juan C., y ANARTE BORALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 99 y ss.; URBAN (ob. cit., p. 151): "Así, tanto la presencia de un sistema organizado siguiendo el principio del mando, como también su apartamiento del derecho, son condiciones sin las cuales no es imaginable un dominio de la organización" [traducción libre].

actuar delictivo dentro de empresas económicas.⁴⁴ Las empresas económicas trabajan generalmente dentro del marco del derecho vigente,⁴⁵ de tal manera que la comisión de delitos, por regla general, no es cuestión de la organización, sino de cada uno de sus trabajadores, quienes tampoco hacen conocer su actividad, sino la ocultan de los órganos de control interno. Aquí deben aplicarse las reglas generales vigentes de la autoría y la participación. El parecer del TFA (en la sentencia del t. 40, p. 237) de que “también el problema de la responsabilidad en la actividad de empresas económicas” podría solucionarse con ayuda del dominio de la organización, lleva por el camino equivocado, al igual que la jurisprudencia ulterior que se ha basado en ello.⁴⁶

9. La disponibilidad hacia el hecho específica de la organización como tercer criterio del dominio de la organización

No obstante —a diferencia de lo que había opinado originariamente— me parece que con los dos criterios de la “fungibilidad” y el “apartamiento del derecho” todavía no se han caracterizado, en toda su extensión, las circunstancias en las cuales se basa el dominio del hecho de los hombres de atrás. Todavía tienen que agregarse circunstancias que pueden resumirse muy bien bajo el concepto utilizado por Schroder de la “resolución al hecho” o, como dice Heinrich, la “inclinación típicamente organizativa al hecho”.⁴⁷ Y es que aquel que ejecuta el último acto realizador del tipo, en un aparato de poder organizado y apartado del derecho, está bajo otra situación que un autor particular abandonado a su suerte. El primero está sometido a una serie de influjos que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que está “más dispuesto al hecho” que

⁴⁴ A este resultado llegan también las nuevas monografías que se ocupan, de manera especial, de un posible dominio de la organización en el marco de empresas económicas. BOSCH, Nikolaus, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, 2002, p. 252, constata “que no se puede fundamentar una autoría general de la dirección del negocio con ayuda de la figura jurídica del dominio de la organización” [traducción libre]. Urban (ob. cit., p. 260) llega a resumir: “Por lo general fracasa la aplicabilidad del dominio de la organización a empresas económicas” [traducción libre].

⁴⁵ Pueden haber excepciones en el ámbito de la criminalidad organizada.

⁴⁶ Por razones de espacio, no se puede tratar más este tema. No obstante, remito a mi trabajo “Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, en ROXIN, Claus, y WINDMAIER, Gunter, *50 Jahre Bundesgerichtshof*, t. IV, Múnich, 2000, pp. 177 y ss. (192 y ss.), y también en mi manual *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 25, n.m. 129 y ss.

⁴⁷ Comp. sobre los dos autores arriba en 6.

cualquier delincuente potencial y que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás.

Son variadas y, en parte incluso muy diferentes, las circunstancias que aquí entran a tallar.⁴⁸ La pertenencia a la organización, ya por sí misma, da lugar a una tendencia de adaptación. Se espera que cada uno de los miembros se integre. Esto puede llevar a una cooperación irreflexiva en acciones que jamás se le ocurriría a una persona que no formara parte de tal organización. Pero también es un fenómeno típico de las organizaciones el excesivo celo en el servicio, sea por el deseo de hacer carrera, por la necesidad de destacar, por ceguera ideológica o también debido a impulsos sádicos o cualquier otro de carácter criminal, a los cuales el miembro de tal organización crea que puede ceder sin ser castigado. Además, también hay una participación de miembros, que en su fuero interno más bien están en contra, pero que piensan resignadamente: "Si no lo hago yo, otro lo va a hacer de todos modos". Por último, también se encuentran constelaciones que, si bien no fundamentan un dominio de la coacción o del error por parte de los hombres de atrás, se acercan mucho a tales situaciones: por ejemplo, el ejecutor obediente que teme que, en caso de negarse, pueda perder su puesto, ser despreciado por sus colegas o cualquier otra desventaja social; o, pese a fuertes dudas sobre el injusto, cuenta con la impunidad de su acción ordenada por "los de arriba".

Todos estos factores, que se pueden presentar en variadas mezclas y no excluyen la culpabilidad ni la responsabilidad penal del ejecutor inmediato (sino solamente reducen un poco su medida y, en algunos casos, incluso la incrementan), confluyen en un punto: llevan a una disponibilidad hacia el hecho, condicionada por la organización, de los miembros, disponibilidad que, junto con la intercambiabilidad de estos miembros, constituye para los hombres de atrás un elemento esencial de la seguridad con la cual ellos pueden contar para el cumplimiento de sus órdenes.

⁴⁸ Recojo en este párrafo, en forma muy resumida, algunas ideas provenientes de las monografías de SCHLÖSSER (ob. cit.) y URBAN (ob. cit.), así como del valioso trabajo básico de LAGAN, Herbert, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft* [El delito bajo dominio totalitario], publicado en 1967. Los meritorios escritos de Schlösser y Urban concuerdan, por sus resultados y también en muchas cuestiones particulares, con mi concepción, pero en parte difieren en cuanto al planteamiento fundamentador (comp. al respecto arriba en 7).

10. El poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder

La forma expuesta de imponer resultados desde un segundo plano deberá ser reconocida como una forma autónoma de dominio del hecho. Esto se basa en la posibilidad de dirigir un aparato de poder que se ha apartado del derecho en el ámbito del actuar delictivo, aparato que asegura, en gran medida, el resultado perseguido debido a la sustituibilidad y a la disponibilidad hacia el hecho (en general favorecida fuertemente por variados factores) del ejecutor. El dominio del hecho es un criterio que, si bien —como casi todos los conceptos jurídicos— es fijado normativamente en sus límites, sin embargo, tiene un ámbito nuclear que debe descansar sobre una base fáctica. Esta consiste —tal como Schroeder y yo, pese a todas nuestras diferencias, desde el principio hemos sostenido concordadamente— en un dominio de la producción del resultado que, como también destaca el BGH, incluso se presenta de manera más fuerte que en las formas “clásicas” de autoría mediata del dominio de la coacción y del error. Y en lo que concierne a las diferencias de fundamentación entre Schroeder y yo, estas se ven superadas cuando se integran ambos planteamientos dentro de una concepción global. Entonces, la forma de actuación organizada, el apartamiento del derecho del aparato, la fungibilidad general y la elevada disponibilidad hacia el hecho de los potenciales autores inmediatos son elementos que fundamentan, a través de su engarzamiento, el dominio del hecho de los hombres de atrás.

De todo esto resulta lo siguiente: se debe fundamentar el dominio del hecho de los hombres de atrás a partir del poder de imposición que tienen gracias a la organización y no a partir de algún déficit de aquel que, en la fila de cooperadores, mayormente de manera más o menos casual ejecuta el último acto de la realización típica. Entonces, los partidarios del principio de autonomía, quienes, a partir de la propia responsabilidad del último actuante deducen la imposibilidad absoluta de la existencia del autor detrás del autor, ven el problema desde una perspectiva errada. Como ya he dicho alguna vez, sin referirme directamente al dominio de la organización,⁴⁹ lo que importa “en la autoría mediata, de manera decisiva, no es la condición externa o interna del intermediario, sino el poder que tiene el hombre de atrás sobre la realización del tipo”. También en ello creo coincidir con Schroeder.

⁴⁹ *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., 7ª ed., p. 666.

11. El dominio del resultado como soporte fundamental de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder

En la literatura reciente, a veces, ya no se discute el dominio del resultado del hombre de atrás en aparatos organizados de poder, pero se considera que no es suficiente para una autoría mediata. Así, dice Hoyer⁵⁰ que el dominio del hecho sería “más que el dominio del resultado. Dado que se imputa al autor mediato la conducta del intermediario, aquel tiene que dominar primero la conducta de este”⁵¹ [traducción libre]. Con esto de desconoce que si bien el intermediario, en la medida de su dominio a través del hombre de atrás, le posibilita a este el dominio del hecho, tal como ocurre en el dominio de la coacción y del error, sin embargo, el dominio del resultado también puede ser intermediado por otros factores y precisamente en esto radica la autonomía del dominio de la organización. Permanece en la incógnita el por qué este tipo de dominio del resultado no puede ser suficiente.

Todavía de manera más drástica se manifiesta Rotsch en su más reciente publicación.⁵² Este autor lleva mi concepción a la fórmula acertada: “El dominio de la organización no presupone un dominio de la acción típica sino solamente un dominio del resultado típico” [traducción libre]. Reconoce que precisamente en esta particularidad podría haber un motivo suficiente para colocar al dominio de la organización como una forma autónoma de autoría mediata junto al dominio de la coacción y del error. Pero luego postula una inducción en vez de una autoría mediata arguyendo “que con un dominio del hecho relacionado solamente con el resultado, desapegado del emprendimiento de una acción típica, no queda luego nada de la exigencia de Roxin, basada en consideraciones de Estado de derecho, de que el autor sería la figura central en la realización de la acción típica de ejecución” [traducción libre]. Y es que la acción del hombre de atrás se vería “totalmente desacoplada de la verdadera realización típica”.

No obstante, el que en acciones de aniquilación masiva y también en los disparos del Muro aparezca el dador de la orden como figura central, se corresponde plenamente con el resultado fenomenológico y con el peso de la contribución de este al hecho (comp. al respecto, con más detalles, arriba 5). Su acción de realización típica constituye la actividad del aparato de aniquilación, la cual de ningún modo se ve “desacoplada” de las consecuencias que persigue, sino se dirige con seguridad a llevar a cabo estas consecuencias. Es

⁵⁰ HOYER, Andreas, *Systematisches Kommentar*, 7ª ed., 2000, § 25, n.m. 91.

⁵¹ Pero este autor llega a aceptar después una autoría mediata, lo cual, si bien es un resultado correcto, entra en contradicción con su premisa.

⁵² ROTSCH, “Neues zur Organisationsherrschaft”, cit., pp. 13 y ss. (16).

correcto que, además, debido a otra forma de aparición del dominio del hecho el actor inmediato también intervenga como autor de los hechos, pero esto se corresponde con las circunstancias objetivas. Y es que todo aparato organizado de poder que se haya apartado del derecho depende por igual de autores de escritorio y esbirros ejecutores.

Todavía podría decirse más. Pero no quiero sobrepasar irrespetuosamente el espacio que se me ha concedido. Dedico esta contribución a Friedrich-Christian Schroeder con mis más calurosas felicitaciones por este merecido homenaje. Nuestra relación de continuo respeto profesional se remonta a los inicios de nuestra carrera científica y me ha beneficiado mucho. *¡Ad multos annos!*