

El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*

Claus Roxin

SUMARIO: I. Introducción. II. Ninguna coautoría o inducción de los hombres de atrás. III. ¿Cómo se puede fundamentar una autoría mediata en los casos de dominio de la organización? IV. Las condiciones del dominio de organización. 1. Poder de mando ["Anordnungsgewalt"]. 2. La desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder. 3. La fungibilidad del ejecutor inmediato. 4. La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. V. ¿Son las reglas del dominio de la organización trasladables a delitos en empresas?

I. Introducción**

El "dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder" es hoy un tema central de discusión de la doctrina penal de la autoría. Esta figura jurídica fue en primer lugar desarrollada por mí en el año 1963¹. La misma se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [*Hintermänner*], que ordenan delitos con mando autónomo, puedan, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables. En alemán coloquial se designa a estos hombres de atrás como "delinquentes de despacho o escritorio" [*Schreibtischtäter*]. Mi idea era trasladar este concepto común a las precisas categorías de la Dogmática jurídica. La causa inmediata para este empeño fue el recién terminado proceso en Jerusalén contra Adolf Eichmann, un responsable principal del asesinato de judíos en la época nazi.

La nueva construcción jurídica se ha impuesto en las décadas siguientes mayoritariamente en la doctrina ale-

mana² y ha sido admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Federal alemán³. En esta sentencia, los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de la Alemania del Este fueron condenados como autores mediatos de homicidios dolosos porque habían ordenado impedir a fugitivos que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán del Este la puesta en práctica de su decisión, en caso necesario mediante disparos mortales. Los soldados de frontera, los "soldados del Muro" [*Mauerschützen*], que habían realizado los disparos, fueron condenados igualmente por homicidio doloso.

Esta jurisprudencia se ha continuado en sentencias posteriores y ha suscitado en Alemania una profusión de posiciones doctrinales apenas abarcable⁴. Pero también en el ámbito internacional ha encontrado gran aceptación la figura jurídica del dominio de la organización. Ya fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en la condena de la Junta General argentina⁵, es objeto de atención en el moderno Derecho Internacional Penal⁶ [*Völkerstrafrecht*] y también muy discutida en la doctrina española y latino-

* Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2000 en la Clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología", de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del original "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft" por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada).

** Entre corchetes aparecen términos que figuran en el texto original o se introducen aclaraciones para facilitar así una mejor comprensión del texto. [Nota del T.].

1 Roxin, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, págs. 193 y ss. El texto se transformó, en buena parte, en mi escrito de habilitación "Täterschaft und Tatberrschaft", § 24, (1ª ed., 1983, - 8ª ed., 2006), y de esta forma se incluyó también en la traducción española del libro (de CUELLO CONTRERAS y GONZÁLEZ DE MURILLO); tanto la 6.ª como la 7.ª ed. se encuentran en español (en la editorial Marcial Pons, 1998 y 2000).

2 Cfr. las citas en Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 2, 2003, § 25 marg. 108.

3 Sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán en asuntos penales (= BGHSt), vol. 40, págs. 218 y ss.

4 Un análisis de ello contiene la 8.ª edición de mi libro sobre "Autoría y dominio del hecho" —en prensa—.

5 Cfr. al respecto Roxin, como en nota a pie 2, marg. 109, con una cita larga de la sentencia del Tribunal de apelación.

6 Cfr. Roxin, como en nota a pie 2, marg. 112, comentario 140.

americana⁷. En diversas publicaciones he defendido y precisado mi concepción inicial durante los cuarenta y tres años que han transcurrido desde su origen y también hablé ya en España sobre el dominio de la organización [*Organisationsherrschaft*] en el año 1998, en Huelva, muy cerca de Sevilla. Mi conferencia de hoy enlaza con ella y debe perfeccionar mi teoría en algunos puntos.

II. Ninguna coautoría o inducción de los hombres de atrás

En verdad, la concepción de que los hombres de atrás en delitos dentro del marco de aparatos organizados de poder no son autores mediatos sino coautores o inductores ha ganado en los últimos años algunos otros partidarios de prestigio, pero sigue siendo decididamente rechazable. Expongo los argumentos centrales sólo brevemente, completando explicaciones anteriores.

Para una coautoría⁸ falta la ejecución "en común", que exigen tanto el legislador alemán como el español (§ 25 II del Código Penal alemán, Art. 28 I del Código Penal español). Una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho. Tampoco existe una ejecución común. Porque el autor de la mesa de despacho no tiene la más mínima participación en la inmediata realización del tipo. La mayoría de las veces ni siquiera conoce al ejecutor. Sobre todo, no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas, lo que comúnmente se considera como el criterio central de la coautoría. Tampoco se aprecia en el dominio de la organización una unión recíproca de cómplices que colaboran al mismo nivel, que es característica de la coautoría.

Pero también con acierto tiene que excluirse una inducción⁹. Y es que la situación descrita mediante el dominio de organización tiene una circunstancia en común con la inducción, a saber, que el hombre de atrás provoca al que ejecuta inmediatamente al hecho. Pero el peso objetivo de

las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en el dominio de organización. El inductor permanece fuera del suceso y ha dejado al que actúa inmediatamente la decisión acerca de si y cómo será ejecutado el hecho. Por el contrario, en una organización delictiva el hombre de atrás en la palanca de mando del poder toma la determinante decisión acerca de si el hecho debe ser ejecutado, mientras que el que ejecuta inmediatamente casi siempre llega sólo casualmente a la concreta situación de acción. Éste no puede cambiar ya nada esencial en el curso del suceso trazado por el aparato, sino, a lo sumo, modificarlo. Incluso, por regla general, un rechazo de la orden no serviría de nada a la víctima porque las condiciones del marco de organización aseguran habitualmente la ejecución de una orden también en este caso. Esta divergencia en el reparto de poder prohíbe equiparar al hombre de atrás de una organización delictiva con el inductor.

III. ¿Cómo se puede fundamentar una autoría mediatas en los casos de dominio de la organización?

La aceptación de una autoría mediata propuesta por mí, sigue, pues, siendo también dominante en la discusión científica. Cito entre la doctrina alemana sólo dos autores de los más importantes Comentarios al Código penal alemán. HEINE¹⁰ destaca que, en tanto se trata de aparatos organizados de poder desvinculados del ordenamiento jurídico, pudiera "en gran medida estar asegurada la 'autoría mediata'". Y JOECKS declara¹¹: "El dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder" aparece como tercera forma independiente de la autoría mediata. Es el prototipo de una situación del "autor detrás del autor" y ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo algunas voces se muestran contrarias a esta construcción, rechazándola. También las tres monografías sobre el tema existentes entretanto en Alemania de Langneff (2000),¹² Schlösser (2004)¹³ y Urban (2004)¹⁴,

7 Un libro colectivo editado por FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (Huelva, 1999) sobre "Delincuencia organizada" contiene, junto a un artículo mío al respecto, otros tres artículos sobre el tema (FERRÉ OLIVÉ, págs. 85 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, págs. 99 y ss.; MUÑOZ CONDE, págs. 151 y ss.). También en el libro editado por C. LASCANO, Argentina, 2001, "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales" se encuentran tres artículos que se ocupan del dominio de organización (DONNA, págs. 295 y ss.; GARCÍA VITOR, págs. 327 y ss.; LASCANO, págs. 349 y ss.).

8 A favor de la coautoría, BAUMANN/WEBER/IMITSCH, Allgemeiner Teil, 11ª ed., 2003, § 29, marg. 147; JAKOBS, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1991, 21/103 con nota 190, 191; *el mismo*; NSTZ 1995, pág. 27; JESCHECK/WEIGEND, Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1998, pág. 670; *Oslo*, Grundkurs Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2004, § 21, marg. 92; *el mismo*; Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Jura 2001, págs. 753 y ss.

9 Los principales representantes actuales de la solución de la inducción en Alemania son: RENZIOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, págs. 87 y es.; HERZBERG, Mitteltbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, págs. 33 y ss., réplica de ROXIN, *ob. cit.*, págs. 55 y s.; réplica de HERZBERG, *ob. cit.*, págs. 57 y ss.

10 SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 26ª ed., 2001, § 25, marg. 25 a.

11 JOECKS, Münchener Kommentar, 2003, § 25, marg. 123.

12 LANGNEFF, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000.

con todas sus discrepancias en particular, parten, sin embargo, de modo coincidente, de la aceptación de autoría mediata en los casos de dominio de organización. De la bibliografía española cito sólo la representativa afirmación de nuestro distinguido anfitrión. MUÑOZ CONDE¹⁵ afirma que el dominio de la organización se debería "considerar hoy como un afianzado pilar fundamental de la teoría de la autoría mediata".

Pero, ¿cómo se puede fundamentar en realidad la autoría mediata? Los que se oponen a esta figura jurídica definen casi siempre la solución de la coautoría o la inducción no por su fuerza de convicción, sino como una especie de recurso de urgencia. Eligen esta salida porque creen que la aceptación de una autoría mediata choca contra un principio irrefutable de la teoría de la autoría.

Este principio se basa en la aceptación de que no puede haber un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Si el que actúa inmediatamente —esto es, por ejemplo, el asesino del campo de concentración o el soldado del Muro— como poseedor del dominio del hecho es plenamente responsable de su conducta y considerado responsable como autor, sería impensable atribuir simultáneamente al hombre de atrás el dominio del hecho. En este sentido, un "autor detrás del autor" ["Täter hinter dem Täter"] sería una construcción jurídica irrealizable. Ésta es una idea seductora. Sin embargo, se apoya en tres errores, cuyo conocimiento abre el camino a una sólida fundamentación de la autoría mediata.

En primer lugar, el "instrumento" que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide.

En segundo lugar, de esta visión de las cosas se deriva que el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho, que no se excluyen mutuamente. Quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el por mí denominado dominio de acción [*Handlungsherrschaft*], es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización,

es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.

En tercer lugar, de las circunstancias mencionadas anteriormente se puede obtener una conclusión fundamental, que hace plausible una autoría mediata. No se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualesquiera déficits del "instrumento", como existen, por cierto, en el dominio mediante coacción y error [del instrumento] sino que hay que fundamentarlas positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa en el caso concreto de la dirección de la organización que el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata. Esto ya lo ha contemplado el Tribunal Supremo Federal alemán cuando sobre el dominio de la organización declara¹⁶: "... en el empleo de instrumentos con error o incapaces de culpabilidad son frecuentes configuraciones de casos en las cuales el autor mediato tiene la aparición del resultado mucho menos en su mano que en casos del tipo descrito".

IV. Las condiciones del dominio de organización

Por consiguiente, si se reconoce el dominio de organización [*Organisationsherrschaft*] como una forma independiente de autoría mediata, queda la cuestión acerca de sobre qué condiciones en particular se fundamenta este dominio. Ésta plantea múltiples puntos de discusión. Según el estado actual de mi razonamiento, son cuatro los factores a los que se puede atribuir el dominio del hecho de los hombres de atrás.

1. Poder de mando [*Anordnungsgewalt*]

Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rigidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores. De ahí que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en

13 SCHLÖSSER, Soziale Talherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004.

14 URBAN, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004.

15 MUÑOZ CONDE, Willensherrschaft im Rahmen "nichtrechtsgeldster" Organisationen?, Festschrift für Roxin, 2001, págs. 609 y ss. (611).

16 BGHSt 40, pág. 236 y s.

cadena. Por el contrario, el personal de servicio en un Campo de Concentración semejante sólo puede ser castigado por complicidad [*Beihilfe*] si de verdad ha promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones, pero no ha ordenado personalmente homicidios y tampoco ha cooperado en su ejecución.

2. La desvinculación del ordenamiento jurídico [*Rechtsgelöstheit*] del aparato de poder

Desde el principio he postulado la desvinculación del ordenamiento jurídico [*Rechtsgelöstheit*] del aparato de poder como condición indispensable del dominio de organización. Esta exigencia es discutida incluso entre los partidarios de mi teoría¹⁷ y puesta en duda también por MUÑOZ CONDE¹⁸. No obstante, pienso que hay que mantenerse en esta exigencia si se eliminan los puntos críticos traídos a la discusión mediante las dos aclaraciones siguientes.

En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido; pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de "impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín" o, por citar sólo el caso más terrible, la llamada "solución final de la cuestión judía", entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho. Y esta desvinculación al Derecho no depende ya, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica. Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto. Por supuesto, entonces los asesinatos en masa del régimen nazi también habrían sido hechos desvinculados del Derecho si la Jefatura del Estado de entonces los hubiera ordenado no mediante órdenes secretas sino "legalmente".

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizativo de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ejemplo, el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados confor-

me a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta. Lo mismo es válido para las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado sólo de extralimitaciones de individuos y no de un gran aparato que hubiese trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes. El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar defectivamente como un todo ("desvinculado del Derecho") [*rechtsgelöst*] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás.

3. La fungibilidad del ejecutor inmediato

También la fungibilidad, esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo, fue siempre para mí una característica esencial del dominio de la organización. La ejecución de órdenes del hombre de atrás —ésta era mi tesis— se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa a otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo. También este criterio ha comenzado a ser criticado en la discusión más reciente. Trato, en lo que sigue, las tres objeciones más importantes.

RENZIKOWSKI¹⁹ me reconoce sin más una "posibilidad garantizada" de producción del resultado en virtud de la intercambiabilidad del que actúa inmediatamente. Pero me objeta que "hipotéticas acciones de terceros", es decir, la posibilidad de recurrir a otros ejecutores, no pueden fundamentar un control del que actúa de hecho. Este argumento es acertado si se estima como instrumento sólo al ejecutor en la situación concreta. Pero ya he expuesto que una visión individualista así, que reduce el suceso a una relación entre dos personas, no se corresponde con la esencia del dominio de organización. El instrumento es la organización y, para su eficaz funcionamiento, la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis, sino una realidad que asegura el resultado.

SCHROEDER²⁰ ha formulado la otra objeción en el sentido de que especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores, pero, sin embargo, los hombres de atrás son autores mediatos. No obstante, con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, que

17 Contra este criterio, sobre todo, AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, *Gottammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, págs. 226 y ss. (241 ss.). Cfr. sobre ello mi discusión con Ambos en: *Festschrift für Grünwald*, 1999, págs. 556 ss.

18 MUÑOZ CONDE, como en nota a pie 15, págs. 612 y ss.

19 RENZIKOWSKI, como en nota a pie 9, pág. 89.

20 SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1985, pág. 168.

se ajusta al "automatismo" descrito y, por regla general, también a una pluralidad de delitos que se desarrollan según el mismo esquema. Cuando un servicio secreto tiene que reclutar un especialista, ya que sólo él es el que está en condiciones de realizar un determinado delito, no puede desarrollarse desde un principio el modo de obrar específico de la organización. También un autor individual puede contratar un hombre así. Por tanto, existe sólo una inducción mientras no se ejerza una presión coactiva relevante conforme al § 35.

Sin embargo, con ello sólo se demuestra que no todos los delitos provocados por una organización delictiva fundamentan *eo ipso* una autoría mediata de los que ordenan. Pero esto tampoco lo he sostenido nunca. Si —por escoger un ejemplo práctico— una organización criminal, con base comercial y sin coacción alguna, encarga pasaportes falsificados en un taller especializado en ello, pero no perteneciente a la organización, esto no es entonces una autoría mediata, sino una inducción a la falsificación de documentos. Pero el significado de la fungibilidad del ejecutor para la autoría mediata en el marco de los aparatos organizados de poder no resulta relativizado por ello, sino subrayado.

Finalmente, se hace valer contra el criterio de fungibilidad que el ejecutor inmediato pudiera perdonar la vida a la víctima y dejarla escapar, de tal modo que entonces tendría el dominio exclusivo sobre la realización del resultado y no podría hablarse de fungibilidad²¹. Sin embargo, en los asesinatos en masa en los campos de concentración, que tuve presentes en primer término en el desarrollo del dominio de organización, el individuo que obedece la orden apenas habrá tenido alguna vez la posibilidad de impedir la muerte de las víctimas mediante negativa o inactividad. En los soldados que vigilaban el Muro, a los que HERZBERG también recurre como ejemplo, parece, a primera vista, de otra manera²². ¿No hubiera podido el soldado en la frontera sencillamente errar el tiro o mirar para otro lado? Pero tampoco es así, por regla general, en tales situaciones, ya que si un régimen toma medidas de organización, que deben, en caso necesario, impedir una "huida de la República" mediante el disparo a los fugitivos, esto no puede suceder de manera que deje pasar a los que huyen con permiso, sin trabas e inadvertidos. Esto no sería una organización apta para funcionar. Más bien se

tiene que crear un sistema de vigilancia de puestos recónditos, como existió también en la RDA. Si, entonces, y puesto que los disparos finalmente dependieron "del actuar de pocos soldados", y a pesar de ello alguna huida tuvo éxito por la inactividad sabotadora de los soldados de frontera —quedaría por aclarar si un caso así ha ocurrido alguna vez—, esto fue, desde la perspectiva de los que tienen el poder, un fracaso de la organización, una "avería".

Pero un fallo así es en una organización delictiva mucho más raro que en el empleo de un instrumento no culpable o que actúa por error, en el que nadie pone en duda la existencia de una autoría mediata por el hecho de que la tentativa pueda fracasar en el caso particular. Sin embargo, una comparación de los asesinatos en masa de los nazis con los casos de los soldados del Muro muestra que la fungibilidad en las organizaciones puede estar configurada en distinta medida, de modo que es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio. Quiero, por este motivo, completar aún en otro punto las circunstancias que fundamentan el dominio:

4. La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Con los criterios del poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente —de modo distinto a como originalmente había creído— las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho [*Tatherrschaft*] de los hombres de atrás [*Hintermänner*]. Hay que añadir todavía factores que en sus consecuencias califico como "disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada".

Este elemento se asemeja a los conceptos con los cuales SCHROEDER²³ y HEINRICH²⁴ intentan explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. Schroeder habla de una "disposición condicionada a actuar"²⁵ y Heinrich de una "inclinación al hecho típica de la organización" por parte del ejecutor. También el Tribunal Supremo Federal alemán menciona —acaso influido por Schroeder— entre los argumentos para la autoría mediata de los hombres de atrás en organizaciones delictivas "la disponibilidad incondicional del que actúa inmediatamente para realizar el tipo"²⁶. Tales circunstancias no pueden fundamentar control alguno del que actúa inmediatamente por

21 Como en nota a pie 9, págs. 37 y ss.

22 LANGNEFF, como en nota a pie 12, págs. 151 y s., que acepta el criterio de la fungibilidad, rechaza, pues, también aquí una autoría mediata.

23 SCHROEDER, como en nota a pie 20, pág. 150.

24 M. HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, págs. 271 y ss. (273).

25 El Tribunal Supremo Federal alemán [BGH] habla, sin embargo, de "disponibilidad incondicional" ["unbedingte Bereitschaft"], mientras que SCHROEDER alude a la "determinación a actuar condicionada" ["bedingter Tatentschluss"]. Pero Schroeder puntualiza, con acierto, que con esta "condicionalidad" se ha "referido solamente a la todavía pendiente puesta en funcionamiento de la ya —por lo demás— fija determinación para actuar, para la que basta, en particular, la señal del hombre de atrás para entrar en acción" (JR 1995, pág. 179).

26 BGHSt 40, pág. 236.

que incluso por muy "dispuesto", "decidido" o "inclinado al hecho" que pueda estar, esto no cambia en absoluto la libertad responsable de su actuar. Distinto es, sin embargo, que se comprendan tales posturas como elementos de la manera de obrar específica de una organización delictiva. Entonces no sólo resultan decisivos para la aceptación de autoría mediata, sino que constituyen, al fin y al cabo, junto a los tres factores ya citados por mí, un aspecto del dominio de organización. Por qué esto es así no lo han explicado más detalladamente ni los autores citados ni el Tribunal Supremo Federal alemán. Por este motivo, se expondrá brevemente en lo que sigue en qué sentido entiendo el criterio de la "considerablemente elevada disponibilidad al hecho" como componente del dominio de organización.

Parte de que aquel que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, "más preparado para el hecho" que otros potenciales delinquentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás.

Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel²⁷. La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: "Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro". Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros perjuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que

después de todo su conducta está ordenada "por los de arriba".

Todos estos factores que aparecen mezclados de diversas formas, que no excluyen la culpabilidad [*Schuld*] y responsabilidad [*Verantwortlichkeit*] del que actúa inmediatamente, disminuyen también su medida sólo un poco e incluso la elevan en algunas manifestaciones, coinciden, sin embargo, en un punto: conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes.

V. ¿Son las reglas del dominio de la organización trasladables a delitos en empresas?

Con lo expuesto hasta ahora se han descrito con bastante exactitud las condiciones para una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. He demostrado mis tesis en los casos de la criminalidad de Estado. La figura jurídica del dominio de la organización puede, asimismo, ser aplicada también, por ejemplo, a actividades terroristas y determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada, en tanto se den sus condiciones en cada caso particular.

¿Pero se puede de este modo declarar autores mediatos también a los superiores de empresas, si inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos? El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Ha afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo de Seguridad Nacional de la RDA²⁸: "También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así", y ha procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores²⁹.

Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambiabilidad [*Austauschbarkeit*] de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización

²⁷ Acepto en lo que sigue, parcialmente, sugerencias de las nuevas monografías de SCHLÖSSER y URBAN (cfr. notas al pie 13 y 14).

²⁸ BGHSt 40, pág. 237.

²⁹ Cfr. sobre esto, más detalladamente, Roxin, "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", en: Roxin/Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. IV, 2000, págs. 177 ss. (192 y ss.).

es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario.

Por otro lado, no se puede desconocer que hay una necesidad político-criminal de castigar como autores a cargos directivos que proponen, promueven o, incluso, sólo permiten acciones criminales en sus empresas. MUÑOZ CONDE³⁰ y SCHÜNEMANN³¹, dos colegas que me son especialmente cercanos, quieren, por este motivo, aceptar en tales casos, de modo distinto al ámbito de la restante criminalidad, una coautoría entre personas de dirección y de ejecución. Pero los argumentos que he hecho valer contra una coautoría en el ámbito del dominio de la organización [*Organisationsherrschaft*] son válidos en gran parte también aquí, de modo que una solución así me parece problemática.

Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [*Pflichtdelikte*] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*] de las acciones de la empresa. Tenemos ya hoy para los delitos de funcionarios [*Amtsdelikte*] un precepto así en el Código Penal alemán. En el § 357 se dice: "Un superior que induce a sus

subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo... o intenta inducir o permite que suceda un hecho antijurídico tal de sus subordinados, ha incurrido en la pena prevista para este hecho antijurídico". Esta norma pudiera aplicarse a superiores autorizados para dar órdenes en empresas. Para ello hay ya propuestas de TIEDEMANN³² y BOTTKE³³, y también el proyecto de un Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la UE contiene en el Art. 13 una regulación así: "Si se comete un delito por cuenta de una empresa por una persona, que está bajo la autoridad del director de la empresa o de otra provista de poder de decisión o control en la empresa, el director de la empresa o el encargado de la decisión o control es también penalmente responsable, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio orden para su comisión, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control necesarias". Todos estos esfuerzos muestran que el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder no es una figura jurídica adecuada para superar los problemas que aquí existen.

Debería, naturalmente, reflexionarse más a fondo acerca de cómo debiera ser en concreto una regulación penal de la responsabilidad de cargos directivos en la empresa. Pero éste es el tema de otra conferencia.

30 MUÑOZ CONDE, como en nota a pie 15, págs. 520 y ss.

31 SCHÜNEMANN, "Unternehmenskriminalität", en: Roxin/Widmaier (Hrsg.), como en nota a pie 29, págs. 621 y ss. (628 y ss.).

32 TIEDEMANN, "Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht", en: *Festschrift für Nishihara*, 1996, págs. 496 ss.

33 BOTTKE, "Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht" de *lege lata* y *de lege ferenda*, Juristische Schulung, 2002, págs. 320 y ss. (324).