

Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon

Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona, España. Socia de la FICP

~El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)*~

I. Revisión crítica de la construcción de ROXIN de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

La construcción de ROXIN del dominio a través de aparatos organizados de poder nace para dar respuesta a un modelo de criminalidad caracterizado por la comisión de delitos organizados desde el Estado. Desde un primer momento se aprecia en ROXIN la necesidad político-criminal de condenar como autores a los mandos dirigentes de organizaciones criminales. Cuando en el año 1963 ROXIN desarrolla su teoría del “*dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder*” tiene muy presentes casos como los del agente Staschynskij y el proceso contra Eichmann¹. Precisamente, del proceso contra Eichmann extrae ROXIN algunos de los elementos que, según él, conforman el dominio de la organización: así, por ejemplo, la idea de que la falta de presencia en el lugar de los hechos queda compensada con el poder de mando que otorga el puesto de dirección en la organización². Esta clase de dominio supone, según ROXIN, tener a disposición un aparato organizado de poder que permite llevar a cabo delitos sin necesidad de dejar su realización a una decisión independiente del ejecutor³. La persona que bajo estas circunstancias dicta las órdenes tiene el dominio del hecho porque la propia estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del que actúa inmediatamente⁴. Siguiendo este planteamiento, quien finalmente ejecuta el hecho de propia mano es sólo una «ruedecilla intercambiable» en el mecanismo del aparato de poder. En caso de fallar éste, se coloca

* Ponencia presentada en la 2.^a sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

¹ Versión escrita: ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 193 ss. Para una reciente formulación de su construcción sobre el dominio de la organización, vid. ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, pp. 395 ss.

² ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8^a ed., 2006, p. 247; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 202. Según este autor, la pérdida de proximidad al hecho del hombre de detrás se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según asciende en la escala jerárquica del aparato.

³ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8^a ed., 2006, pp. 242 y 243; EL MISMO, en: LK-StGB, 11^a ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61.

⁴ ROXIN, en: LK-StGB, 11^a ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61.

inmediatamente a otro en su lugar, de manera que normalmente el que dicta la orden ni siquiera conoce a la persona del ejecutor⁵.

En realidad, los dos requisitos básicos que permiten fundamentar el dominio de la organización en la construcción de ROXIN son la fungibilidad del ejecutor inmediato y la desvinculación del aparato del Derecho. Lo característico del criterio de la fungibilidad es el hecho de que el hombre de detrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear ni coacción ni engaño. Al no depender la organización de la persona individual del ejecutor, se dice de ella que funciona de forma «automática». En efecto, la clave está en la posible sustitución de un ejecutor por otro en caso de que uno se negara a cumplir las órdenes, asegurándose, así, la ejecución del plan en su conjunto⁶.

El segundo requisito básico en la tesis de ROXIN sobre el dominio de la organización es la exigencia desvinculación del Derecho. El aparato de poder debe actuar completamente al margen del ordenamiento jurídico, con lo que el reconocimiento de este tipo de dominio se limita a casos muy concretos⁷. De hecho, el autor sólo menciona supuestos en los que son los propios portadores del poder estatal los cometen delitos o aquellos otros en que se desarrolla un «Estado dentro del Estado» frente al ordenamiento jurídico, como puede suceder con organizaciones terroristas o mafiosas⁸. Para ROXIN, en cuanto la dirección y órganos de ejecución se hallan vinculados a un ordenamiento jurídico independiente, las leyes adquieren su máximo rango y excluyen normalmente el cumplimiento de órdenes antijurídicas y, con ello, el

⁵ ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 245; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 201; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, p. 50.

⁶ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 244 y 245; EL MISMO, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 128, p. 61; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, pp. 200-203; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, p. 50.

⁷ ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 249; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 204; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, pp. 51 y 52.

⁸ ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 250; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 205. En un sentido todavía más restrictivo, SCHUMANN, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 76, para quien la figura de la autoridad mediata a través de aparatos organizados de poder no es aplicable a cualquier organización criminal o terrorista que simplemente se haya separado del Derecho, ni tampoco es extensible al ámbito de la empresa, cuando se trata del cumplimiento de órdenes antijurídicas (a no ser que se pueda apreciar un delito consistente en la infracción de un deber, *vid.* p. 76, nota 15). También en favor de una interpretación restrictiva, BOTTKE, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, pp. 72-74.

dominio de la voluntad del hombre de detrás. De este modo, califica como inducción la conducta de quien, en el marco de un Estado de Derecho y con autoridad de jefe, determina a su subordinado a cometer una acción punible, siempre que la autoría mediata no se base en otras razones⁹. ROXIN sostiene que no se puede hablar de intercambiabilidad cuando el sujeto debe ganarse cada vez un partícipe individual para el plan delictivo¹⁰.

Cabe destacar que desde el año 2006 ROXIN añade a estos dos requisitos un tercer elemento adicional: la disposición incondicional al hecho por parte del ejecutor material, criterio que fue inicialmente defendido por SCHROEDER¹¹. En el fondo ambos criterios son, a mi juicio, perfectamente compatibles, puesto que cuantos más sujetos dispuestos (“determinados incondicionalmente”) a cometer el hecho existan, más se asegura la fungibilidad de los ejecutores materiales.

Visto a grandes rasgos el planteamiento básico de ROXIN sobre el dominio de la organización, conviene realizar algunas objeciones al mismo. El punto más débil de la construcción de ROXIN gira, en mi opinión, en torno a la doble calificación que se otorga a la conducta del ejecutor material. Por una parte, se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y responsable y, por otra, en lo que afecta al hombre de detrás, acaba negándose dicha capacidad¹². En efecto, respecto al individuo que ejecuta las órdenes dictadas en el marco de una organización criminal, afirma ROXIN que no faltándole ni la libertad, ni la responsabilidad, debe ser castigado como autor. Y añade que esto no afecta al dominio del hecho del hombre de detrás porque, desde el punto de vista de este último, el ejecutor no aparece como persona libre y responsable, sino que se presenta como figura anónima e intercambiable¹³. Esta es una contradicción difícil de superar. ¿Cómo es posible que quien es considerado plenamente responsable de su hecho puede al mismo tiempo ser considerado instrumento de otra persona? La respuesta que da

⁹ ROXIN, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 129, p. 62; EL MISMO, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 249; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 204.

¹⁰ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 249 y 250; EL MISMO, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA, 1963, pp. 204 y 205; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, pp. 51 y 52.

¹¹ ROXIN, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS, 2006, p. 298.

¹² En el mismo sentido, vid., por todos, RENZIOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, pp. 88-90, advirtiendo que la construcción del dominio de la organización apenas tiene en cuenta la propia responsabilidad del ejecutor inmediato frente a la responsabilidad de los hombres de detrás.

¹³ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, p. 245.

ROXIN a esta objeción no convence porque se limita a repetir el argumento de que en el marco de los aparatos organizados de poder la voluntad responsable, que normalmente se mueve como «muralla infranqueable» entre el hombre de detrás y el hecho, pierde dicha eficacia, circunstancia ésta que fuerza, según el autor, a admitir el dominio del hecho y, con ello, la autoría mediata de los instigadores¹⁴. Por consiguiente, es evidente que en el ámbito de los aparatos organizados de poder ROXIN abandona definitivamente el «principio de responsabilidad». En efecto, la plena responsabilidad criminal del ejecutor material no le sirve ya como límite de la autoría mediata, abriendo de par en par la puerta a la figura del autor tras el autor; y aquí, no de forma excepcional, como admite en algunos casos de error, sino como criterio general. El problema es cómo fundamentar dicha figura.

II. Repercusión de la construcción del dominio de la organización dentro y fuera de Alemania

La autoría mediata basada en el dominio de la organización ha tenido un seguimiento destacable por parte de la doctrina alemana. Sin embargo, también ha contado con importantes detractores que han criticado, con distintos argumentos, la construcción de ROXIN¹⁵. Algunos de ellos, como HERZBERG y ROTSCH, se mantienen como firmes defensores de la inducción a la hora de resolver estos supuestos, no admitiendo, según dicen, que el rigor dogmático se vea sacrificado para dar respuesta a necesidades político-criminales¹⁶. Especialmente criticado ha sido el criterio de la

¹⁴ ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p. 201; EL MISMO, Anmerkung, JZ, 1995, p. 50.

¹⁵ Cfr. las críticas de HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft (dir. Amelung), 2000, p. 39; RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 89; ROTSCH, Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 112 (2000), pp. 526 ss.; EL MISMO, Neues zur Organisationsherrschaft, NSTZ 2005, Heft 1, pp. 14 ss.; HAAS, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, pp. 23 s. (p. 26: “La teoría del dominio del hecho oscila de un modo incoherente y racionalmente no comprensible entre normatividad y facticidad, por ello el dominio del hecho no es finalmente un concepto, sino únicamente un principio conductor (*Leitprinzip*)”; AMBOS, Transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, en Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, pp. 82 ss.

¹⁶ HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft (dir. Amelung), 2000, p. 48; ROTSCH, Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 112 (2000), pp. 561 s.; EL MISMO, De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, en Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, p. 41; RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, pp. 87 ss. A favor de la inducción, también, KÖHLER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1996, p. 510, para quien la calificación como

fungibilidad con el argumento de que es precisamente la fungibilidad del hombre de delante la que puede impedir en el caso concreto la comisión del hecho exigido por el aparato. Asimismo se le reprocha que acaba utilizando dos conceptos materiales de hecho diferentes: uno, en sentido estricto, realizado a través del instrumento y, otro, en sentido amplio, que abarca el curso del suceso global hasta la realización del resultado típico.

Lo que en cualquier caso no deja de sorprender es la fuerte proyección que ha conseguido la construcción de ROXIN fuera de las fronteras alemanas. Concretamente, en el proceso contra los miembros de la Junta General argentina emplea el Tribunal algunas de las tesis del dominio a través de aparatos organizados de poder¹⁷. Pero el máximo reconocimiento de la construcción de ROXIN sobre el dominio de la organización llega a través de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de 7-04-2009, en la que se condena al expresidente Alberto Fujimori como autor mediato a través del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado¹⁸. Se puede decir que esta sentencia ha reabierto en Alemania el debate sobre la figura del autor tras el autor¹⁹. También el reconocimiento expreso en el Estatuto de Roma de la autoría mediata a través de un ejecutor material plenamente responsable en el art. 25.III a) ha avivado la polémica en torno a dicha figura²⁰.

inductores del autor de despacho y del jefe de la banda de una organización criminal resulta plenamente acertada por lo que respecta a las consecuencias jurídicas (idéntica pena que la del autor).

¹⁷ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006, p. 653; EL MISMO, en: LK-StGB, 11ª ed., 1993, § 25, n. 130, p. 62; AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA, 1998, pp. 238 y 239.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Exp. N° AV 19-2001 (acumulado), 7-04-2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE.

¹⁹ Prueba de ello es que la revista ZIS dedica un número (el de noviembre 2009) al análisis del tratamiento de la autoría mediata en el caso Fujimori, reuniendo para ello a ilustres penalistas de diversas nacionalidades. Vid. una versión en español de los diversos trabajos en torno a la Sentencia mencionada en Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

²⁰ Art. 25 del Estatuto de Roma: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (a) cometa dicho crimen por sí sólo, junto con otro o a través de otro, sea éste o no penalmente responsable” (*Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible*). Sobre la interpretación de este precepto que viene haciendo la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, vid. GIL GIL, *Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución*, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal Internacional*, 2013, pp. 518 ss.

III. La utilización del criterio del dominio de la organización por parte del BGH alemán

La jurisprudencia alemana acoge en el año 1994 la construcción de ROXIN de los aparatos organizados de poder en la célebre sentencia de los “disparos en la frontera”²¹. Es en esta sentencia donde por primera vez el BGH admite la figura de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Y es precisamente en esta misma sentencia dónde se menciona la posibilidad de extender la construcción de la autoría por dominio de la organización al ámbito de las empresas²². En forma de *obiter dictum* el Tribunal afirma expresamente que acudiendo a la autoría mediata “se puede resolver también el problema de la responsabilidad en la actividad de empresas económicas”.

La sentencia de los “disparos en la frontera” marca un claro punto de inflexión, pues a partir de ese momento la jurisprudencia posterior del BGH no muestra reparos a la hora de adoptar la solución propuesta por el Tribunal²³. En efecto, son numerosas las sentencias en las que el BGH acude a la autoría mediata por dominio de la organización en la empresa, apartándose de los postulados de la teoría de ROXIN. El BGH renuncia de este modo a uno de los elementos clave de la construcción de ROXIN, a saber, que la organización esté desvinculada del Derecho. Se conforma para la autoría mediata con el “aprovechamiento, a través de las estructuras de la organización, de determinadas condiciones-marco (*Rahmenbedingungen*) que generan cursos causales regulares”²⁴. En realidad, el BGH prescinde de la propia categoría de los aparatos de poder, considerando suficientes las meras relaciones contractuales para afirmar la autoría mediata²⁵. Una sentencia (BGH de 3-07-2003) alude expresamente al abandono por parte de la jurisprudencia de la concepción del dominio de la organización de ROXIN²⁶.

²¹ BGHSt 40, pp. 218 ss.

²² BGHSt 40, pp. 218-240 (NJW, p. 2706).

²³ Vid., entre otras, BGHSt 45, 270, pp. 296 ss.; BGHSt 43, pp. 219, 231 ss. Vid. el análisis de la jurisprudencia del BGH que lleva a cabo ROTSCH, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), pp. 536 ss.; EL MISMO, *Zur Hypertrophie des Rechts. Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis*, ZIS 2008, p. 3. Vid., también, RÜBENSTAHL, *Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unernehmen durch den BGH*, HRR-Strafrecht, 10/2003, pp. 210 ss.

²⁴ BGHSt 48, pp. 331 y 347; BGHSt 49, pp. 147 y 163.

²⁵ Así, SCHÜNEMANN, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actual en lugar de otro*, en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, p. 982. Con este proceder, el autor ve un acercamiento del BGH a las teorías subjetivas.

²⁶ BGH de 3-07-2003 (1 StR 453/02). Sobre esta sentencia, vid., críticamente, ROTSCH, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ 2005, Heft 1, pp. 16 ss.

El Tribunal condena al acusado como autor mediato por dar instrucciones a sus empleados (veterinarios) para que, cambiando el nombre de determinados medicamentos, pudieran ser utilizados para el tratamiento de animales de forma no autorizada. El dominio del hecho del acusado se basa en que, “a través de la fuerte organización jerarquizada de su praxis”, consigue “las condiciones–marco para la prescripción de medicamentos”. El tribunal no niega el dominio del hecho de los empleados, quienes sabían perfectamente que los productos en cuestión no estaban permitidos. A pesar de ello, entiende el BGH que “por razón de la posición que su empleador ostentaba”, los empleados estaban vinculados o ligados fácticamente a éste²⁷.

IV. Valoración crítica de la a utilización expansiva de la autoría mediata

Resulta muy significativo que el propio ROXIN rechace la posibilidad de aplicar las reglas del dominio de la organización a los delitos cometidos en la empresa²⁸. La mayoría de los autores alemanes partidarios de la construcción de ROXIN comparten idéntico rechazo. Sin ir más lejos, SCHÜNEMMAN, acérrimo defensor del criterio del dominio de la organización en el marco de los aparatos de poder, se muestra totalmente contrario a trasladar la solución de la autoría mediata al ámbito empresarial²⁹. Ahora bien, en el marco de las organizaciones criminales, SCHÜNEMANN llega más lejos que el propio ROXIN, pues sigue defendiendo el dominio de la organización allí dónde su maestro, asumiendo algunas de las críticas a su construcción, abandona la tesis de la autoría en favor de la inducción, concretamente en lo que se refiere al criterio de la fungibilidad en aquellos supuestos en que los ejecutores que reciben órdenes son especialistas no intercambiables³⁰. En cambio, en el ámbito empresarial SCHÜNEMANN rechaza de pleno la tesis del BGH, adhiriéndose así a la corriente contraria a la

²⁷ En relación con esta misma sentencia, apunta ROTSCHE, Neues zur Organisationsherrschaft, NSTZ 2005, Heft 1, p. 18, que con este entendimiento de la autoría mediata se vulnera el mandato de determinación de los tipos, añadiendo que “con una autoría mediata a través de la utilización de condiciones-marco” ya no cabe seguir defendiendo un concepto restrictivo de autor.

²⁸ Vid., ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006, pp. 715 ss.; EL MISMO, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 18, 2006, pp. 247 s., donde se inclina por fundamentar la autoría de los directivos de la empresa al margen de la teoría del dominio del hecho, atribuyéndoles una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad (*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*) vinculada a la teoría de los delitos de infracción de un deber.

²⁹ SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 131, p. 1917.

³⁰ SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 127, p. 1914, quien considera que se trata de una concesión innecesaria que hace ROXIN a las críticas a su postura (p. 1914, nota 291). Vid. las matizaciones que introduce ROXIN a su postura inicial en relación con las exigencias de fungibilidad y de desvinculación del aparato de poder del Derecho, en ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, pp. 409 ss.

aplicación de la autoría mediata en la empresa promovida por el propio ROXIN y seguida, con diversos argumentos, por la doctrina mayoritaria.

SCHÜNEMANN parte de la premisa de que es necesario hacer responder como autor a la persona que dirige la empresa por los hechos delictivos (vinculados a la actividad empresarial) cometidos por sus empleados en cumplimiento de sus órdenes, pero acaba decantándose por la solución de la coautoría³¹. Llega a esta forma de autoría a partir de la doble valoración de la intervención del hombre de detrás: como garante y como partícipe activo³². Una opción, la de la coautoría, por la que en su día se decantaron en el ámbito de las organizaciones criminales autores como JESCHECK y, posteriormente y con distinta fundamentación, JAKOBS³³. Cabe precisar, no obstante, que JAKOBS, ha abandonado su postura mantenida durante años a favor de la coautoría, inclinándose ahora por la autoría directa por infracción de deberes positivos. Así, sostiene en la actualidad que “Fujimori no únicamente se ha limitado a *organizar* algo de alguna manera delictiva –en tanto coautor o, según otra opinión, como autor mediato mediante el empleo de un aparato organizado de poder- sino que ha actuado como obligado especial, como titular de un estatus especial y eso tiene un valor superior: *Fujimori no es solamente un caso capital de delincuente común, sino un jefe de gobierno y de Estado criminal*”. Siguiendo este planteamiento, acaba JAKOBS acogiendo la figura del autor (por infracción de deberes positivos) detrás del autor (por infracción de deberes negativos)³⁴. Se separa, de este modo de su postura anterior, contraria a la admisión del autor tras el autor plenamente responsable. Y opta por un modelo que, según ROXIN, renuncia a la precisión que aporta la teoría del dominio de la organización, “metiendo en un mismo saco a comandantes, que han utilizado un aparato de poder para cometer asesinatos, junto a superiores jerárquicos que únicamente han lesionado de forma

³¹ SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 132, p. 1917. En España se muestra a favor de la opción de la coautoría, MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, RP, 2002, p. 94.

³² SCHÜNEMANN, en: LK-StGB, 12ª ed., 2010, § 25, NM, 132, pp. 1917 s.

³³ Vid. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 3ª ed., 1978, p. 546; JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., 1991, 21/103, p. 649.

³⁴ JAKOBS, Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori, en Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, pp. 111 ss. Según el autor (p. 113 s.), Fujimori no se ha limitado a organizar algo de manera delictiva, sino que ha actuado como obligado especial. Y añade que figuras como la coautoría o la autoría mediata son innecesarias para el enjuiciamiento de la conducta de Fujimori, porque éste ha actuado como titular de un estatus especial, infringiendo una relación positiva, lesionando el deber funcional.

culpable su deber de vigilancia”³⁵. Tras esta afirmación, no deja de sorprender que el propio ROXIN en el ámbito empresarial se incline por fundamentar la autoría de los directivos de la empresa al margen de la teoría del dominio del hecho, atribuyéndoles una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad (*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*) vinculada a la teoría de los delitos de infracción de un deber³⁶. En efecto, resulta que ROXIN acaba adoptando en el marco de la delincuencia empresarial una postura muy próxima a la que propone JAKOBS para las organizaciones criminales y que él mismo viene criticando.

En España no cabe afirmar que la figura del autor tras el autor haya conseguido el respaldo de la doctrina mayoritaria³⁷. Si bien es cierto que hay quienes la admiten en el marco de las organizaciones criminales, siguiendo la construcción de ROXIN, otros la rechazan y siguen defendiendo la tesis de la participación (inducción o cooperación necesaria)³⁸. A diferencia de la jurisprudencia alemana, los tribunales españoles no han

³⁵ ROXIN, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 7/2012, p. 407.

³⁶ ROXIN, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 18, 2006, pp. 247 s.

³⁷ A favor de la figura del autor tras el autor plenamente responsable en el seno de aparatos organizados de poder, basándose en el dominio de la voluntad ejercido a través del aparato de poder del que dicta las órdenes, GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, 1ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 141 y 142; EL MISMO, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), ADPCP, 1984, pp. 112 y 113. Cfr., también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho penal, 1991, pp. 647 y 648, quien no se conforma, cuando se trata de afirmar la autoría mediata a través de la utilización de aparatos organizados de poder, con el criterio de la fungibilidad, insistiendo en la necesidad de que concurren otras circunstancias; MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.) Intervención delictiva y Derecho penal Internacional, 2013, pp. 288 s., aceptando la construcción de ROXIN “para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo”; FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder, 2004, pp. 188 y 189; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006, pp. 7 ss., siguiendo la construcción de ROXIN, pero rechazando la “obligatoriedad del criterio de la desvinculación jurídica y ello porque no aporta ningún dato esencial en la fundamentación del dominio del hecho” (p. 235). A favor de la figura del autor tras el autor, pero excluyendo la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, CUELLO CONTRERAS, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, InDret 1/2011, p. 25: “Si existe una posibilidad contemplada en el ordenamiento jurídico de que alguien responda penalmente por los hechos realizados a través de otro debido a que organiza el ámbito en el que esa actividad delictiva tiene lugar, la organización de la misma actividad delictiva, piénsese en la organización terrorista ETA o en los narcotraficantes, ha de ser cubierta necesariamente por la norma penal que extiende la responsabilidad de esa forma más allá de quienes actúan directamente”.

³⁸ En contra de la autoría mediata a través de aparatos de poder y a favor de la inducción se manifiesta GIL GIL, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, p. 84; LA MISMA, Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución, en Gil Gil (dir.) y Maculan (coord.), Intervención delictiva y Derecho penal Internacional, 2013, p. 578, nota 243. También en contra de la autoría mediata, HERNÁNDEZ PLASENCIA, La codelinquencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, RDPC, 2ª época, 17 2006, pp.

visto en la autoría mediata una solución para resolver la delimitación de responsabilidades en el marco de aparatos de poder. De hecho, la jurisprudencia tradicional no ha empleado la figura del autor tras el autor³⁹. Sin embargo, la situación ha cambiado recientemente, pues en los últimos años el Tribunal Supremo ha empezado a utilizar la figura en cuestión, con mención expresa del dominio de la organización como criterio válido para su configuración por vía de la autoría mediata, y no precisamente en casos de aparatos organizados de poder desvinculados del Derecho, sino más bien en supuestos de codelinuencia en delitos patrimoniales⁴⁰. Y, últimamente, también en materia de contaminación acústica (vid. STS 152/2012, 02-03: condenados como coautores mediatos de un delito ecológico los titulares del pub por incumplir los deberes legales en materia de ruidos). Con ello, el Tribunal Supremo español está contribuyendo a desdibujar los límites de la autoría mediata de modo, según creo, inaceptable, pues está aplicando esta forma de autoría a supuestos en que no se aprecia ninguna forma de instrumentalización.

La tendencia que se aprecia en los últimos años a ampliar la autoría mediata más allá de los límites derivados del fundamento de esta forma de autoría es preocupante. La postura que sostengo actualmente se separa en parte de la mantenida por mí misma hace unos años, favorable a extender la autoría mediata a los aparatos organizados de poder⁴¹. Parto ahora del rechazo de la autoría mediata no sólo en el marco de las organizaciones empresariales, sino también en organizaciones criminales. La razón principal para excluir la autoría mediata en estos casos se basa en la premisa de que la instrumentalización de otro se consigue con la manipulación de la situación a través de la provocación en otra persona de un déficit de conocimiento o de libertad⁴². Déficit respecto al cual es responsable la persona de detrás. Trasladado este planteamiento a los aparatos organizados de poder, no queda más opción que rechazar la autoría mediata

52 ss. Este último autor se manifiesta a favor de la tesis de la participación para calificar a los dirigentes de la organización, rechazando, no obstante, la inducción “por resultar incompatible con nuestro ordenamiento jurídico que no admite la inducción en cadena”, acaba decantándose por la complicidad o la cooperación necesaria “en función de la aportación que realicen al delito” (p. 78).

³⁹ Vid. un detallado análisis de la cuestión en la jurisprudencia española en GIL GIL, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, pp. 53 ss.

⁴⁰ Vid. SSTS 1022/2012, 19-12 y 852/2012, 30-10.

⁴¹ Sobre ello, vid. BOLEA BARDON, La autoría mediata en algunos supuestos de error, RDPC, 2ª época, 12, 2003, pp. 13 ss.; LA MISMA, Autoría mediata en Derecho penal, 2000, pp. 153 ss.

⁴² Parcialmente de acuerdo con este planteamiento, MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., 2011, pp. 388 ss., puesto que admite la instrumentalización y, en consecuencia, la autoría medita más allá de los casos de error y coacción; concretamente, en supuestos de falta idoneidad del ejecutor material para ser autor (“instrumento doloso no cualificado”).

basada en el dominio de la organización. En efecto, no se aprecia en el ejecutor material ni un déficit de conocimiento ni de libertad que permita afirmar que está siendo instrumentalizado por el hombre de detrás.

Sentado lo anterior, sigue pareciendo evidente la necesidad de considerar al hombre de detrás autor tanto por razones político-criminales como criminológicas⁴³. Pero la construcción de una autoría partiendo de dichas consideraciones no puede prescindir de una fundamentación dogmática. Abandonando, como se ha mencionado, la postura defendida por mí en el pasado, me inclino en estos momentos por solucionar los casos de organizaciones criminales a través de la figura del autor tras el autor pero no por vía de la autoría mediata, ya que falta la instrumentalización consustancial a dicha forma de autoría, sino a través de la coautoría. La tesis defendiendo actualmente es entender que en estos casos se debe llegar a la figura del autor tras el autor desde la coautoría (vertical)⁴⁴. Coautoría vertical porque no se establece una relación horizontal entre los sujetos. En efecto, hombre de detrás y ejecutor material actúan desde posiciones bien diferenciadas: una, con poder de mando y otra, con poder de ejecución. La autoría del ejecutor material es incuestionable porque ejecuta el hecho con plena responsabilidad, decidiendo llevar a cabo los actos ejecutivos que le vienen ordenados desde instancias superiores. Por su parte, el fundamento de la responsabilidad como autor del hombre de detrás se basa en la consideración de que el ejecutor material no determina el hecho en todos sus elementos esenciales, y ello, pese a su plena responsabilidad penal. Calificar la actuación del hombre de detrás como partícipe por inducción no recogería el completo desvalor del hecho⁴⁵. Ambos sujetos, desde sus distintas posiciones, configuran el hecho global en sus elementos esenciales. Por ello, entiendo que sólo la coautoría (vertical) expresa el injusto completo del (único) hecho. En este proceso de espiritualización de la coautoría no operaría el principio imputación

⁴³ En esta misma línea entiende que la pena que merece el hombre de detrás en estos casos es la de la autoría, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, En los límites de la inducción, InDret 2/2012, p. 13, rechazando expresamente su calificación como inductor (aunque tenga prevista la misma pena) por entender que debe ser considerado un verdadero (co)autor.

⁴⁴ A favor de la admisión de la coautoría vertical en la doctrina española, ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003, pp. 269 ss.

⁴⁵ Como acertadamente señala ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2/2012, p. 6, en los casos de aparatos organizados de poder, “la responsabilidad del superior no es de menor intensidad que la del inferior, pese a la distancia y autorresponsabilidad del ejecutor, pues sus actos organizativos tienen una dimensión de injusto desde el punto de vista normativo particularmente grave, reflejándose plenamente en el injusto del hecho que exterioriza el ejecutor”. Tampoco considera ROBLES PLANAS que la responsabilidad del hombre de delante sea un obstáculo a la valoración de la autoría del hombre de detrás (p. 7).

recíproca, propio de la coautoría horizontal, puesto que si bien al hombre de detrás se le puede imputar lo ejecutado por el ejecutor material, a éste no se le podría imputar de forma legítima la aportación del que ostenta el poder de mando, quien sin duda ha organizado mucho más. A lo sumo, se le podrá atribuir el servir de cauce para que lo decidido y planificado por otro (el hombre de detrás) se acabe ejecutando. Por tanto, en la coautoría vertical estaríamos ante una imputación del hecho global a cada uno de los intervinientes y no ante una imputación recíproca de las distintas aportaciones⁴⁶.

Desde el punto de vista de la legislación vigente en España, acudir a la autoría mediata para calificar como autores a los mandos dirigentes de la organización criminal es problemático puesto que el art. 28 CP utiliza la expresión “por medio del otro del que se sirven como instrumento” (frente a su homóloga alemana: “a través de otro”, sin utilizar el término instrumento en su definición de autoría mediata). Por el contrario, la coautoría vertical resulta perfectamente encuadrable en el término “conjuntamente” del art. 28.I (II). Coautoría que, a diferencia de la horizontal, no requiere intervención en la fase ejecutiva. Con ello se consigue además mantener intacto el concepto de instrumentalización propio de la autoría mediata.

La tesis planteada por SCHÜNEMANN en relación con la atribución de responsabilidad individual en el marco de la empresa es ciertamente sugerente pues vincula la posición de garante del empresario (administrador, directivo, etc.) con su intervención activa en el hecho. Comparto plenamente el rechazo expresado por él y otros autores a la autoría mediata en este ámbito. A mi juicio, no hay autoría mediata porque no se da ninguna forma de instrumentalización⁴⁷. La cuestión es si esa intervención activa estando en posición de garante no le convierte en autor directo sin necesidad de pasar por la coautoría. La respuesta depende de la conexión que se establezca entre autoría y ejecución del hecho. Si se parte de que la acción ejecutiva descrita en el tipo es la base de la autoría (expresado en su sentido más tradicional: el que ejecuta el hecho es siempre autor), la solución de la coautoría parece inicialmente adecuada para captar la responsabilidad del de detrás dada la ejecución a título de autor

⁴⁶ De forma gráfica habría que dibujar dos círculos concéntricos ya que comparten un mismo centro (la ejecución). Mientras la ejecución es imputable a ambos, quedan elementos que sólo son imputables al hombre de detrás (planificación, organización y decisión sobre la comisión del delito).

⁴⁷ En efecto, dicha instrumentalización se dará cuando el hombre de detrás genere en el ejecutor material un déficit de conocimiento o un déficit de libertad, pero sin que se pueda trasladar sin más al ámbito de la delincuencia empresarial.

del de delante⁴⁸. Sin embargo, en realidad se trataría de una autoría no ejecutiva en relación al garante y en muchos casos ni siquiera el sujeto que ejecuta el hecho cumpliendo órdenes del superior jerárquico responderá como coautor (actos neutrales), por lo que decae el presupuesto de la autoría. Si, en cambio, se admite la posibilidad de una autoría no ejecutiva más allá de los casos de autoría mediata, especialmente en relación a aquellos delitos en los que la ejecución físico-corporal del hecho no sea un elemento esencial en la configuración del injusto típico, la ejecución del hecho deja de equiparse a la autoría, pudiendo dar lugar a una participación o, incluso, a no generar responsabilidad penal⁴⁹. Siguiendo este planteamiento, la discusión acerca de las formas de intervención en el delito decae en estos supuestos a favor de la autoría directa.

La opción por la autoría directa va en la línea de la tesis que se va imponiendo en la dogmática más moderna de que la ejecución físico-corporal del hecho no siempre determina la figura central del delito, es decir, que no necesariamente es autor el que realiza los últimos actos que conducen a la lesión del bien jurídico. Ya en trabajos anteriores me pronuncié en contra de extender al ámbito de la empresa la construcción de la autoría mediata basada en el dominio de la organización⁵⁰. Tampoco cabe afirmar que en la doctrina española haya prosperado dicha propuesta⁵¹. Seguramente, ello se deba a que la solución haya que buscarla por otra vía. Así, por regla general, no es correcto acudir a la figura de la autoría mediata para hacer responder como autor a la

⁴⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actual en lugar de otro, en LH-Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 986 s.

⁴⁹ Cfr., en este sentido, ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2/2012, pp. 3 ss., partidario de admitir la autoría no ejecutiva en los casos de ausencia de desaprobación en la conducta fácticamente ejecutiva, siempre que se pueda afirmar que el no ejecutor ha generado de forma desaprobada el riesgo de producción del resultado; EL MISMO, La autoría no ejecutiva, editorial, InDret, 2/2012.

⁵⁰ Vid. BOLEA BARDON, Autoría mediata en Derecho penal, 2000, pp. 397 ss. Interpreta incorrectamente mi posición FARALDO CABANA, Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, (dir. Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo), 2008, p. 98, nota 37, cuando afirma que acabo admitiendo la autoría mediata en este ámbito en algunos casos. Tampoco acierta GIL GIL, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, p. 73, nota 80, al mencionarme entre los partidarios de prescindir del requisito de la desvinculación al derecho.

⁵¹ En contra del traslado del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder al ámbito empresarial, FEIJOO SÁNCHEZ, Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, en Estudios monográficos. Empresa y Derecho penal, La Ley Penal, 40, 2007, p. 12. Ampliamente, sobre los argumentos esgrimidos por la doctrina para rechazar la utilización de la autoría mediata a través del dominio de la organización en la criminalidad de empresa, vid. FARALDO CABANA, Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, (dir. Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo), 2008, pp. 97 ss.; GÓMEZ-JARA, ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas, CPC, 88, 2006, pp. 138 ss.

persona que, desde una clara posición de mando, toma las decisiones que determinan la comisión de hechos delictivos en el marco de la empresa. En efecto, como se ha afirmado, en la mayoría de casos en que el delito cometido en la empresa se pueda imputar a la dirección de la misma, la atribución de responsabilidad a la persona física será a título de autor directo y no mediato. Esta conclusión conduce necesariamente a plantearse la cuestión de las posiciones de garantía en la empresa y más concretamente, a debatir la relevancia normativa para el hecho de las conductas activas y omisivas realizadas en la empresa desde posiciones de superioridad jerárquica.