

POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA CON APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA EMPRESA

(Artículo publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, págs.89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9)

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña – España

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. LA PROPUESTA DE ROXIN. III. ¿ES LA EMPRESA UN APARATO ORGANIZADO DE PODER? 1. Determinaciones previas. 2. Intercambiabilidad de los ejecutores. 3. Estructura jerárquica. 4. Desvinculación del Ordenamiento jurídico. 5. Críticas derivadas de la vigencia del principio de responsabilidad. La propuesta de un injusto de organización. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad actual se caracteriza por el aumento de fenómenos asociativos de gran complejidad organizativa. Hace ya tiempo que se sabe que estos fenómenos son de difícil aprehensión con las formas tradicionales de autoría y participación, pensadas originalmente para supuestos de intervención de pocos individuos en el hecho delictivo. El problema de imputar responsabilidades individuales por procesos colectivos se manifiesta con toda claridad a la hora de distinguir entre autoría y participación en el marco de la empresa.

Las organizaciones complejas, entre las que se cuenta la empresa, se basan en la división del trabajo con reparto de funciones y el principio de jerarquía. Esto da lugar a que con frecuencia quien decide la acción y quien la ejecuta sean personas distintas. En efecto, la confluencia de los dos principios citados, división de funciones y jerarquía, da lugar a la aparición de organizaciones en cuyo seno los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva no coinciden con los responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo y han ordenado su realización¹. La estructura vertical de la organización propicia esa separación entre los dirigentes y los simples ejecutores. Aplicar los esquemas tradicionales de autoría y participación, centrados en la responsabilidad penal del ejecutor material del delito, “produce así en la práctica un traslado de la imputación personal

¹ Vid. ya SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pp. 30 ss; del mismo autor, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *ADPCP* 1988, pp. 531 ss. En España, entre otros, GRACIA MARTÍN, L., “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, *Actualidad Penal* 1993-1, pp. 213-214; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 488; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 38 ss.

hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley”².

En la actualidad se estima que la atribución de responsabilidad penal en concepto de autoría únicamente a los meros ejecutores no sólo puede tener consecuencias negativas para el efecto preventivo del Derecho penal³, sino que no permite apreciar correctamente la influencia de quien ocupa el vértice de la organización en la comisión del delito, motivo por el cual se hace necesario encontrar una vía que permita considerar autores también a los dirigentes⁴.

Conviene advertir que el problema que vamos a tratar, centrado en la estructura jerárquica y la división del trabajo, no es exclusivo de la delincuencia económica o empresarial, puesto que también se plantea en el marco de la delincuencia organizada en general, así como en los delitos contra la Administración pública, entre otros sectores de la delincuencia⁵.

Se han elaborado diversas propuestas con el fin de hacer frente a estas formas de delincuencia en las que la nota característica es el alejamiento de los integrantes de la cúpula de la organización respecto de la ejecución personal del delito, complementada por la capacidad de decisión de esos mismos dirigentes. Una de ellas ha sido optar por la calificación de autores mediatos para los dirigentes de la organización en relación con los delitos dolosos cometidos a sus órdenes por sus subordinados⁶. No plantea muchas dudas la posibilidad de apreciar autoría

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 197, siguiendo a SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas”, cit., p. 533.

³ “Porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta sólo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información...; porque dicho órgano sólo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo*..., a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización "pero si yo sólo actúo de un modo altruista en interés de la casa"; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización... son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada”. SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas”, cit., p. 533. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 368, donde apunta que las estructuras de imputación deben ser aptas para atribuir el hecho a los responsables situados en los niveles superiores, de tal manera que se satisfagan las necesidades preventivas.

⁴ Destaca SCHLÖSSER, J., “Der Täter hinter dem Gehilfen”, *JR* 2006, Heft 3, p. 104, que la cambiante representación de la responsabilidad propia de quien actúa en el marco de un determinado sistema social está en el origen de la teoría de los aparatos organizados de poder.

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad penal”, cit., p. 368; del mismo autor, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 12 ss. En la doctrina alemana, RANSIEK, A., “Strafrecht im Unternehmen und Konzern”, *ZGR* 1999, pp. 633 ss.

⁶ Se sigue así la Resolución II.1 de la Sección I del XVI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Budapest en 1999, y que recomendaba una “cautelosa modernización (de la regulación tradicional de la autoría y participación) basada en el principio de la responsabilidad por organización”.

mediata por coacción, por error o por utilización de inimputables o menores, pero estas formas, con la excepción de la provocación o aprovechamiento de un error, raramente se dan en la delincuencia empresarial⁷. Más problemático e interesante resulta el caso en que el ejecutor actúa libre, dolosa y responsablemente, para cuya solución se ha propuesto la construcción de la autoría mediata con aparatos organizados de poder, que en la actualidad es objeto de debate intenso en la doctrina, tanto en lo que respecta a su admisibilidad en general cuanto en lo que se refiere a su traslación al marco de las empresas, en la medida en que se pueda entender que la empresa constituye un aparato organizado de poder⁸.

La construcción de la autoría mediata con aparatos organizados de poder ha conseguido una gran proyección en la doctrina y jurisprudencia alemanas, pero no por eso ha dejado de ser controvertida, en particular en su aplicación a fenómenos propios de la criminalidad económica.

No se va a tratar la cuestión de la calificación dogmática de la conducta de los ejecutores del hecho delictivo, pues siempre que nos movamos en el ámbito de los delitos comunes no plantea demasiadas dificultades. El aspecto que será objeto de análisis es la atribución de responsabilidad a quienes están situados jerárquicamente en niveles superiores al ocupado por el ejecutor material, hasta llegar al dirigente de la organización, por los delitos que ha ordenado cometan los subordinados en interés de la empresa y que éstos, en efecto, cometen siguiendo las órdenes recibidas. Con este fin, en primer lugar, analizaré la caracterización de esta forma de autoría mediata tal y como fue elaborada por ROXIN, que la dio a conocer. En un segundo momento me centraré en la empresa, con el fin de determinar si reúne las características que ROXIN ha descrito como propias de un aparato organizado de poder, para llegar por último a unas conclusiones propias respecto de la aplicación de la construcción teórica de la autoría mediata por dominio de la organización a la empresa.

Se parte en todo momento de que si no logramos oponernos a la huida generalizada hacia la “irresponsabilidad a través de la organización” desarrollando con claridad los aspectos que permitan fundamentar la “responsabilidad por organización”, las perspectivas de futuro del Derecho penal se oscurecen, en particular cuando se comprueba el aumento de las nuevas esferas de funciones en el ámbito de actividades colectivas⁹.

II. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. LA PROPUESTA DE ROXIN

Claus ROXIN distingue tres formas de dominio del hecho: dominio del hecho por acción,

⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, 2ª ed. cit., pp. 495-496.

⁸ En la doctrina alemana, vid. entre otros, OTTO, H., “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, *Jura* 2001, pp. 753 ss; ROTSCH, T., “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, *NSiZ* 1998, pp. 491 ss. En la española, entre otros, MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 181 ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 57 ss; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 165 ss.

⁹ Cfr. BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *GA* 1996, pp. 441-442.

por la voluntad y funcional. El primero, dominio de la acción, se aplica a los casos de autoría única inmediata; el segundo, dominio por la voluntad, a la autoría mediata; y el tercero, dominio del hecho funcional, a la coautoría¹⁰. El dominio de la voluntad puede, a su vez, asumir tres modalidades distintas: "mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor...; también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error...; asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales...; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso..."¹¹. Alude así el autor alemán, de forma sintética, al dominio de voluntad por coacción, por error, por utilización de inimputables y menores o en virtud de aparatos organizados de poder, también denominado "dominio por organización".

ROXIN se preocupa especialmente por justificar la necesidad de una nueva forma de dominio de la voluntad, delimitando los supuestos de dominio de la organización de los casos de error y de coacción. En relación con los dirigentes nazis que ordenaron el exterminio judío, ROXIN afirma que su autoría mediata no se basa en el dominio de la voluntad conseguido a través de coacción, pues en los juicios de Nuremberg no se pudo probar ningún caso en que alguien fuera ejecutado o internado en un campo de concentración por negarse a cumplir una orden relacionada con el exterminio judío, siendo como máximo sancionado con un traslado o no siendo ascendido en el escalafón cuando hubiera correspondido¹². Tampoco admite ROXIN que fuera posible aplicar la obediencia debida como causa de justificación a los ejecutores materiales, ni la relevancia de un posible error en el que habrían incurrido al creer equivocadamente que les era aplicable la mencionada causa de justificación¹³.

Descartados el error y la coacción, ROXIN elabora un nuevo criterio que le permita fundamentar la autoría del hombre de atrás: el dominio por organización. Esta última modalidad del dominio de la voluntad consiste, en opinión de ROXIN, en la utilización por parte del hombre de atrás de "una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor"¹⁴, puesto que se trata de una organización que "funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor", que es sustituible, dato del que es consciente el hombre de atrás pues "sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización

¹⁰ No son pocos los autores que consideran que los casos que nos ocupan se pueden solucionar satisfactoriamente considerando coautores al dirigente y al ejecutor material. En Alemania, entre otros, JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrat", *NStZ* 1996, pp. 26-27; JESCHECK, H.-H./ WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 670; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln-Berlin-München, 2004, p. 121. En España, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 94-96 y 127 ss. Vid. una exposición crítica de esta tesis en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 128-159.

¹¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed. Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2000, p. 164.

¹² Cfr. ROXIN, C., "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *GA* 1963, p. 199.

¹³ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 271.

¹⁴ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 268.

de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global"¹⁵. Por tanto, en estos supuestos "no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible"¹⁶.

De esta forma, ROXIN considera la intercambiabilidad del ejecutor como el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos. Tal intercambiabilidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes incluso sin conocimiento personal alguno¹⁷. La intercambiabilidad se comprueba claramente al observar que aun en caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla no podrá impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución a él¹⁸. Por tanto, los casos que analizamos se caracterizan por que el ejecutor no puede evitar con su negativa a actuar la consumación del delito, ya que únicamente está en su mano anular o neutralizar su anterior aportación en el sentido de impedir que su prestación influya en la efectiva lesión del bien jurídico. Por su parte, el hombre de atrás sí puede evitar la consumación dando una contraorden. "El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer"¹⁹. De esta forma el hombre de atrás se convierte en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central en el suceso, a pesar de la lejanía respecto del mismo. Precisamente esto caracteriza el dominio de la organización: "la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato"²⁰.

Además de la intercambiabilidad de los ejecutores, consecuencia de que la organización

¹⁵ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 270. De esta forma, entiende el autor alemán que quien da las órdenes "domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción". ROXIN, C., "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 63.

¹⁶ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 271.

¹⁷ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 272; del mismo autor, "Sobre la autoría y participación", cit., p. 63.

¹⁸ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 272; del mismo autor, "Sobre la autoría y participación", cit., p. 63.

¹⁹ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 273.

²⁰ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 274. Vid. también BAUMANN, J., "Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung", *NJW* 1963, p. 564; del mismo autor, "Gedanken zum Eichmann-Urteil", *JZ* 1963, p. 114; SCHROEDER, F.-C., "Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung", *ROW* 1964, p. 106; del mismo autor, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, p. 167. Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß", *MschKrim* núm.45, 1962, p. 79, quien, además de recoger literalmente las palabras que después ROXIN hará suyas, empleadas por primera vez por el Tribunal de Jerusalén que juzgó el caso Eichmann, pone de relieve que la lejanía del hombre de atrás respecto del escenario del delito no carece de significado, puesto que la carga emocional provocada por el crimen es menor conforme aumenta esa distancia, extremo que ha sido comprobado a través de experimentos realizados por psicólogos sociales.

tiene ya una cierta dimensión, exige ROXIN que el aparato organizado de poder funcione, en su totalidad, fuera del marco del ordenamiento jurídico²¹. Esta característica, que ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que “en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás”²².

Debe advertirse que el orden jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado, sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural²³. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose con ello la aludida nota de la actuación fuera del marco del orden jurídico como característica del dominio de la organización.

Posteriormente ha añadido ROXIN como característica fundamentadora del dominio de la organización la disposición del ejecutor a la comisión del hecho, significativamente aumentada por su integración en una organización que actúa al margen del Ordenamiento jurídico y en la cual existe una tendencia a acomodarse, a cumplir las órdenes, que es lo que se espera de los miembros. En este contexto, reconoce ROXIN el apoyo que prestan a la fundamentación del dominio de la organización los criterios en su día desarrollados por SCHROEDER, sobre la disposición a la comisión del hecho²⁴, y por HEINRICH, sobre la *Tatgeneigheit* típica de la organización²⁵: en efecto, la prácticamente segura capacidad de imponerse del hombre de atrás se debe a la estructura y forma de actuación del aparato, siendo los criterios apuntados el resultado de la influencia organizativamente condicionada, que junto a los anteriormente recogidos permite fundamentar la seguridad respecto de la realización del hecho que fundamenta

²¹ ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 276-278; del mismo autor, “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, *Doctrina Penal* 1985, pp. 407-408.

²² ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 277; del mismo autor, “Voluntad de dominio de la acción”, cit., p. 407.

²³ Sobre la aceptabilidad de argumentos suprapositivos o de Derecho natural immanentes a los Estados de los que podemos extraer conclusiones que el propio orden jurídico de esos Estados no extrae, vid. ampliamente, desde perspectivas muy distintas, ALEXY, R., “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *DOXA* núm.23, 2000, pp. 204 ss; JAKOBS, G., “Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?”, *DOXA* núms.17-18, 1995, pp. 445 ss; distingue entre Derecho natural y Derecho suprapositivo GRÜNWALD, G., *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Peter Hanstein Verlag, Bonn, 1971, pp. 6 ss, que critica que el último suponga el abandono del principio de legalidad recogido tanto en la Constitución como en el Código penal; KAUFMANN, Arthur, “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht”, *NJW* 1995, pp. 85-86, quien procede a realizar una clarificación de los conceptos “derecho supralegal”, “derecho suprapositivo” y “derecho natural” (pp. 81-82); NEUMANN, U., “Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA”, *DOXA* núms.17-18, 1995, pp. 435 ss.

²⁴ Cfr. SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter dem Täter*, cit., p. 168.

²⁵ Cfr. HEINRICH, M., *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, C. H. Beck, München, 2002, p. 273.

la autoría²⁶.

Con el fin de no ensanchar el ámbito de aplicación de su tesis hasta extremos que supondrían su desnaturalización, ROXIN se preocupa de especificar que no es aplicable cuando “una media docena de elementos asociales se juntan para cometer hechos delictivos y eligen a uno de ellos como su jefe..., puesto que la comunidad descansa sobre las relaciones individuales de los partícipes entre sí y no tiene nada que ver con la cambiabilidad (sic) o fungibilidad de los miembros, que es la forma específica de la voluntad del dominio para estos casos”²⁷. E incluso llega a poner en duda que la tesis que sustenta se pueda aplicar al supuesto en que un servicio secreto extranjero ordena un asesinato político en territorio alemán (caso Staschynskij²⁸), puesto que no puede decirse que exista una reserva de personas dispuestas a cumplir la orden de la envergadura necesaria para poder hablar de sustituibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores.

Como cabe observar, pues, el dominio por organización, tal y como lo construye ROXIN, no tiene un ámbito de aplicación muy amplio, lo que se debe en buena medida a que ROXIN exige que el aparato organizado de poder actúe por completo al margen del Ordenamiento jurídico, circunstancia que sólo se produce en casos muy concretos. En efecto, esta forma de autoría mediata basada en el dominio de la organización tiene su campo de aplicación natural, según su más destacado representante, en el delito de genocidio.

Retomando las palabras de JÄGER que, siguiendo una tesis bastante extendida en el Derecho penal internacional, afirma que el genocidio es un delito que es de todo punto inimaginable como hecho individual completamente privado²⁹, señala ROXIN que “los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones... no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello por lo que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están cortadas asimismo por el patrón del hecho individual, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total”³⁰.

Por tanto, se ha de poner de relieve que ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos contrarios al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas, que son, como hemos visto, que se trate de un aparato organizado de poder con fuerte estructura jerárquica, que el número de miembros dispuestos a cumplir la orden permita afirmar la sustituibilidad del ejecutor y, por último, que la

²⁶ Así, ROXIN, C., *Täterschaft*, cit., pp. 706-707.

²⁷ ROXIN, C., "Voluntad de dominio de la acción", cit., p. 409; del mismo autor, *Autoría*, cit., p. 278.

²⁸ El Tribunal Supremo Federal consideró autores a quienes ordenaron un atentado cometido en la República Federal de Alemania por un agente secreto, calificando a éste de cómplice. BGHSt 18, 87, 88 ss.

²⁹ Cfr. JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß", cit., p. 78.

³⁰ ROXIN, C., "Straftaten", cit., p. 193.

organización esté desvinculada del ordenamiento jurídico³¹. Esto ha llevado a plantear la cuestión acerca de si esta construcción dogmática es aplicable en las empresas cuando la comisión de delitos por parte de los empleados viene determinada por órdenes impartidas por los administradores o gerentes, aspecto que trataremos a continuación.

III. ¿ES LA EMPRESA UN APARATO ORGANIZADO DE PODER?

1. Determinaciones previas

La extensión de la tesis del dominio de la organización a la criminalidad de empresa es sumamente discutida³², y ello a pesar de que desde hace años se constata que el empleo de las estructuras clásicas de imputación en este terreno lleva a la “irresponsabilidad organizada”³³, puesto que se han construido en referencia a la actuación individual de una persona física y no se adaptan con facilidad a la realización de delitos en el marco de estructuras empresariales, que son entes dotados de un alto grado de institucionalización, hasta el punto de que se ha podido afirmar que “las grandes empresas capitalistas modernas constituyen, en general, por su organización interna, modelos inigualados de organización burocrática rigurosa”³⁴.

En lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo Federal alemán ha aplicado esta construcción en el ámbito empresarial, si bien con escasa corrección³⁵, con el propósito, en no pocas ocasiones, de solventar problemas de prueba³⁶.

³¹ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 277-278.

³² Con la expresión “criminalidad de empresa”, cuyo contenido fue determinado por SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas”, cit., pp. 529 ss, me refiero a los delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa, que plantean cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas específicas, muy distintas de las que se suscitan en relación con los delitos clásicos. Téngase en cuenta, por tanto, que no voy a hacer referencia a los supuestos de criminalidad en la empresa, esto es, a los delitos que se llevan a cabo por los trabajadores o directivos de una empresa contra la propia empresa o contra los demás trabajadores o directivos, los cuales pueden reconducirse sin demasiadas dificultades a las reglas generales que disciplinan la autoría y la participación en los delitos tradicionales. Sobre estas distinciones y su relación con la categoría de los delitos socioeconómicos, vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 67 ss.

³³ Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 30 ss.

³⁴ WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, Leviatán, Buenos Aires, s/f, p. 50.

³⁵ Vid. entre otras las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Federal de 6 de junio de 1997 (*NStZ* 1997, p. 544) y de la Sala Cuarta de 11 de diciembre de 1997 (*Wistra* 1998, p. 148), duramente criticadas por ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 661-662, que les reprocha que “casi da la impresión de que ha de hacerse responder como autor mediato al empresario por todo lo que ocurre en su empresa aun cuando ello sólo esté abarcado por su saber y voluntad de una forma muy genérica”. Vid. también la sentencia de la Sala Quinta del mismo Tribunal, de 14 de mayo de 2004, caso Bremer Vulkan (*JR* 2006, Heft 2, pp. 77-83), en la que se acepta la autoría mediata con aparato organizado de poder por parte de los directivos de la empresa madre en un grupo de empresas, admitiendo por primera vez que el dominio por organización puede tener lugar en los grupos de empresas. En la doctrina se ha podido afirmar, a la vista de la evolución jurisprudencial, que “la jurisprudencia acepta con regularidad la autoría mediata”. KUHLEN, L., “Strafrechtliche Produkthaftung”, en ROXIN, C./ WIDMAIER, G. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2000, p. 671.

³⁶ Lo apunta ROTSCH, T., “Neues zur Organisationsherrschaft”, *NStZ* 2005, p. 13.

En cuanto a la doctrina, la posición mayoritaria es contraria a una extensión de este cariz³⁷, como también es contrario el propio ROXIN³⁸, si bien en sus últimos pronunciamientos apela a la necesidad de una investigación más detallada antes de dar una respuesta³⁹. Esta negativa se apoya en varios argumentos que analizaremos a continuación. Como paso previo conviene dejar constancia de que no se van a tratar aquí los casos en que no se ordenó la realización del injusto típico, que sin embargo sí hubiera podido ser impedido a través de la vigilancia y el control de quienes ocupan posiciones dirigentes en la empresa, esto es, lo que se conoce como responsabilidad del superior por falta de vigilancia.

³⁷ Vid. entre otros, AMBOS, K., "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", *RDPC* núm.3, 1999, pp. 156-157; del mismo autor, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *GA* 1998, p. 239; BOTTKE, W., "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D.-M. (Coords.), *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 183-184; del mismo autor, "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *Revista Penal* núm.4, julio 1999, pp. 26 ss; del mismo autor, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, p. 72; HEINE, G., "Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik", en ARNOLD, J. y otros (Hrsg.), *Beiträge für Albin Eser*, Freiburg i. Br., 1996, p. 63; KÜPPER, "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen", *GA* 1998, p. 525; OTTO, H., "Täterschaft", cit., p. 759; ROTSCH, T., "Die Rechtsfigur", cit., pp. 493 ss; del mismo autor, "Neues", cit., pp. 16 ss; SCHMID, N., "Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen", *ZStrR* 1988, p. 170.

En España, entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 92 ss, que, a pesar de reconocer que los aparatos organizados de poder presentan similitudes con las grandes empresas, niega que la solución de la autoría mediata sea la adecuada; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 200; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 185 ss; PÉREZ CEPEDA, A. I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 412; de la misma autora, "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", *Revista Penal* núm.9, enero 2002, p. 118, donde opta por la inducción; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios de asignación", cit., pp. 9 ss. Vid. también en contra, en la doctrina portuguesa, FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización"", en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 106; SERRA, T., "A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* núms.3 y 4, 1995, p. 303. En la americana, en contra, BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, Julio César Faira-Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2007, *pássim*.

A favor, KUHLEN, A., "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten", en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, pp. 82 ss; LACKNER, K./ KÜHL, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23. Aufl. C. H. Beck, München, 1999, § 25 Rn.2; RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 46 ss. En España, por todos, BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 397-401, quien efectúa algunas puntualizaciones pero acaba admitiendo la

En estos supuestos surge el problema de imputar el delito cometido por el subordinado al dirigente en comisión por omisión, o mediante un delito de omisión del deber de vigilancia o de impedir delitos, cuando éste no ha ordenado la comisión de delitos pero de forma imprudente o dolosa ha infringido su deber de control y vigilancia sobre las actividades de sus subordinados.

En los casos que aquí nos ocupan, por el contrario, partimos de que el dirigente ha impartido la orden de cometer un delito, que la orden ha sido cumplida dolosamente por el subordinado y que el delito cometido por el subordinado está en relación con la actividad que desarrolla en la empresa. A estos supuestos se equiparan las situaciones en las que el dirigente ha creado dolosamente las condiciones necesarias para la aparición de una política criminal de empresa en cuya ejecución se cometen delitos (pensemos en defraudaciones tributarias, delitos contra el medio ambiente o blanqueo de bienes), sin haber necesitado nunca dar una orden concreta.

Por ejemplo, bastándole insinuar que hay que maximizar beneficios a cualquier coste, que no importan los medios, que el interés de la empresa está por encima de cualquier consideración legal⁴⁰.

Pero analicemos ya los argumentos que se utilizan a favor y en contra de la consideración de

autoría mediata en este ámbito en algunos casos; LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002, pp. 145 ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal. Parte General. III. Los fundamentos de extensión de la tipicidad*, Leynfor, Madrid, 2001, pp. 332-333, con una fundamentación confusa y sin descartar la coautoría; MEINI, I., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 183 ss y 197-198, aunque señala que las posibilidades de aplicar la autoría mediata por dominio de la organización son más bien escasas en el ámbito empresarial.

En la doctrina americana, también a favor siempre que se trate de organizaciones económicas de gran magnitud, BRUERA, M., "Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002, p. 264.

³⁸ ROXIN, C., *Täterschaft*, cit., pp. 715-717; del mismo autor, "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", en ROXIN, C./ WIDMAIER, G. (Hrsg.), *50 Jahres Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 192 ss.

³⁹ Cfr. ROXIN, C., "Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg", en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, p. 56.

⁴⁰ Como apunta FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 41, "los estudios sobre criminalidad de empresa demuestran también que normalmente resulta difícil reconducir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a una decisión individual. Más bien suele ser fruto de un proceso de acumulación de un *management* defectuoso o de una determinada actitud, cultura, ética o filosofía empresarial". Sobre esta cuestión, vid. en la doctrina alemana, entre otros, LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *ZStW* 1994, pp. 715-716 y 732-733; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 22 ss. En España, por todos, GÁNDARA VALLEJO en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 55-56; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 228.

la empresa como aparato organizado de poder.

2. Intercambiabilidad de los ejecutores

La intercambiabilidad de los ejecutores como fundamento del dominio de la organización ha suscitado críticas ya desde el primer momento. Lo cierto es que sólo entra en consideración para la realización del hecho en cada caso un número limitado de personas, de manera que prácticamente nunca cabría hablar de un número ilimitado de sujetos dispuestos a llevar a cabo el hecho⁴¹. Pero resulta que no es necesario un número ilimitado de personas para afirmar la intercambiabilidad de los ejecutores. Basta que el número existente en el momento de dar la orden sea suficiente para posibilitar el reemplazo en caso de negativa a actuar por parte de alguno de los miembros de la organización⁴². Desde esta perspectiva, la intercambiabilidad no debe comprobarse en el momento de la ejecución del delito, sino antes, cuando el hombre de atrás da la orden, momento en el cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a cumplirla, con independencia de que al final sólo sea uno o unos pocos los que la ejecuten, pues si no fueran ellos serían otros. A ello se ha opuesto que poco importaría que hipotéticamente el ejecutor sea fácilmente sustituible cuando lo cierto es que en el caso concreto no ha sido sustituido y, como es sabido, en Derecho penal carecen de importancia los cursos causales hipotéticos, pues "las consideraciones hipotéticas no pueden fundamentar el dominio fáctico del instrumento. El hombre de atrás tiene la posibilidad, garantizada a través del aparato, de realizar sus planes independientemente de la persona del ejecutor. Pero esta posibilidad no puede suplir la falta de dominio fáctico en el caso concreto, si no se quiere hacer saltar por los aires el fundamento de la teoría del dominio del hecho. Tampoco la alta probabilidad garantizada por el aparato de que el hombre de atrás pueda imponer sus órdenes es suficiente para la fundamentación de la autoría"⁴³. Al realizar esta objeción se incurre en el error de confundir la

⁴¹ Cfr. MURMANN, U., "Tatherrschaft durch Weisungsmacht", *GA* 1996, pp. 273-274, para quien la expectativa fundada del hombre de atrás de que la organización funcione no es suficiente para fundamentar su dominio del hecho. Vid. también JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft", cit., p. 27, quien sostiene que la intercambiabilidad no es más que un dato naturalístico insignificante y carente de relevancia normativa; del mismo autor, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, trad. de la 2ª ed. alemana, p. 783, nm.103, nota núm.190, donde pone de relieve que en lo que respecta a los crímenes nazis no todos los ejecutores eran sustituibles a la vez; HERZBERG, R. D., "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, pp. 37 ss; KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, p. 510; ROTSCH, T., "Täterschaft", cit., p. 528. En España, entre otros, FERRÉ OLIVÉ, J. C., "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLO, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 95.

⁴² Cfr. LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen vei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Shaker Verlag, Aachen, 2000, pp. 87 ss. Esta solución también es aplicable a los supuestos de perentoriedad en los que la ejecución sólo puede realizarse en un concreto momento y lugar, de forma que si en ese concreto momento y lugar sólo existe a disposición un ejecutor no podrá hablarse de fungibilidad, la cual se daría únicamente cuando justamente en esa situación existe un mayor número de personas dispuestas a la realización del hecho. LANGNEFF, K., *op. cit.*, pp. 89-91.

⁴³ RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997, p.

intercambiabilidad del ejecutor con la alta probabilidad de que el delito se cometa⁴⁴, probabilidad que, en efecto, puede ser igual en casos de inducción y en supuestos de autoría mediata por dominio de la organización. Lo que fundamenta la autoría mediata en los supuestos de dominio de la organización es que el hombre de atrás puede estar seguro de que, aunque el ejecutor concreto ejerza su libertad negándose a cometer el delito, la organización proveerá otro ejecutor más dispuesto, lo que no es lo mismo que afirmar la existencia de una alta probabilidad de comisión del delito.

Pensemos en casos en que la dificultad de la tarea es tal que las probabilidades de éxito son escasas, a pesar de la intercambiabilidad de los ejecutores, pese a lo cual seguiremos en el marco del dominio de la organización. En la inducción, por su parte, el mandante únicamente puede confiar en el mandatario, y si éste se niega a actuar deberá inducir a otro a la comisión del delito.

Tiene más peso la observación de que la intercambiabilidad de los intermediarios no es decisiva porque no basta para conseguir su instrumentalización, puesto que, al no sufrir error ni estar sometido a coacción, el ejecutor actúa de forma plenamente responsable⁴⁵.

En este sentido afirma HERNÁNDEZ PLASENCIA⁴⁶ que "la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responda a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás".

Frente a ello hay que apuntar que lo que la intercambiabilidad de los ejecutores aporta a la

89, donde pone como ejemplo de la incorrección de esta tesis el que las posibilidades de realizar su plan de asesinato son mucho mayores para quien contrata a un asesino profesional que para quien utiliza un instrumento inimputable o que obra en error, pues todavía puede decidir en otro sentido, y ningún representante de la teoría del dominio del hecho dudaría en calificar al hombre de atrás en el primer caso como inductor, y en el segundo supuesto como autor mediato.

⁴⁴ Sobre la alta probabilidad de que se cometa el delito como fundamento del dominio de la organización, vid. BOTTKE, W., *Täterschaft*, cit., pp. 71 ss; HERZBERG, "Mittelbare Täterschaft", cit., p. 39. En la doctrina española, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *CPC* núm.88, 2006, pp. 148-150.

⁴⁵ En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, p. 457, que apunta que la intervención en la ejecución de uno o varios hombres libres "rompe la relación de causalidad existente entre el "hombre de atrás" y su instrumento". También GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 382-383. Se apela a la prohibición de regreso de FRANK, sobre la cual volveré más adelante.

⁴⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 275. También afirma que la intercambiabilidad de los ejecutores es un dato fáctico que no permite fundamentar el dominio del hombre de atrás MEINI, I., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 161-169.

teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del ejecutor material al dirigente. El hombre de delante domina la acción, pues determina positiva y negativamente el hecho delictivo que le corresponde ejecutar, pero su negativa a actuar no supone el fracaso del plan delictivo porque en su lugar se colocará otra persona proporcionada por la organización, dispuesta a cumplir la orden recibida. El hombre de atrás no puede confiar plenamente en que el concreto ejecutor realizará el delito, pues al gozar de libertad puede decidir en cualquier sentido y por tanto también en contra de la ejecución, pero sí puede confiar con fundamento en que si uno de los ejecutores ejerce su libertad y se niega a realizar el hecho la organización proporcionará otra persona más dispuesta, y por tanto puede confiar plenamente en que si da una orden ésta será ejecutada, no importa por quién. Afirmar la intercambiabilidad del ejecutor no supone quitarle importancia, pues trasladar la principal responsabilidad al que actúa detrás no es quitarle al que actúa delante la verdadera dimensión de su hecho⁴⁷, antes bien, el hecho de que el ejecutor sea considerado autor inmediato penalmente responsable habla en contra de esta objeción. La construcción del dominio por organización no pretende en modo alguno restar importancia al hecho del ejecutor material. Muy al contrario, se preocupa esencialmente por resaltar la posición decisiva que ocupa en la realización delictiva la orden emitida por el hombre de atrás.

Ya en concreta referencia al ámbito empresarial, se afirma, en primer lugar, que el hecho de que la empresa se constituye para desarrollar una actividad lícita implicaría la falta de posibilidades de sustituir al ejecutor⁴⁸, lo que enlaza con los argumentos empleados por ROXIN para negar a la empresa la condición de aparato organizado de poder, y en particular con la cuestión de la actuación al margen del Ordenamiento jurídico, que veremos más adelante. En lo que respecta a la intercambiabilidad, este argumento no es relevante. Evidentemente, así como existen organizaciones delictivas con pocos miembros y otras con muchos, también existen pequeñas empresas y empresas que tienen decenas, cientos y miles de empleados a su disposición. De hecho, se ha señalado "que las organizaciones, si bien suelen tener detrás personas que con su propia voluntad dirigen o distribuyen las funciones del grupo, también pueden llegar a un grado de complejización (sic) tal, en el que las propias funciones adquieren cierta autonomía, al margen de los sujetos que lo componen. Esto puede observarse en los casos de recambio de las singulares personas físicas, en los que la continuidad de la organización permanece"⁴⁹. Los sujetos, por tanto, pueden ser intercambiables.

⁴⁷ Como cree KORN, H.-J., "Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen", *NJW* 1965, p. 1208. Está de acuerdo con él HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata*, cit., p. 275.

⁴⁸ FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 106. En este sentido, vid. también AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 157; PÉREZ CEPEDA, A. I., "Criminalidad de empresa", cit., p. 115. MUÑOZ CONDE, F., "¿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 organizada y empresarial?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 525, pone de relieve que "no siempre se trata de un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente", y en la p. 527 considera decisivo este argumento para rechazar el dominio de la organización. En el mismo sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 184-186.

⁴⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 165, también p. 177 nota núm.47, donde añade que "la

Tampoco puede negarse la intercambiabilidad de los miembros aludiendo simplemente a que en determinados delitos contra el orden socioeconómico el ejecutor material necesita especiales conocimientos de ingeniería financiera, u ocupar cierta posición en la entidad, por lo que no resultaría fácil sustituir a un miembro de la organización por otro⁵⁰. Más en general se niega la intercambiabilidad porque en el actual mundo laboral los trabajadores deben realizar labores muy concretas, que exigen una fuerte especialización, lo que a juicio de este sector doctrinal supone la imposibilidad de sustitución⁵¹.

Esta objeción se relaciona con la división del trabajo característica no sólo de la organización empresarial, cuya eficacia depende de que cada uno de los miembros de la cadena de producción cumpla su función específica en el momento adecuado⁵², sino de toda organización burocrática⁵³.

Ahora bien, a mi juicio de nuevo se hace necesario atender al número de trabajadores a disposición de quienes ocupan el vértice de la organización, puesto que ni siquiera un experto contable o un técnico altamente cualificado son irremplazables por principio. Además, de hecho el que no se tome en cuenta a las personas concretas es la consigna del mercado y, generalmente, de toda consecución de intereses exclusivamente económicos⁵⁴.

3. Estructura jerárquica

En segundo lugar, como hemos visto, se considera que la existencia de una estructura jerárquica es un requisito indispensable del dominio de la organización. Pues bien, en el ámbito empresarial se ha objetado que “sólo muy difícilmente podría decirse que la empresa reviste la estructura jerárquica rígida que caracteriza a los aparatos organizados de poder”⁵⁵. Sin embargo, empresa es una organización funcional, donde las personas juegan un rol funcional, lo importante son las *funciones* no las personas; éstas pueden sucederse en el tiempo, siendo natural el recambio de personas físicas por meras cuestiones fisiológicas y se mantiene la continuidad de la organización”.

⁵⁰ Como hacen, entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 352; MEINI, I., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 193 ss; MUÑOZ CONDE, F., “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?”, *Revista Penal* núm.9, enero 2002, p. 80.

⁵¹ Así, por ej., entre otros, HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 104; LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, cit., pp. 112-113; RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 47; ROTSCH, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 146.

⁵² Cfr. RUDOLPHI, H.-J., "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid", en AA.VV., *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, p. 868.

⁵³ Apunta WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, cit., p. 51, que la burocratización implica en particular la posibilidad óptima de poner en práctica el principio de especialización de las funciones administrativas conforme a regulaciones estrictamente objetivas, confiando las actividades concretas a funcionarios especializados que, con la práctica, van aprendiendo cada vez más.

⁵⁴ Cfr. WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, cit., p. 51.

⁵⁵ FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 106. En Portugal, vid. también SERRA, T., "A autoria mediata", cit., p. 303. Ponen de relieve en la doctrina española y americana este hecho BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal*, cit., p. 107; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad

lo cierto es que la mayoría de las empresas, y no necesariamente sólo las calificables de grandes, disponen de las estructuras organizativas jerárquicas propias de los aparatos de poder. Las empresas modernas se caracterizan por la descentralización y división del trabajo en un sistema de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, pero también por el principio de jerarquía. El art. 5c del Estatuto de los Trabajadores enuncia entre los deberes básicos de los trabajadores "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas". El deber de obediencia del trabajador manifiesta su dependencia del empresario y es prueba de que la desigualdad entre trabajadores y empresarios no es únicamente una desigualdad socioeconómica, sino también jurídica: el empresario ordena y el trabajador obedece, lo que sin duda lleva a la conclusión de que las relaciones que se establecen entre ellos son jerárquicas y no paritarias o de igualdad.

Recordemos que obediencia jerárquica es la que prestan los subordinados a los superiores en virtud de un reparto legalmente prefijado de competencias, y en este sentido la fuerte implantación burocrática de las organizaciones empresariales las hace sustancialmente idénticas a los entes de la Administración civil y militar, aunque sí se ha querido ver una diferencia fundamental: en la función pública, entendida en sentido amplio, se exige la obediencia bajo amenaza de pena (piénsese en los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, por ej.), mientras que en la esfera privada la desobediencia sólo es constitutiva de infracción disciplinaria⁵⁶. Esta diferencia responde a la existencia de bienes jurídicos distintos: por un lado el correcto funcionamiento de la Administración pública (civil o militar), por otro el correcto funcionamiento de la empresa, hecho que ha motivado la previsión de distintos mecanismos de tutela, pero en cualquier caso no afecta a la afirmación de que en la empresa podemos encontrarnos ante un aparato organizado de poder en el sentido que estamos analizando, basado en el principio de jerarquía. Cabe añadir, por cierto, que en el caso de una organización delictiva no existe deber legal alguno de obediencia cuyo incumplimiento sea objeto de sanción penal o administrativa y sin embargo la opinión mayoritaria es favorable a su consideración como aparato organizado de poder en atención a su estructura jerárquica, siempre que se den las demás características apuntadas en su momento. Además, aunque en la empresa no pueda afirmarse la existencia de relaciones jerárquicas de la misma naturaleza que las existentes en la Administración Pública o en las Fuerzas Armadas, lo cierto es que un deber de obediencia incondicionada no existe en ninguno de estos ámbitos. El deber de obediencia del trabajador puede no haber tenido la entidad suficiente para dar lugar a la aplicación de la eximente de obediencia debida⁵⁷ cuando existía esta eximente, pero ese aspecto no es relevante en el tema que nos ocupa.

penal", cit., pp. 146-147; MUÑOZ CONDE, F., "¿Cómo imputar a título de autores", cit., p. 525; del mismo autor, "Problemas de autoría", cit., p. 79; PÉREZ CEPEDA, A. I., "Criminalidad de empresa", cit., p. 115, que destaca que "en la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia". A mi juicio eso poco importa, ya que en la tesis de ROXIN la autoría mediata del hombre de atrás no se basa en la sumisión del subordinado, además de que sí existe deber de obediencia del trabajador frente al empresario, como veremos a continuación. En Alemania acogen a esta objeción, entre otros, AMBOS, K., "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *GA* 1998, pp. 239-240; del mismo autor, "Dominio del hecho", cit., p. 157; HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 35 ss; LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, cit., pp. 110 ss; ROTSCHE, T., *Individuelle Haftung*, cit., pp. 144 ss, para quien se trata de una objeción decisiva.

⁵⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª CP)*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 38-39.

⁵⁷ En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida*, cit., pp. 57-59. Existe cierto apoyo jurisprudencial. Vid. la STS de 5-3-1988. Por el contrario, admitía que "cualquier relación jerárquica motivadora de un deber de obediencia, puede... originar la estimación de la circunstancia", CÓRDOBA

Tampoco es aceptable la posición de quienes afirman que el deber de obediencia se relativiza en este ámbito porque al fin y al cabo el trabajador siempre puede despedirse⁵⁸, ya que la misma posibilidad de separarse del grupo existe en otras organizaciones que son consideradas aparatos de poder⁵⁹.

También se ha alegado en contra de considerar la empresa como aparato organizado de poder que esta caracterización carece de utilidad porque la mayoría de las veces el hombre de delante no es más que un instrumento no cualificado carente de responsabilidad en el marco de los delitos especiales, o que actúa sin dolo o sin intención, lo que convierte en inaplicable la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización⁶⁰. Pues bien, es cierto que en el segundo de los casos citados, instrumento no doloso, no es necesario acudir a la tesis del dominio de la organización porque pueden aplicarse otras formas de autoría mediata por dominio de la voluntad, en particular en virtud de error, en cuyo ámbito pueden solucionarse los supuestos de instrumento que obra en error excluyente del dolo.

Así sucedería en el caso de un dirigente que proporciona a su subordinado, director del proceso de producción de alimentos, información falsa sobre las materias primas utilizadas para la elaboración de un determinado producto, lo que conduce a su adulteración.

En el caso del instrumento doloso sin intención, por el contrario, lo acertado es estimar que bajo esa rúbrica no existe un grupo de casos caracterizado por elementos homogéneos y necesitado de tratamiento específico, por lo que cada supuesto debe ser analizado y resuelto mediante aplicación de los criterios generales⁶¹. Y en lo que se refiere al instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales propios, que requieren específicas condiciones o cualidades para ser autor y que, por afectar éstas a la esencia del tipo de injusto, no tienen correlato en una figura delictiva común paralela que podría ser ejecutada por cualquier persona, ya he optado por castigar al ejecutor doloso no cualificado como cooperador necesario o cómplice del hombre de atrás, que sería el verdadero autor (mediato), en ocasiones directamente, al tener la cualidad exigida para ser autor, otras veces vía art. 31 CP o a través de una regulación particular de las

RODA en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 400; le seguía MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984, p. 55. También esta posición ha encontrado apoyo en la jurisprudencia. Vid. la STS de 10-4-1992 (Ar. 2962).

⁵⁸ Como hacen, entre otros, RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 48; o ROGALL, K., "Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)", *ZStW* 1986, pp. 616-617. Frente a ello, SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität*, cit., p. 23, subraya la dependencia del trabajador respecto de su puesto de trabajo.

⁵⁹ Por ej., en las organizaciones mafiosas. A veces esta posibilidad está muy limitada o es inexistente, sea por razones fácticas (la amenaza de muerte en caso de separación del grupo en una organización mafiosa) o jurídicas (de tipo contractual, o por tratarse de una obligación pública, como el servicio militar obligatorio donde todavía existe).

⁶⁰ Así, MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría", cit., p. 80. Por lo demás, resulta curioso que otros autores que niegan toda posibilidad de aplicar el dominio de la organización en el marco de la criminalidad económica y organizada se planteen su utilidad para resolver precisamente los casos del instrumento doloso sin intención y del instrumento doloso no cualificado. Así, BOTTKÉ, W., "Criminalidad económica", cit., p. 27.

⁶¹ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 378-380.

actuaciones en nombre de otro para un grupo de delitos⁶².

Pensemos en una defraudación tributaria en el ámbito de una sociedad limitada ordenada por el administrador de la entidad, que da instrucciones al contable para que proceda a la alteración de los libros de contabilidad. El administrador es autor del delito de defraudación tributaria, pese a no ser obligado tributario, a través del art. 31 CP, que permite hacer responder personalmente a quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. Por su parte, el contable no puede ser autor, puesto que ni es obligado tributario ni cabe aplicar el art. 31 CP⁶³, por lo que si se considera que su contribución es necesaria debe ser calificado como cooperador necesario, y si se considera injusto que quien sin tener la cualidad que motiva a configurar un delito como especial participa en su realización pueda llegar a recibir la misma pena que el autor⁶⁴, que sí infringe un deber especial que le incumbe personalmente, puede ser calificado como cómplice⁶⁵.

En cualquier caso, se ha de advertir que nunca se ha pretendido que la construcción que nos ocupa resuelva todos los problemas de autoría y participación en el ámbito de la delincuencia empresarial y económica, como demuestra el hecho de que surgió para resolver un supuesto muy concreto, esto es, para posibilitar la condena como autor del hombre de atrás cuando el ejecutor material es plenamente responsable y actúa cumpliendo las órdenes recibidas. En los casos en que el ejecutor no es o no puede ser hecho responsable existen otras formas de autoría, incluyendo la autoría mediata (por error y por coacción), y de participación que pueden venir a colación.

4. Desvinculación del Ordenamiento jurídico

La caracterización de los aparatos de poder como organizaciones que funcionan absolutamente al margen del Ordenamiento jurídico también ha sido objeto de críticas y matizaciones, pues si en ocasiones se considera particularmente difícil de afirmar en el caso de los Estados "injustos", en otras se sostiene su falta de utilidad para caracterizar esta forma de

⁶² Esto es lo que hace el art. 318 CP en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, por ej.

⁶³ Téngase en cuenta que algunos autores, partiendo de que una interpretación puramente formal del art. 31 CP lleva a consecuencias indeseables, como es la exclusión de los representantes meramente fácticos o de los que no actúan como tales sino en interés propio, proponen acudir a criterios materiales que permitan determinar, en primer lugar, la razón por la cual en los delitos especiales se delimita el círculo de posibles autores, para en un segundo momento averiguar si esa razón se da o no en quienes actúan como representantes. Cfr. GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos", cit., p. 228. De acuerdo con estos criterios materiales, el ámbito de responsabilidad penal del representante está delimitado por los elementos especiales de la autoría "que expresan un dominio sobre el resultado producido equivalente al dominio que posee el garante en la omisión impropia", de forma que se debe extender la condición de autor del delito especial a quien al ejecutar la acción típica actúa en lugar del sujeto descrito por la ley habiendo asumido fácticamente, en virtud de una relación de dominio, sus actividades. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 220-222.

⁶⁴ La atenuación de la pena en un grado para el partícipe no cualificado en delitos especiales, prevista en el art. 65.3 CP, es solamente facultativa.

⁶⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría", cit., pp. 90-92 y 95.

autoría. Asimismo se han planteado dudas en torno a la medida en que la actuación de la organización al margen del Ordenamiento jurídico fundamenta ese "automatismo" de funcionamiento de la cadena de mando que justifica la atribución al hombre de atrás de un dominio del hecho independiente de la actitud subjetiva del ejecutor concreto⁶⁶. Como veremos con más detalle, esta característica del funcionamiento del aparato desligado del Ordenamiento jurídico se considera difícil de encontrar en el caso de las empresas, lo que no ha impedido a destacados partidarios del dominio de la organización afirmar igualmente la posibilidad de aplicar esta forma de autoría mediata a tales casos, a pesar de las reiteradas declaraciones de ROXIN en contra de la traslación de su tesis al ámbito empresarial⁶⁷.

En cualquier caso, recordemos que el Tribunal Supremo Federal alemán ha abierto la puerta a la aplicación de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder en los delitos cometidos en el seno de la empresa, lo que es muestra de la relativa importancia que, pese a las palabras de ROXIN, se da al criterio de la actuación fuera del orden jurídico para afirmar el dominio del hecho en esta forma de autoría mediata.

En la línea apuntada, no faltan propuestas de supresión del requisito que exige que el aparato funcione fuera del orden legal, partiendo de que las características más relevantes del dominio de la organización son la estructura vertical de órdenes e instrucciones y la intercambiabilidad de los ejecutores⁶⁸. La cuestión no es baladí. A mi juicio, ha de distinguirse entre la organización que puede encajar en el concepto de asociación para delinquir, pues tiene por objeto la comisión

⁶⁶ Como afirma, siguiendo a ROXIN, FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 105.

⁶⁷ Por ej., cuando señala que "de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura de la organización se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás". ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 276-277. En consecuencia, "cuando... en una empresa privada el jefe encarga a su subordinado una conducta punible, el Derecho espera que éste se niegue". ROXIN, C., *op. cit.*, p. 729. Del mismo autor, "Anmerkung", *JZ* 1995, pp. 51-52. Por tanto, las empresas no serían aparatos de poder porque no actúan de forma desvinculada del Ordenamiento jurídico. Coincide con esta conclusión FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 106, quien, no obstante, cree que en el ámbito del Derecho penal accesorio, normalmente carente de toda connotación ético-social, podrían darse situaciones semejantes a las que existen en los tradicionales aparatos de poder. Vid. también HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 104 ss.

⁶⁸ Así, AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., pp. 240-241; del mismo autor, "Dominio del hecho", cit., p. 161. Ahora bien, este autor matiza la posibilidad de aplicar el dominio de la organización en la empresa en la medida en que sea posible hablar de la intercambiabilidad de los ejecutores, que no se debe dar por supuesta. También critica esta característica, desde su peculiar construcción de la autoría mediata en estos supuestos, SCHROEDER, F. C., *Der Täter hinter dem Täter*, cit., pp. 168-169. Afirman que es factible construir la autoría mediata por dominio de la organización en aparatos de poder cuya actividad se desarrolla dentro de la legalidad BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 337 ss; MEINI, I., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 173-180; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 182-186. Por su parte, considera que no es imprescindible la desvinculación del aparato de poder respecto del Ordenamiento jurídico para afirmar el dominio de la organización MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa*, cit., pp. 89 ss, quien, no obstante, finalmente niega la posibilidad de aplicar el dominio de la organización a la empresa por otros motivos.

de algún delito en beneficio de la propia organización o de sus dirigentes, o después de constituida promueve su comisión, y aquella organización lícita en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos, sea por parte de los dirigentes sea por parte de los miembros, no necesariamente en beneficio de la propia organización, sino a veces en su perjuicio. De la primera puede decirse que actúa al margen del Ordenamiento jurídico, pues su forma jurídica o su estructura fáctica es utilizada para la comisión de delitos, y si se dan las demás características del dominio por organización podría ser considerada un aparato organizado de poder. El dirigente que ocupa dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango, y da órdenes a un miembro de la organización que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, puede contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida, y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquél existe, muy probablemente su orden será cumplida, lo que le convierte en autor mediato del hecho realizado por el ejecutor material⁶⁹. De esta forma se procede a una normativización del dominio del hecho del autor mediato que favorece la seguridad jurídica y la igualdad en el marco del Estado democrático de Derecho⁷⁰. Cuando se trata de una organización legal en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos no se podría decir lo mismo, excluyéndose en su ámbito la aparición de esta forma de autoría.

No es aceptable la última puntualización de ROXIN sobre esta cuestión, pues cuando pone de manifiesto que el exigido desprendimiento del Derecho debe ser analizado de acuerdo con el delito concreto, lo que para él es suficiente, no siendo necesario exigir que el aparato no se considere obligado a respetar todo el Código penal⁷¹, lo cierto es que se relativiza notablemente el requisito de la actuación al margen del Ordenamiento jurídico, que sin embargo sí tiene un papel importante en la fundamentación de esta forma de autoría mediata, como aquí sostengo.

En referencia al ámbito empresarial, se señala que el hecho de que la empresa se constituya para desarrollar una actividad lícita le retiraría, siempre que se tratase de la realización de un delito, el automatismo de funcionamiento exigido para el dominio de la organización⁷². Como cabe observar, esta argumentación enlaza con la característica de que la organización como totalidad actúe al margen del Ordenamiento jurídico. Y es que, en efecto, habitualmente no estamos ante organizaciones criminales, sino ante estructuras organizadas que no son criminales *per se*, ya que la comisión de delitos no es, o no suele ser, parte esencial de la política de empresa. Como señala ROXIN⁷³, "cuando en la administración estatal o en una empresa privada

⁶⁹ Cfr. BOTTKE, W., *Täterschaft*, cit., pp. 71-72.

⁷⁰ Cfr. BOTTKE, W., *Täterschaft*, cit., pp. 72-73.

⁷¹ Cfr. ROXIN, C., "Anmerkungen", cit., p. 55. Parece que de acuerdo con esta relativización, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal", cit., p. 142.

⁷² Cfr. FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 106. En igual sentido BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 106-107; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal", cit., pp. 140-142; LASCANO, C. J., "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002, p. 379; PÉREZ CEPEDA, A. I., "Criminalidad de empresa", cit., p. 115. En Alemania, por todos, HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, cit., pp. 104 ss; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. AT*, Walter de Gruyter, Berlin, 2004, § 21, Rn.92; ROTSCHE, T., *Individuelle Haftung*, cit., p. 147.

⁷³ ROXIN, C., "Anmerkung", cit., p. 51; del mismo autor, *Täterschaft*, cit., p. 716. Se adhiere expresamente a este argumento para negar la autoría mediata en el ámbito empresarial PÉREZ CEPEDA,

el jefe encarga a su subordinado una conducta punible, el Derecho espera que éste se niegue", lo que significaría que el dirigente de la empresa no puede contar como regla general con que sus empleados van a prestarse a cometer delitos, lo que en efecto supone negar el automatismo del funcionamiento del aparato de poder.

Y ello aun cuando desde un punto de vista sociológico se reconozca que no es difícil hacer funcionar la empresa al servicio de cualquiera capaz de controlar la organización en que consiste, debido a la tendencia condicionada a aceptar obedientemente las órdenes superiores⁷⁴.

Si la situación es distinta, es decir, si las "actitudes criminales" son mayoritarias, se tratará de organizaciones delictivas, con lo que estaremos en el ámbito de la delincuencia paraestatal organizada⁷⁵. La posición favorable a la autoría mediata del dirigente de empresa en los delitos dolosos de dominio tiene apoyos en la doctrina, aunque a veces con fundamentaciones diversas no siempre plenamente compartibles⁷⁶.

Frente a la distinción entre empresas que reúnen las características de los aparatos organizados de poder y empresas que no las reúnen puede objetarse que la empresa, a diferencia de las organizaciones terroristas y mafiosas, se relaciona siempre con un entorno legal, si bien existe el peligro de que en su búsqueda de la maximización de las ganancias los dirigentes opten por la comisión de delitos. Sin embargo, en mi opinión no es relevante que el entorno con el que se relaciona la organización sea legal o no lo sea, como demuestra el hecho de que se admita

A. I., *La responsabilidad de los administradores*, cit., pp. 412-413.

⁷⁴ Cfr. WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, cit., pp. 80-81.

⁷⁵ Cfr. AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 157; LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", cit., p. 707; LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, cit., pp. 109-110. Esta propuesta se adecua perfectamente a la tipificación de las asociaciones criminales en el párrafo 129 StGB, cuyo párrafo segundo señala que "no se aplicará el párrafo primero (donde se sanciona a "quien funde una asociación cuyos fines o actividad se dirijan a cometer delitos, o quien participe en una asociación de este tipo como miembro, le dé publicidad o la apoye")... 2. cuando la comisión de delitos sólo tenga una finalidad o sea una actividad de importancia inferior".

⁷⁶ Así, SCHILD, crítico en cuanto a la limitación del dominio por organización a los casos de aparatos de poder que operan por completo al margen de la ley, propone extender la construcción a otros aparatos sociales de poder, como fábricas o grandes empresas, que funcionan de manera previsible y casi automática. La importancia que concede a la posición social de poder en la organización y la significación que otorga al término "subordinado" le permiten extender la autoría mediata en organizaciones que no operan al margen del Ordenamiento jurídico. Cfr. SCHILD, W., *Täterschaft als Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin, 1994, pp. 22-23. Coincide con él RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 48-49, quien considera que lo relevante a estos efectos es que, debido a la división social del poder en el seno de la organización, la conducta del subordinado se imputa a la persona que decide, es también *su* conducta, porque quien da la orden comete el hecho a través de los miembros de la organización y lo decisivo es la pertenencia a la organización. El hecho de que la pertenencia a la organización deba determinarse desde una perspectiva social y no jurídica permite, a juicio de este autor, que esta forma de autoría mediata no se limite a las organizaciones injustas, pudiendo encontrar aplicación en las empresas lícitas, pues no supone nada más que el reconocimiento de la realidad social de una organización. Sin embargo, cabe señalar frente a esta posición que ambos autores se han limitado a recortar las características que según ROXIN debe reunir el aparato de poder sin ofrecer ninguna fundamentación nueva, pues no hacen más que resaltar la importancia de la posición fáctica de superioridad del hombre de atrás.

pacíficamente que las organizaciones estatales puedan convertirse en aparatos de poder, por ejemplo cuando las Fuerzas Armadas emprenden una guerra sucia contra el terrorismo, la guerrilla o la disidencia política. También estas organizaciones estatales se mueven en un entorno legal. Lo que importa no es el entorno sino la actitud del aparato ante el Ordenamiento jurídico, del que se considera al margen.

De esta forma, atendiendo al dato de que la comisión de delitos sea la actividad exclusiva o principal de la empresa o se trate de una actividad ocasional o secundaria, debemos clasificar a las empresas en dos grupos. En el primero se encuentran las empresas que sólo se dedican a actividades lícitas para ocultar su principal ocupación, de carácter delictivo. Aquí nos encontramos ante una asociación ilícita encuadrable en el art. 515.1 CP, pues tiene por objeto cometer algún delito o después de constituida promueve la comisión de delitos no de manera ocasional, siendo aplicable todo lo que en su momento se dijo. Además, a las personas que pertenezcan a estas empresas así como a sus jefes, administradores o encargados también podrán aplicarse los subtipos agravados por pertenencia o dirección de una organización delictiva contenidos en diversos preceptos, como por ej. en el art. 302 CP, siempre que se den sus requisitos. En el segundo grupo se encuentran las empresas que se dedican a actividades lícitas como principal ocupación, si bien en el desarrollo de esas actividades los trabajadores, cumpliendo órdenes de los dirigentes o en aplicación de la política criminal de empresa fomentada dolosa o imprudentemente por éstos, cometen ocasionalmente delitos en interés de la entidad, por ej. una defraudación tributaria, una falsedad societaria, un alzamiento de bienes o un delito urbanístico o contra el medio ambiente. También cabe incluir en este grupo a las empresas que obtienen un provecho económico que luego sirve para financiar la comisión de delitos, como ocurre con el entramado financiero del grupo terrorista ETA. En estas empresas no puede aplicarse la figura del dominio de la organización. El motivo es claro: las empresas no son básicamente organizaciones delictivas, absolutamente desprendidas del Derecho⁷⁷.

Ante esta constatación, se ha propuesto renunciar en general al requisito de la desvinculación respecto del Ordenamiento jurídico⁷⁸, lo que no es aceptable. La oposición al orden jurídico es una característica constitutiva de los aparatos organizados de poder y sirve como presupuesto del dominio de la organización, al permitir fundamentar ese automatismo de funcionamiento que justifica la atribución al hombre de atrás de un dominio del hecho independiente del dominio de la acción que corresponde al ejecutor material⁷⁹, además de tener la función de separar, como plásticamente se ha apuntado, "la cizaña criminal (criminalidad organizada) del trigo limpio

⁷⁷ En este sentido, vid. LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit*, cit., pp. 110 ss, especialmente pp. 115-116.

⁷⁸ Cfr. AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., p. 245; del mismo autor, "Dominio del hecho", cit., p. 165. Vid. una crítica a las contradicciones en que incurre este autor en FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., pp. 104-105; y MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría", cit., pp. 78-79. También a favor de la renuncia al requisito de la desvinculación del Derecho NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pp. 182-184, que sin embargo acaba negando la aplicación de esta forma de autoría mediata a la empresa, por entender que están ausentes los otros elementos que caracterizan los aparatos organizados de poder.

⁷⁹ Cfr. FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 105. Vid. también URBAN, C., *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, V & R Unipress., Göttingen, 2004, pp. 151 y 159, que considera que se trata del presupuesto insoslayable del dominio de la organización, el cual, por lo demás, se fundamenta en la "creación de una presión organizativa interna de actuación".

(empresa)"⁸⁰ o, puntualizando más, la criminalidad organizada que utiliza la empresa como tapadera o medio de comisión de delitos de la empresa en cuyo seno ocasionalmente se cometen delitos.

5. Críticas derivadas de la vigencia del principio de responsabilidad. La propuesta de un injusto de organización

En el marco de la discusión sobre la coautoría ROXIN afirma que resulta "difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, el que hubiera que castigar a alguien por algo que otro ha hecho responsablemente"⁸¹. ¿Acaso no es precisamente esto lo que propone con su tesis del dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder?. El principio de responsabilidad es uno de los principales obstáculos que ha encontrado la autoría mediata con aparatos organizados de poder.

En materia de autoría y participación, de acuerdo con la formulación habitual del principio de responsabilidad, en la medida en que el ejecutor (autor inmediato) comete el delito de forma libre, voluntaria y consciente no sería posible ya hablar de dominio del hecho en relación con quien le determinó a ello, de forma que el hombre de atrás no podría ser considerado autor (mediato), sino mero inductor. Por tanto, el desarrollo lineal del citado principio lleva a negar la posibilidad de autoría mediata cuando el ejecutor directo actúa de forma plenamente responsable, quedando restringida su admisión a los casos en que el ejecutor sea inimputable o actúe en estado de error o bajo coacción, que son los admitidos por la doctrina mayoritaria, es decir, a supuestos en los que el ejecutor inmediato es un mero instrumento carente de libertad en manos del hombre de atrás⁸².

⁸⁰ AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., p. 242; del mismo autor, "Dominio del hecho", cit., p. 161.

⁸¹ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 305.

⁸² Así, por ej., OTTO, H., "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", *Jura* 1987, pp. 254-256, para quien es rechazable tanto la autoría mediata con aparatos organizados de poder como los casos de instrumento doloso no cualificado o sin intención, ya que el principio de responsabilidad impediría afirmar la existencia de un dominio sobre el instrumento por parte del hombre de atrás. Sin embargo, admite la autoría mediata cuando el ejecutor actúa en error de prohibición vencible. Por su parte, basándose en los principios de responsabilidad y autonomía, también RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, cit., pp. 88-89, rechaza la construcción del dominio de la organización. Igualmente en contra, basándose en el principio de responsabilidad, HILGERS, B. M., *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, iuscrim, Freiburg im Br., 2000, p. 154; HRUSCHKA, J., "Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias", *RDPC* núm.5, 2000, pp. 214-217; SAMSON en RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. Neuwied, Luchterhand, § 25, Rn.36. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986, pp. 69 ss, ofrece un detenido estudio del principio de responsabilidad en la autoría mediata dolosa desde un punto de partida crítico con la teoría del dominio del hecho, afirmando que el dominio sobre la actuación de un hombre de delante capaz de autodeterminación responsable sólo puede obtenerse viciando el proceso de formación de su voluntad por medio de un influjo director dominante, de forma que esta voluntad aparece determinada por un tercero (p. 75). Lamentablemente no analiza el caso de hombre de delante que obra de forma libre y responsable.

En España se apoyan en este principio para negar la calificación de autor mediato al hombre de atrás en los casos que estamos analizando, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", *RDPC* núm.1, 1998, p. 50; FERRÉ OLIVÉ, J. C., "Blanqueo" de capitales", cit., p. 95; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. L., *La autoría*

Pues bien, ROXIN no niega que éste deba ser el criterio general, pero afirma que debe admitirse una excepción en el caso de aparatos organizados de poder, opinión que comparte un destacado sector de la doctrina alemana⁸³. La razón última de que se proponga dicha excepción, y de que ésta sea aceptada por numerosos estudiosos de la materia, es que la calificación del hombre de atrás como mero inductor no parece que permita captar de forma adecuada la relevancia de su intervención en el hecho⁸⁴.

Piénsese que en el marco de una organización fuertemente jerarquizada y con numerosos miembros dispuestos a ejecutar las órdenes procedentes de la cúpula la emisión de una orden por parte de quien ocupa el vértice de la organización se constituye en factor decisivo para la realización del delito. De esta forma, el hombre de atrás posee un dominio del hecho al menos igual que el que se comprueba en situaciones que unánimemente se incluyen en la autoría mediata, como ocurre cuando la persona utilizada como instrumento es un inimputable o actúa en estado de error o bajo coacción⁸⁵. Además, el principio de responsabilidad, entendido en sentido estricto, debería llevar a rechazar la autoría mediata también cuando el instrumento actúa en error vencible de tipo, o con culpabilidad disminuida, puesto que en ambos casos responde penalmente, aunque se le imponga una pena notablemente reducida.

Ahora bien, ¿es cierto que la autoría mediata con aparatos organizados de poder es una excepción al principio de responsabilidad? ¿La construcción del autor tras el autor supone la imputación de una conducta ajena? En opinión de BOLEA BARDÓN, no. "Cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta, que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría mediata supone una excepción al "principio de *propia responsabilidad*"⁸⁶.

mediata, cit., pp. 270 ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "La autoría conforme al Código Penal", en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 590; PÉREZ CEPEDA, A. I., *La responsabilidad de los administradores*, cit., pp. 405 ss.

⁸³ Por ej., BLOY, R., "Grenzen", cit., pp. 437-442, defensor a ultranza del principio de responsabilidad, admite una excepción en el caso de las organizaciones, en el entendimiento de que el citado principio no es aplicable en los supuestos de dominio de la organización; también WESSELS, J./ BEULKE, W., *Strafrecht, AT*, 28. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1998, pp. 161-162, mantienen el principio de responsabilidad como regla general, pero admiten excepciones en los casos de aparatos organizados de poder y de error vencible de prohibición en el ejecutor; igualmente, SCHLÖSSER, J., "Der Täter", cit., pp. 107 ss, quien señala que el subordinado actúa de manera relativamente no libre, aunque conserva su capacidad de decisión, aprovechando el hombre de atrás esta relativa falta de libertad para ejercer su dominio. También GÖSSEL parte de que la autoría mediata no está limitada a los casos de una "acción defectuosa" del instrumento, pudiendo darse frente a un actuar plenamente delictivo del ejecutor material. Cfr. MAURACH, R./ GÖSSEL, K. H./ ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, § 48 II nm.88.

⁸⁴ Sobre la relación entre la teoría de ROXIN y una pre-comprensión ("Vorverständnis") de lo que debe entenderse por autoría en los casos de entes jerarquizados, vid. ampliamente SCHLÖSSER, J., "Der Täter", cit., pp. 103-104.

⁸⁵ En este sentido, cfr. FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación", cit., p. 102.

⁸⁶ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 120, nota núm.41. Parece coincidir con esta afirmación NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., p. 178, cuando afirma que "es evidente que, dada la situación de amplio dominio de todo el marco y condiciones de la

La construcción dogmática que nos ocupa no constituye una excepción al principio de responsabilidad, sino a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente en el hecho (autor doloso) excluye la autoría en relación a las intervenciones anteriores⁸⁷. Y es que en esta cuestión han de distinguirse al menos dos nociones de responsabilidad: por una parte, nos encontramos con una responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de la imputación al sujeto de los riesgos que surgen de su esfera de organización; y en segundo lugar, la responsabilidad criminal, que resulta de atribuir el hecho antijurídico a su autor en un contexto de ausencia de causas de inimputabilidad y de exculpación. La responsabilidad a título de autor no implica necesariamente hacer responder penalmente al autor de su hecho. "Para calificar al sujeto como autor, en sentido jurídico-penal, nos conformamos con que se le pueda hacer responsable del hecho en términos de imputación objetiva y subjetiva. Una vez establecida la relación de autoría, habrá que determinar si concurren los presupuestos para atribuirle responsabilidad penal. El autor no responderá penalmente de su hecho si concurre alguna causa de justificación o de exculpación, tampoco si se encuentra en una situación de inimputabilidad, pero seguirá siendo autor del mismo, pues no deja de ser responsable del peligro"⁸⁸. El principio de responsabilidad no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal, pues conduce a afirmar que la posibilidad de admisión de la autoría mediata termina "allí donde el instrumento es en sí mismo *autor plenamente responsable*"⁸⁹, sino en términos de posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo creado con la propia conducta, lo que permite admitir que existen situaciones en las que el ejecutor material (autor inmediato) actúa de forma libre y plenamente responsable y el hombre de atrás conserva una especial relación con el peligro (que le convierte en autor mediato). "Nos referimos a supuestos en que se aprecia un dominio compartido del riesgo, dominio ejercido desde distintas posiciones, que sirve de base a la figura del autor tras el

ejecución del hecho, por parte de tales "*hombres de atrás*", que de hecho determina que el ejecutor inmediato pueda llegar a ser un sujeto fungible, que incluso no conozca el sentido último del hecho, parece que el principio de autonomía o autorresponsabilidad no puede operar aquí como barrera de imputación".

⁸⁷ Cfr. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 120, nota núm.41. Esta regla está basada en la prohibición de regreso de FRANK, que en la controversia acerca del concepto de causalidad señaló que hay "condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia, ...rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado". FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 16. Aufl. Tübingen, 1925, pp. 15-16. Ampliamente sobre la fórmula y su aplicación en la distinción entre autoría mediata e inducción, HRUSCHKA, J., "Prohibición de regreso", cit., pp. 189 ss; en España, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, pp. 20-34.

⁸⁸ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 121.

⁸⁹ JESCHECK, H.-H./ WEIGEND, T., *AT*, cit., p. 664. En este sentido, vid. también BLOY, R., "Grenzen", cit., pp. 437-438, para quien la apreciación de la autoría mediata se condiciona a la existencia de un defecto del instrumento que impide que pueda responder penalmente de su actuación, mencionando como ejemplos los supuestos de error y de coacción que excluyen una conducta penalmente responsable del instrumento. Más extensamente, del mismo autor, *Die Beteiligungsform*, cit., pp. 345-362. Como cabe observar, se acude a las reglas de la responsabilidad penal para resolver cuestiones de autoría.

autor"⁹⁰. En conclusión, "lo decisivo es poder constatar que (los hombres de atrás) comparten el dominio del riesgo con el hombre de delante desde una posición de control de la organización"⁹¹. Se trata, como puede observarse, de hacer depender la cualidad de autor del hombre de atrás de su propia conducta y no de la cuestión de si el instrumento es o no penalmente responsable⁹².

Esta construcción es, en mi opinión, la acertada, pero no quita interés a la corrección que hacen HERZBERG, BLOY o AMBOS, entre otros, a la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder tal y como la expone ROXIN, pues se acerca a ella. Estos autores, como veremos, matizan la construcción de ROXIN tratando de ofrecer una fundamentación diversa. La peculiaridad de las tesis que vamos a exponer a continuación reside en la afirmación de que el instrumento en manos del hombre de atrás no es tanto el ejecutor individual cuanto el aparato de poder, lo que conduce a la propuesta de elaboración de una suerte de "injusto de organización", por contraposición al injusto personal de la actual teoría del delito.

HERZBERG critica que tradicionalmente se hable de una regla general, el respeto al principio de responsabilidad que impide apreciar autoría mediata con un instrumento plenamente responsable, y de excepciones a dicho principio, como en el caso de dominio de la organización en el que hay un autor mediato detrás del autor inmediato responsable, por lo que propone diferenciar dos aspectos distintos: el ejecutor debe soportar la plena responsabilidad por el delito que comete a las órdenes de otros, pero si participa en un aparato de poder en funcionamiento es considerado, desde ese punto de vista, un mero "instrumento", independientemente de que responda plenamente del delito que le ha sido ordenado⁹³. Parte HERZBERG de que media una diferencia sustancial entre la perspectiva que ofrece el principio de responsabilidad, que atiende al reproche que merece el comportamiento del autor, y aquella en la que se basa la afirmación de la autoría mediata, a la cual interesa la relación entre el hombre de atrás y el autor. Y, en efecto, la unificación de los criterios de determinación de la responsabilidad del autor y de su cualidad de instrumento en manos del hombre de atrás descansa en la equiparación de aspectos distintos. Cierto es que cabe esperar que en la indagación de ambas cuestiones se produzcan resultados coincidentes, pero los diversos puntos de vista a que atienden cada una de ellas se ponen de manifiesto en los casos en que, aun existiendo un autor que responde de forma plenamente responsable, el hombre de atrás es considerado autor mediato.

De esta forma, HERZBERG fundamenta la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad que supone la admisión de la autoría mediata por dominio de la organización, de

⁹⁰ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 140. Sobre lo que esta autora entiende por "dominio del riesgo", vid. *op. cit.*, pp. 134-136.

⁹¹ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 368.

⁹² Como ya proponía WEBER en BAUMANN, J./ WEBER, U./ MITSCH, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10. Aufl. Gieseking, Bielefeld, 1995, § 29 Rn.116. Similar BAUMANN, J., "Täterschaft und Teilnahme", *JuS* 1963, p. 96; y KOHLRAUSCH en METTGENBERG, W. (Hrsg.), *Erwin Bumke zum 65. Geburtstag*, Decker, Berlin, 1939, pp. 45-46, si bien ambos desde presupuestos basados en la teoría subjetiva de distinción entre autoría y participación.

⁹³ HERZBERG, R. D., "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", *JuS* 1974, p. 375; del mismo autor, *Täterschaft und Teilnahme*, C. H. Beck, München, 1977, pp. 42-43; del mismo autor, "Abergläubische Gefährabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums", *Jura* 1990, pp. 23-24.

forma similar a ROXIN, en la intercambiabilidad de los miembros de la cadena, al entender que la libertad de decisión de quien recibe la orden no afecta al dominio del hecho por parte del hombre de atrás puesto que el instrumento en sentido estricto no es la persona que ejecuta la orden, sino el mecanismo de poder que funciona de manera casi automática, sin que pueda ser detenido por la negativa a actuar de uno de sus miembros⁹⁴. Obsérvese que para HERZBERG, a diferencia de ROXIN, el instrumento no es la persona individual que ejecuta la acción, sino un mecanismo de poder de funcionamiento prácticamente automático, un "aparato" que sigue funcionando aunque el individuo se niegue a intervenir⁹⁵. Además, la admisión de que el ejecutor obra de forma completamente responsable lleva a afirmar, consecuentemente, que no debe ser considerado un mero instrumento en manos del hombre de atrás, pero también que su libertad y responsabilidad no pueden reducir al hombre de atrás a la condición de comparsa, de mero partícipe en el delito cometido⁹⁶. En conclusión, HERZBERG sustituye el principio de responsabilidad por el principio del instrumento, en el entendimiento de que el primero no sirve para determinar si una persona ha cometido el hecho a través de otra que utiliza como instrumento. De esta forma, la figura del autor tras el autor existe siempre que el hombre de delante actúe como una mera ruedecilla en el engranaje del aparato de poder, que es el instrumento que el autor mediato utiliza para la comisión del delito.

Por su parte, también BLOY admite que excepcionalmente el principio de responsabilidad puede sufrir restricciones, y esto es lo que sucede, a su juicio, en los casos de autoría mediata a través del dominio de la organización⁹⁷. El concepto de imputación es utilizado por BLOY en el sentido de la comprobación de que existe una relación específica entre un acontecimiento y una persona, gracias a la cual se pueden conectar al acontecimiento diversas consecuencias para la persona⁹⁸. En Derecho penal la imputación significa que se atribuye responsabilidad por una acción, entendida en sentido amplio, es decir, por un hacer positivo o por una omisión, y, en la mayoría de los casos, por un resultado, que conllevan como injusto típico realizado culpablemente una pena⁹⁹. El elemento del delito más relevante para la distinción entre autoría y participación es el injusto, y no la culpabilidad, puesto que para todas las formas de intervención "el objeto de imputación es el injusto típico, entendido como el injusto del autor, tal y como está tipificado en la parte especial del Código penal en los delitos concretos"¹⁰⁰. Tanto al autor como al partícipe se les imputa el injusto como injusto del autor, y la diferencia reside sólo en cómo se produce esta imputación, de forma directa en el autor e indirecta en el partícipe¹⁰¹. Por lo demás,

⁹⁴ HERZBERG, R. D., "Grundfälle", cit., p. 375; del mismo autor, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 42-43; del mismo autor, "Abergläubische Gefahrabwendung", cit., pp. 23-24. Este autor ha cambiado de opinión en sus trabajos más recientes, mostrándose partidario de calificar al hombre de atrás como inductor.

⁹⁵ Cfr. HERZBERG, R. D., "Grundfälle", cit., p. 375; del mismo autor, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 42-43.

⁹⁶ Cfr. HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 43.

⁹⁷ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., pp. 438 y 440-441. Los demás casos de autoría mediata se delimitan estrictamente en función de la responsabilidad criminal del ejecutor material. Cfr. BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., pp. 345-362.

⁹⁸ Cfr. BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., p. 244.

⁹⁹ Cfr. BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., p. 247.

¹⁰⁰ BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., p. 249.

¹⁰¹ Cfr. BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., p. 250.

BLOY es partidario del dominio del hecho como criterio definidor de la autoría, exigiendo prácticamente los mismos elementos que ROXIN a la hora de concretarlo, especialmente en la coautoría¹⁰². Desde este punto de partida, BLOY se cuestiona acerca de los criterios que permiten la imputación de una actuación ajena como propia y señala las dos formas que puede asumir dicha imputación: la autoría mediata, en la cual el hombre de atrás dirige el hecho utilizando al ejecutor como instrumento humano dirigido; y la coautoría, en la que varias personas cometen conjuntamente el delito, dividiéndose entre ellos equilibradamente la realización de la acción típica. En ambos casos, puntualiza BLOY, la responsabilidad penal a título de autor presupone la imputación de la acción¹⁰³. En el primer caso se trata de un supuesto de imputación por "injusto de organización"¹⁰⁴, esto es, se pretende hacer responder al individuo por el injusto resultante de la actividad colectiva con los medios clásicos de la imputación objetiva. En el ámbito del abuso de estructuras organizativas y de poder estatales la tesis de ROXIN se presenta como la más adecuada para conseguir el propósito señalado¹⁰⁵. La contradicción interna que presenta esta tesis al afirmar que un autor completamente responsable es un mero "instrumento" en manos del hombre de atrás, lo que supone considerar su actuación simultáneamente libre y no libre, se soslaya una vez que se procede a analizar con detenimiento la estructura de dominio: el hombre de atrás no domina al ejecutor, sino que domina el aparato. De esta forma, el ejecutor ocupa una doble posición, puesto que por un lado es penalmente responsable de su actuación, y por otro a través de él actúa al mismo tiempo la organización misma, y aunque el aspecto organizativo no le exonera como individuo, por la actuación de la organización como tal sólo es responsable quien domina la organización. De esta manera tanto el hombre de atrás como el ejecutor son responsables del hecho en concepto de autor, el primero por el injusto de organización, el segundo por el injusto individual¹⁰⁶. Ahora bien, en cuanto a la forma de concretarse el dominio de la organización, BLOY sólo alude al ejercicio de poder no físico, realizado a través de métodos de dirección administrativa, distanciado de los órganos del ejecución, reconociendo que el concepto "injusto de organización" no es sino una palabra clave a la que se vinculan problemas de imputación¹⁰⁷. En cualquier caso, en opinión de BLOY esta construcción permitiría delimitar con mayor claridad el principio de responsabilidad, que determina las fronteras de la autoría mediata únicamente en los casos de dominio individual; los supuestos de dominio de la organización se diferencian ya desde un punto de vista estructural de los de dominio individual, motivo por el cual es posible que se amplíe el ámbito de aplicación de la autoría mediata. Ahora bien, a juicio de BLOY quedan por determinar las fronteras del dominio de la organización, desarrollando reglas sólidas que permitan la imputación individual

¹⁰² Cfr. BLOY, R., *Die Beteiligungsform*, cit., pp. 196-201 y 367-377.

¹⁰³ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., pp. 424-425.

¹⁰⁴ Sobre este concepto, vid. BLOY, R., "Grenzen", cit., p. 442, nota núm.76, donde, después de señalar que con esta expresión pretende aludir a ciertos problemas de imputación que se presentan a la hora de intentar ligar la imputación individual con una "imputación colectiva", y a las reglas que deben ser aplicadas a estos supuestos, remite para ulteriores aclaraciones a LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", cit., pp. 683 ss, quien propone distinguir entre una responsabilidad imputable al injusto de relación y una responsabilidad imputable al injusto de sistema, analizando en particular la responsabilidad derivada de actuaciones criminales en la actividad empresarial, en el seno de bandas criminales y dentro de Estados criminales e instituciones estatales criminalmente perversas.

¹⁰⁵ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., p. 440.

¹⁰⁶ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., p. 441.

¹⁰⁷ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., pp. 441-442.

de procesos colectivos, difícil tarea que corresponde a la dogmática¹⁰⁸.

En conclusión, estos dos autores admiten que la solución de la autoría mediata con aparatos organizados de poder es una excepción a la aplicación del principio de responsabilidad, pero tratan de conciliar la instrumentalización característica de la autoría mediata con la existencia de un ejecutor plenamente responsable por el hecho cometido, el primero señalando que el principio de responsabilidad adopta una perspectiva atenta al reproche que merece el comportamiento del autor, mientras que lo que interesa en la autoría mediata es el tipo de relación entre el hombre de atrás y el ejecutor, y el segundo a través de la idea de que el verdadero instrumento del hombre de atrás no es el ejecutor individual, sino un aparato organizado que funciona de forma casi automática, sin que le afecte la negativa a obedecer la orden por parte de un miembro de la organización.

A favor de la necesidad de distinguir entre injusto individual e injusto colectivo o de la organización también se ha manifestado AMBOS, quien entiende que de esta forma se resuelve la aparente contradicción que supone afirmar el dominio sobre un ejecutor que actúa de modo responsable¹⁰⁹. Injusto colectivo sería "aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad)". En este marco no sería aplicable un principio estricto de responsabilidad, "porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual"¹¹⁰. Por este motivo AMBOS considera necesario poner en cuestión las reglas tradicionales del Derecho penal del individuo cuando se trata de supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad: "la circunstancia de que el hombre de atrás -a diferencia de los casos "normales" de autoría mediata- no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como "autor de escritorio", emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual*"¹¹¹. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás, pues "el dominio de la organización presupone *siempre* dominio sobre una organización, es decir, un instrumento colectivo reemplazable y, con ello, también dominio *por medio* de esta organización". Este dominio tiene lugar de forma más intensa cuanto más poder de decisión y más disponibilidad de recursos humanos se posea¹¹². La autoría mediata del hombre de atrás termina sólo en aquel punto en el que "faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización"¹¹³. A la hora de delimitar y concretar esos presupuestos sigue AMBOS los criterios elaborados por ROXIN, "*organización estructurada de modo jerárquico* y estricto y un *dominio* del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores *fungibles*"¹¹⁴, limitándose, como única originalidad, a relativizar el requisito de la desvinculación del aparato respecto del Derecho: "*la desvinculación del Derecho* de estos

¹⁰⁸ Cfr. BLOY, R., "Grenzen", cit., p. 442.

¹⁰⁹ Cfr. AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 147. Sigue este autor la tesis mantenida por el sector doctrinal representado por BLOY y otros.

¹¹⁰ AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 147.

¹¹¹ Cfr. AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., p. 234.

¹¹² Cfr. AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., p. 238.

¹¹³ AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 147, citando a BLOY, R., "Grenzen", cit., p. 441.

¹¹⁴ AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 164.

aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta *prescindible* en cuanto elemento estructural del dominio por organización"¹¹⁵.

Sobre estas propuestas de construcción de un injusto de organización se ha pronunciado ROXIN, quien no obstante reconocer su interés prefiere limitarse a analizar las conductas de los que toman parte en los acontecimientos bajo la perspectiva dogmática del delito individual¹¹⁶, aunque se trate de una perspectiva que otros consideren superada.

La idea de que el instrumento en manos del hombre de atrás es la organización y no el ejecutor individual, de que el dominio del hombre de atrás se ejerce sobre el aparato de poder, permitiría vincular la posibilidad de sustitución o intercambiabilidad de los integrantes de la organización con el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre la organización, que le faculta para prescindir de ejercer coacción de cualquier tipo o de causar o aprovechar un error en el ejecutor, pues no necesita llevar a cabo dichas conductas para tener el dominio sobre el hecho. En este punto se unen las propuestas de BOLEA BARDÓN y de los partidarios de un injusto de organización: el funcionamiento automático del aparato de poder, del que es síntoma la intercambiabilidad de los ejecutores materiales, permite a los dirigentes estar seguros de que sus órdenes se cumplirán, con independencia de que un miembro concreto se niegue a ejecutarlas. Pero en cualquiera de los dos casos se trata siempre de un injusto individual, tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor. Para los partidarios de un injusto de organización, tanto el hombre de atrás como el ejecutor son responsables por el hecho, aunque desde niveles distintos (el hombre de atrás por el injusto de organización y el ejecutor material por el injusto individual). A mi juicio, en ambos casos se trata nuevamente de supuestos de atribución de responsabilidad por el hecho individual, por el delito concreto cometido, pues si el ejecutor material responde por la realización libre y plenamente responsable del delito, el hombre de atrás lo hace por su dominio del aparato, cuya estructura y funcionamiento ha permitido que de la emisión de la orden se derivase de forma prácticamente automática la comisión de la infracción penal¹¹⁷. Ahora bien, pese a lo sugestivo de la propuesta, la tesis del injusto de organización, conforme a la cual el instrumento en manos del hombre de atrás no es el ejecutor sino el aparato organizado de poder, se enfrenta a una objeción insuperable de *lege lata* en el Derecho penal español: el art. 28 CP considera autores mediatos a quienes realizan el hecho "por medio de otro del que se sirven como instrumento", y ese otro indudablemente no puede ser más que "otra persona", sin que pueda referirse a una organización¹¹⁸.

En cualquier caso, sea admitiendo restricciones o excepciones al principio de responsabilidad, sea tratando de hacer compatible este principio con la autoría mediata con aparatos organizados de poder por la vía de la instrumentalización del aparato y no del ejecutor individual, sea, como me parece más correcto, entendiendo que "el dominio del hombre de

¹¹⁵ AMBOS, K., "Dominio del hecho", cit., p. 165.

¹¹⁶ Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 270.

¹¹⁷ Así lo señala BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 388, nota núm.154, respecto de la construcción de BLOY.

¹¹⁸ Sobre las posibilidades que ofrece el injusto de organización para fundamentar la responsabilidad penal de la propia empresa, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal", cit., pp. 150-153.

detrás no tiene por qué suponer un control efectivo de la voluntad ajena (cuestión empírica de difícil constatación, salvo en casos de completa ausencia de la misma), siendo suficiente con poder afirmar el control del riesgo en términos normativos y no prejurídicos"¹¹⁹, de acuerdo con estas tesis es posible considerar autor mediato por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder a cualquier persona que se inserta "en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, ...si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles"¹²⁰. Y ello con independencia de que lo haga por propia iniciativa o instado, a su vez, por órdenes recibidas de sus superiores. "En las situaciones especiales que aquí se discuten el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación superior el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes"¹²¹. Por tanto, existe una escala gradual de dominio que permite ampliar el círculo de autores más allá de quien da originalmente la orden¹²².

Con ello no se quiere decir que no pueda existir complicidad en los hechos punibles cometidos en el marco de los aparatos organizados de poder, pues toda actividad que no manobra independientemente el aparato puede fundamentar tan sólo participación. El que toma parte sólo con una función asesora, el que, sin autoridad para dar órdenes, proyecta planes de exterminio, el que proporciona instrumentos para cometer asesinatos, es únicamente cómplice¹²³.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, analizadas las críticas y objeciones a la consideración de la empresa como aparato organizado de poder, la única relevante es la que alude a la actuación al margen del orden jurídico. Pero es suficiente para negar que en el marco de la empresa que no se dedica a la comisión de delitos como actividad exclusiva o principal, sino que se trata únicamente de una

¹¹⁹ BOLEA BARDÓN, C. *Autoría mediata*, cit., p. 158.

¹²⁰ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 273.

¹²¹ ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 274.

¹²² "El que, ordenando y dirigiendo, toma parte en la empresa es, sea cual sea el grado jerárquico que ocupe, autor. A él corresponde la plena responsabilidad, aunque por su parte esté subordinado a su vez a otra instancia que emite órdenes". PETERS, K., "Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozeß", en ECKART-Jahrbuch 1961/1962, Berlin, 1961, p. 241.

¹²³ Cfr. ROXIN, C., "Straftaten", cit., p. 203. En este sentido, entre otros, BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374. Sin embargo, la dificultad para deslindar autoría (mediata) y participación se pone claramente de relieve en las preguntas que se plantea PETERS, K., "Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozeß", cit., pp. 241-242, en referencia a los delitos cometidos bajo el régimen nacionalsocialista en Alemania: "¿Qué sucede con la secretaria que redacta la orden de muerte? ¿Qué sucede con el enlace que lleva la orden a los distintos campos de concentración? ¿Qué sucede con los cuerpos de guardia que vigilan al condenado a muerte y lo llevan al lugar de ejecución? ¿Qué sucede con los que construyen (fabricantes, ingenieros, trabajadores) los lugares de ejecución? ¿Qué sucede con los que preparan el gaseamiento? ¿Qué sucede con los que llevan a otra parte los cadáveres favoreciendo así la continuación de la empresa? ¿Qué sucede con el médico que trata al prisionero prolongando su vida hasta su asesinato?"

actividad ocasional o secundaria, exista esta forma de autoría mediata. Por tanto, en mi opinión, la clase de estructuras organizadas que da origen a los aparatos de poder no aparece únicamente en organizaciones estatales o paraestatales delictivas, sino también en empresas cuando se dedican a la comisión de delitos como actividad exclusiva o principal¹²⁴. También en la empresa existe división de funciones en el plano horizontal y relación de jerarquía en el plano vertical, combinadas con un número no despreciable de miembros y una actuación al margen del Ordenamiento jurídico. Del mismo modo en la empresa resulta evidente que situar el centro de gravedad exclusiva o principalmente en el ejecutor directo, último eslabón de la cadena, deja relegadas al papel de mera participación en una conducta ajena o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas pero tan significativas o más que las propias conductas de ejecución. Fuera de este supuesto de dedicación exclusiva o principal a la comisión de delitos no se dan los presupuestos del dominio de la organización en la empresa.

¹²⁴ De acuerdo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, 2ª ed., cit., pp. 496-497.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *DOXA* núm.23, 2000, pp. 197-230.
- AMBOS, K., "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *GA* 1998, pp. 226-245.
- "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", *RDPC* núm.3, 1999, pp. 133-165.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- BAUMANN, J., "Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung", *NJW* 1963, pp. 561-565.
- "Täterschaft und Teilnahme", *JuS* 1963, pp. 51, 85, 125.
- "Gedanken zum Eichmann-Urteil", *JZ* 1963, pp. 110-121.
- BAUMANN, J./ WEBER, U./ MITSCH, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10. Aufl. Giesecking, Bielefeld, 1995.
- BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, Julio César Faira-Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", *GA* 1996, pp. 424-442.
- BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BOTTKE, W., *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D.-M. (Coords.), *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 129-197.
- "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *Revista Penal* núm.4, julio 1999, pp. 21-29.
- BRUERA, M., "Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002, pp. 259-272.
- CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal. I*, Ariel, Barcelona, 1972.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", *RDPC* núm.1, 1998, pp. 25-53.
- FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002.

- FERRÉ OLIVÉ, J. C., "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLO, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 85-98.
- FIGUEIREDO DÍAS, J. de, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización"", en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLO, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 99-107.
- FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 16. Aufl. Tübingen, 1925.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas", *CPC* núm.88, 2006, pp. 119-153.
- GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", *Actualidad Penal* 1993-1, pp. 213 ss.
- GRÜNWALD, G., *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Peter Hanstein Verlag, Bonn, 1971.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- "Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik", en ARNOLD, J. y otros (Hrsg.), *Beiträge für Albin Eser*, Freiburg i. Br., 1996, pp. 51-76.
- HEINRICH, M., *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, Beck, München, 2002.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, C. H. Beck, München, 1977.
- "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", *JuS* 1974, pp. 374-379.
 - "Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums", *Jura* 1990, pp. 16-26.
 - "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, pp. 33-53.
- HILGERS, B. M., *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, iuscrim, Freiburg im Br., 2000.
- HRUSCHKA, J., "Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias", *RDPC* núm.5, 2000, pp. 189-218.
- JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß", *MschKrim* núm.45, 1962, pp. 73-83.
- JAKOBS, G., "Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?", *DOXA* núms.17-18, 1995, pp. 445-467.
- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, trad. de la 2ª ed. alemana.
 - "Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats", *NSiZ* 1996, pp. 26 ss.
- JESCHECK, H.-H./ WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

- KAUFMANN, Arthur, "Die Radbruch'sche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", *NJW* 1995, pp. 81 ss.
- KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997.
- KORN, H.-J., "Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen", *NJW* 1965, pp. 1206-1210.
- KUHLEN, A., "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten", en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, pp. 71-94.
- KUHLEN, L., "Strafrechtliche Produkthaftung", en ROXIN, C./ WIDMAIER, G. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 647-673.
- KÜPPER, "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen", *GA* 1998, pp. 519-529.
- LACKNER, K./ KÜHL, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23. Aufl. C. H. Beck, München, 1999.
- LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *ZStW* 1994, pp. 683-745.
- LANGNEFF, K., *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen von vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Shaker Verlag, Aachen, 2000.
- LASCANO, C. J., "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002, pp. 349-389.
- LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal. Parte General. III. Los fundamentos de extensión de la tipicidad*, Leynfor, Madrid, 2001.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MAURACH, R./ GÖSSEL, K. H./ ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- METTGENBERG, W. (Hrsg.), *Erwin Bumke zum 65. Geburtstag*, Decker, Berlin, 1939.
- MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984.
- MUÑOZ CONDE, F., "¿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 organizada y empresarial?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 501-531.
- "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?”, *Revista Penal* núm.9, enero 2002, pp. 59-98.

MURMANN, “Tatherrschaft durch Weisungsmacht”, *GA* 1996, pp. 269-281.

NEUMANN, U., "Positivismismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre "delincuencia estatal" en la anterior RDA", *DOXA* núms.17-18, 1995, pp. 435-444.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "La autoría conforme al Código Penal", en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 575-592.

OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid, 1999.

OTTO, H., “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, *Jura* 2001, pp. 753-759.

- *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. AT*, Walter de Gruyter, Berlin, 2004.

- "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", *Jura* 1987, pp. 246-258.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal* núm.9, enero 2002, pp. 106-121.

PETERS, K., "Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozeß", en ECKART-Jahrbuch 1961/1962, Berlin, 1961.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª CP)*, Bosch, Barcelona, 1986.

RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996.

- “Strafrecht im Unternehmen und Konzern”, *ZGR* 1999, pp. 613-658.

RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997.

ROGALL, K., “Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)”, *ZStW* 1986, pp. 573-623.

ROTSCH, T., “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, *NStZ* 1998, pp. 491, 495.

- *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

- “Neues zur Organisationsherrschaft”, *NStZ* 2005, pp. 13-18.

ROXIN, C., “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *GA* 1963, pp. 193-207.

- “Sobre la autoría y participación en el derecho penal”, en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 55-70.

- “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, *Doctrina Penal* 1985, pp. 399-411.

- “Anmerkung”, *JZ* 1995, pp. 49 ss.

- “Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, en ROXIN, C./ WIDMAIER, G. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der*

- Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 177-198.
- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
 - “Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg”, en AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, pp. 55-56.
 - *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl. De Gruyter, Berlin, 2006.
 - “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, en HOYER, A. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 385-398.
 - RUDOLPHI, H.-J., "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid", en AA.VV., *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 863-887.
 - RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. Neuwied, Luchterhand.
 - SCHILD, W., *Täterschaft als Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin, 1994.
 - SCHLÖSSER, J., “Der Täter hinter dem Gehilfen“, *JR* 2006, Heft 3, pp. 102-109.
 - SCHMID, N., “Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen”, *ZStrR* 1988, pp. 156-189.
 - SCHROEDER, F.-C., "Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung", *ROW* 1964, pp. 97-107.
 - *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
 - SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986.
 - SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
 - “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *ADPCP* 1988, pp. 529-558.
 - “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *ADPCP* 2002, pp. 9-38.
 - SERRA, T., “A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* núms.3 y 4, 1995, pp. 303-327.
 - SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 357-379.
 - “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 9-58.
 - TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.
 - TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln-Berlin-München, 2004.
 - URBAN, C., *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, V & R Unipress., Göttingen, 2004.
 - WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, Leviatán, Buenos Aires, s/ f.

WESSELS, J./ BEULKE, W., *Strafrecht, AT*, 28. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1998.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ ANARTE BORRALLO, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 199-235.

- *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2000.