Universidades Lusíada

Muñoz Conde, Francisco, 1945-

La superación del concepto objetivo-formal de autoria y la estructura de las organizaciones empresariales

http://hdl.handle.net/11067/5409
https://doi.org/10.34628/qmpr-c292

Metadados

Data de Publicação	2005
Palavras Chave	Autor (Direito penal), Crime comercial
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 03 (2005)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T08:46:12Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

LA SUPERACION DEL CONCEPTO OBJETIVO-FORMAL DE AUTORIA Y LA ESTRUCTURA DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Francisco Muñoz Conde

LA SUPERACION DEL CONCEPTO OBJETIVO-FORMAL DE AUTORIA Y LA ESTRUCTURA DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Francisco Muñoz Conde*

Cada vez más frecuentemente, el moderno Derecho penal tiene que ocuparse de comportamientos delictivos, principalmente de carácter económico, que se cometen normalmente en el seno de grandes empresas. Hechos de este tipo se han dado y se darán siempre, aunque cada vez con mayor profusión en esta época en la que la globalización y el control de la economía están en manos de algunas pocas empresas multinacionales que dictan sus propias leyes, al margen o incluso claramente en contra de las normas jurídicas que regulan sus actividades, sin que ello plantee ninguna responsabilidad penal para sus dirigentes y las personas físicas que actúan en su nombre y representación. Detrás de esta impunidad, que algunos, siguiendo a BECK, han llamado «irresponsabilidad organizada», considerándola inevitable, hay causas de todo tipo, político, económico, y por supuesto también jurídico.

Prácticamente, los hechos que se cometen en el ámbito de estas organizaciones quedan al margen del Derecho penal y, en todo caso, en los pocos casos en los que se llega a exigir una responsabilidad penal, ésta recae sobre personajes secundarios y nunca sobre los auténticos y verdaderos responsables.

Actualmente parece que hay acuerdo en un importante sector de la doctrina en cuestionar, por lo menos respecto a algunas formas de criminalidad y sobre todo respecto a aquella que se comete en el ámbito de una gran empresa, la idea de que el ejecutor material directo del hecho es el principal responsable del mismo. Esta idea está enraizada en la imagen del autor de los delitos tradicionales contra la vida, la libertad sexual o la propiedad, que son los delitos sobre los que se ha elaborado la Teoría General del Delito. De acuerdo con esa imagen, la ejecución de la acción típica del respectivo delito (matar, penetrar sexualmente, apoderarse de la cosa mueble ajena) constituye el omportamiento central, mas importante y, por tanto, mas grave, frente a otros no estrictamente ejecutivos de ayuda, favorecimiento

* Universidade Pablo de Olavide – Sevilha.

o inducción. Pero incluso en estos delitos se tuvo que recurrir ya hace tiempo a la figura del autor mediato o la del «autor tras el autor» para fundamentar la imputación como autor de quien sin intervenir en la ejecución de la acción delictiva se sirve de otra persona como instrumento, en principio, irresponsable, para realizarlo.

Pero donde más se notan las insuficiencias de la teoría objetiva-formal de la autoría es en los ámbitos delictivos en los que la realización del delito se produce a través de organizaciones, grupos de personas, aparatos de poder, en los que la verdadera responsabilidad de las acciones que se realizan recae en las persona que las deciden y no en las que la ejecutan, que aunque también puedan ser esponsables tienen en todo caso una responsabilidad subordinada y, por tanto, accesoria de los verdaderos responsables. Ello se debe también a la irrelevancia que en sí mismas presentan las acciones ejecutivas en los delitos empresariales, principalmente económicos, ya que acciones como anotaciones contables, transferencias de capitales, inversiones en Bolsa, etc, son en sí mismas acciones penalmente irrelevantes, que sólo adquieren un significado o relevancia penal situadas en un determinado contexto y en la medida en que formen parte de un plan conjunto de decisión criminal. Sólo así se explica que en muchos de estos delitos, el ejecutor de las acciones sea un personaje secundario, sin capacidad de decisión e incluso sin conciencia clara de la relevancia penal de su comportamiento, por lo que muchas veces queda al margen de la persecución penal. Ello sería, por supuesto, impensable en el caso de los ejecutores de delitos contra la vida, la libertad sexual, violentos contra la propiedad, etc, en los que la fase ejecutiva, incluso la realización de propia mano de la acción típica, es lo decisivo.

Parece, pues, que la Dogmática jurídicopenal, que con construcciones como la teoría del dominio del hecho consiguió superar las insuficiencias de la teoría objetivo-formal para fundamentar la responsabilidad directa del autor mediato, tiene también aquí que llevar a cabo una revisión del concepto de autoría, mediata o coautoría, adaptándola a la realidad de la fenomenología criminal de la delincuencia cometida en el ámbito de grandes grupos u organizaciones.

¿Pero cuáles son las peculiaridades de la actuación de estas organizaciones y grupos de personas y por qué no son aplicables en ellas las formas de imputación de la responsabilidad penal que han sido desarrolladas en otros ámbitos de la criminalidad?

Para delimitar mejor el problema, nos vamos a referir aquí sólo a las peculiaridades de la organización de las grandes empresas, que son, por lo demás, las que mejor han sido estudiadas en el ámbito de la sociología y la economía. Pero también porque, al tratarse de organizaciones que formalmente actúan dentro de la legalidad, existen en ellas unas formas de regulación jurídica de sus actividades que, aunque no sean automáticamente aplicables para la determinación de la responsabilidad penal de sus órganos de gestión, sirven también para delimitarla con mayor precisión.

Si en el ámbito de estas organizaciones, como por ejemplo cualquier colectivo empresarial de cierta importancia, las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, en el que predominan la división de funciones en el plano horizontal y la relación jerárquica en el plano vertical, es evidente que no puede situarse el centro de gravedad de la responsabilidad por autoría exclusiva o principalmente en el último eslabón de la cadena, en la fase ejecutiva, dejando en la periferia o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas, pero tan importantes o más que las propiamente ejecutivas.

No se trata, sin embargo, de subvertir la distinción tan trabajosamente obtenida, pero ya acreditada y aclimatada en la Dogmática penal española entre autoría y participación, ni de volver a un concepto unitario de autor que hace tabla rasa de distinciones y matizaciones en los diferentes grados de responsabilidad, ni de convertir en un problema de determinación de la gravedad de la pena que merezca cada interviniente en la realización del hecho delictivo, lo que es ya previamente un problema de determinación del centro de la responsabilidad misma. Se trata de algo más profundo. El »cambio de paradigma» que se ha producido en esta materia antes en la jurisprudencia que en la teoría, se debe a la necesidad de situar en un primer plano la responsabilidad de los directivos y dirigentes de una organización que deciden, organizan y controlan la realización de actos delictivos, aunque luego no intervengan en su ejecución directa. El problema dogmático consiste sólo en hallar el fundamento del criterio material que permite atribuir a estas personas la cualidad de autor en sentido estricto.

En mi opinión, el fundamento dogmático no sólo se debe encontrar en la estructura y modo de funcionamiento de las organizaciones en cuyo seno se cometan los delitos, sino también en la propia naturaleza del delito en cuestión. Desde luego, no es lo mismo la realización de un genocidio a través de un aparato de poder estatal que la de un delito societario de administración fraudulenta en el ámbito de una sociedad bancaria. Como tampoco es lo mismo el atentado terrorista que lleva a cabo un comando siguiendo las instrucciones, más o menos genéricas respecto a los detalles e identidad de las personas víctimas del atentado, de la cúpula de la organización, que el daño medio ambiental o la intoxicación alimenticia que se produce por defectos d funcionamiento de una instalación industrial, o en la elaboración, distribución o venta de los alimentos.

Pero lo que sí tienen todos estos hechos en común es que, desde el punto de vista de la responsabilidad penal (y no sólo desde ella, piénsese también en la civil o en la administrativa), lo que se trata de fundamentar es cómo y por qué puede considerarse como principales autores y responsables de los delitos, no ya sólo o también a los que los ejecutan directamente, sino a los que, desde la lejanía temporal o física, deciden, organizan y controlan su ejecución. Este es, a mi juicio, un problema que no puede ser resuelto, o por lo menos satisfactoriamente resuelto, con la aplicación automática de una concepción de la autoría elaborada sobre formas de criminalidad que presentan una estructura y una forma de realización completamente diferentes a las formas de crimi-

nalidad que caracterizan la delincuencia organizada,o la empresarial económica o medioambiental, o la realizada en el ámbito de aparatos de poder organizados de carácter estatal o paraestatal.

Los casos de los que se tienen que ocupar los Tribunales en esta materia no son ya los clásicos «A mata a B con la pistola que le dio C», o «D,E, F, y G de acuerdo con el plan acordado atracan un Banco y mientras F y G apuntan al empleado de la caja con una pistola, E mete el dinero en una bolsa y D espera en la calle con el coche en marcha»; sino casos más complejos que se realizan a través de varios actos, de forma a veces masiva, durante un lapso de tiempo más o menos largo y en diferentes lugares, por varias personas, cada una cumpliendo una función previamente establecida, dentro de una organización, formando parte de una política o estrategia común previamente establecida por quienes tienen el control de la organización.

La Dogmática jurídicopenal tiene, por tanto, que esforzarse en fundamentar la inclusión en el concepto de autor a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden y controlan la realización de un delito tanto en el ámbito de la delincuencia organizada, como en la empresarial, y dentro de ésta tanto en los ámbitos de la responsabilidad por el producto y de los daños medioambientales, como en los estrictamente económicos. Para ello, como ya ha sucedido en otros ámbitos de la fenomenología criminal, tiene que superar el concepto puramente objetivo-formal de la autoría que se basa en la realización de actos ejecutivos. Es, pues, la propia realidad de estas nuevas (a veces no tan nuevas) formas de criminalidad que se dan en el ámbito de organizaciones o aparatos de poder, la que obliga a rehacer y revisar el concepto de autor, para incluir en él las conductas de las personas que tienen en estos ámbitos la principal responsabilidad.

Para analizar hasta qué punto la concepción expuesta anteriormente puede ser utilizada para resolver el problema de 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 actividad económica empresarial, creo que también hay que distinguir entre los supuestos que pueden ser resueltos satisfactoriamente con la figura de la autoría (mediata) y los que más bien deben ser reconducidos al ámbito de la coautoría, aunque también aquí el legislador ha recurrido en algunos casos, como sucede por ejemplo en algunos delitos societarios (cfr. arts. 290 y ss.), a elevar ya a la categoría de delito autónomo la adopción de decisiones o acuerdos colegiados en el seno de Consejos de Administración e instituciones societarias similares, lo que obviamente resuelve una parte del problema, que en todo caso sigue siendo el de atribuir concretos delitos dolosos de resultado lesivo a los que no han intervenido en su ejecución, pero sí en su decisión y preparación.

El problema a resolver aquí sigue siendo, pues, una vez más, cómo imputar a quienes en el seno de un grupo u organización, en este caso en el del órgano colegiado de un ente empresarial, deciden la realización de uno o varios hechos delictivos sin intervenir posteriormente en su ejecución. Su correcta solución dogmática no sólo es de gran importancia teórica para una correcta delimitación

del concepto de autoría en este ámbito de la criminalidad, sino también práctica, porque sólo la determinación de las estructuras que fundamentan en este ámbito la autoría, permite atribuir la responsabilidad a los verdaderos autores de los delitos y no a personajes secundarios, que muchas veces no son más que «hombres de paja» utilizados precisamente para que los verdaderos responsables evadan su responsabilidad. Pero es que, además, en los delitos económicos, y otros de diversa índole cometidos en el ámbito empresarial, se da la particularidad de que lo que sin duda constituye el «núcleo» del contenido de injusto del respectivo delito («matar», en los delitos contra la vida, «acceder carnalmente» en los delitos de agresión sexual, «sustraer o tomar una cosa mueble ajena» en los delitos patrimoniales de apoderamiento), es en ellos bastante menos importante o desempeña una función casi secundaria. El «ejecutivo» en el ámbito empresarial es, incluso en el lenguaje coloquial, un personaje de secundaria importancia, cuya misión consiste simplemente en llevar a la práctica o ejecutar las decisiones tomadas por los altos cargos y directivos de la empresa, en las que ni siquiera ellos participan. La vinculación del concepto de coautoría al de coejecución puede tener cierto sentido, aunque aquí también la hayamos criticado, en los delitos clásicos contra la vida, contra la libertad sexual o contra la propiedad, por la distinta trascendencia de la fase preparatoria y la ejecutiva del delito y porque en ellos la ejecución misma («matar», «acceder carnalmente», «sustraer») tiene un desvalor ético-social específico o adicional que no tienen las fases de preparación y decisión o las de mera ayuda. Pero dicha fijación carece de sentido en los delitos que se cometen en el ámbito empresarial, en el que las funciones decisorias y organizativas son no sólo jurídicamente, sino incluso social y económicamente consideradas más importantes que las ejecutivas propiamente dichas. En este ámbito lo que caracteriza la actuación de las grandes empresas, multinacionales, financieras, fabricantes y distribuidoras de productos, etc., es que los «centros de decisión» son más importantes que los «centros de ejecución». Desde este punto de vista, sería absurdo, por tanto, calificar a los que toman las decisiones y organizan la ejecución de un hecho delictivo, pero no toman parte directa en ella, como meros inductores o cooperadores necesarios y, por tanto, como partícipes, y a los que de forma subordinada las ejecutan, como verdaderos autores. Y aún más absurdo sería, e incluso podría abrir peligrosas lagunas de punibilidad que en algunos delitos de los llamados especiales, característicos del mundo empresarial, como son, por ejemplo, las insolvencias punibles, el delito fiscal, o algunos delitos societarios, en los que muchas veces el que realiza las acciones de ejecución del delito no tiene la cualidad exigida por el tipo (por ejemplo, la de deudor, la de administrador, de hecho o de derecho, la de obligado tributario) y, por tanto, todo lo más puede ser calificado como cooperador necesario, tampoco pudiera ser calificado de autor el que tiene esas cualidades pero no ejecuta directamente el delito. Curiosa forma de imputación de un delito sería ésta, en la que los verdaderos responsables todo lo más pueden ser considerados como partícipes, o en la que todos, directivos de la empresa, sujetos cualificados y meros ejecutivos, son partícipes y ninguno autor.

No es, por ello, extraño que en este ámbito la jurisprudencia, adelantándose ya en cierto modo a la doctrina, haya provocado un «cambio de paradigma» en la teoría de la autoría y la participación y que en la determinación de la responsabilidad por los delitos que se cometen en el ámbito empresarial haya empezado por averiguar la responsabilidad de los que en la cúspide toman las decisiones, y no por la de los que al ejecutarlas producen el daño. Es verdad que esta consideración «top-down», es decir, de arriba abajo, se ha producido sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por el producto , pero se está extendiendo también a otros sectores de la criminalidad característicos del mundo empresarial, como son los medioambientales y los económicos. En todo caso, parece claro que sólo teniendo en cuenta estas particularidades del mundo empresarial, y no desde un apriorismo ajeno a la realidad o, en el mejor de los casos, basado en la estructura individual de delitos más tradicionales, se pueden abordar con cierta seguridad y realismo los problemas de imputación que se plantean en su seno.

Ahora bien, aunque es cierto que esta problemática de la determinación de los verdaderos autores se presenta generalmente en todos los delitos que se cometen en el ámbito de las grandes empresas, debe tenerse en cuenta, que mientras que en los medioambientales y en la responsabilidad por el producto se ponen en peligro o incluso se lesionan bienes jurídicos de carácter personalísimo como la vida y la salud de las personas, en los delitos puramente económicos esta posibilidad adicional no se da, y ello explica también que la única forma de comisión que se castiga en ellas sea la dolosa, incluso con dolo directo o de primer grado, mientras que en los delitos medioambientales o en la responsabilidad por el producto se castigue también su forma de comisión imprudente y la infracción de determinados deberes de control y vigilancia de fuentes de peligro que fundamenta una posición de garante por parte del empresario o de los cargos dirigentes de la empresa y con ella la posibilidad de una comisión por omisión de estos delitos. Estas peculiaridades de los delitos económicos son desatendidas muchas veces por quiénes pretenden resolver problemas de autoría en el ámbito empresarial de forma apriorista y global, sin diferenciar entre estos delitos y los otros que también suelen darse en el ámbito empresarial, pero en otras actividades o afectando a otros bienes jurídicos distintos a los puramente económicos. Pero todavía más se escapan a quienes quieren resolver estos problemas con los argumentos tradicionalmente esgrimidos para resolver casos de intervención de unas pocas personas en la comisión de delitos contra la vida o la integridad física.

Desde nuestro punto de vista, el problema de la determinación de la autoría de los delitos económicos que se cometen en el ámbito empresarial (son difícilmente imaginables en otros ámbitos), es mucho menos complicado, salvo que se trate de delitos especiales, en los que la exigencia de determinadas características adicionales que fundamentan la autoría requiere una determinación más minuciosa de quiénes pueden considerarse como verdaderos autores (infra b). De ahí que para la exposición y análisis del problema de la deter-

minación de la autoría en los delitos económicos empresariales, haya que distinguir entre los delitos que no requieren ninguna cualidad especial en el sujeto activo o autor en sentido estricto y los que requieran alguna cualidad especial.

I – SEGUNDA PARTE: PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y ECONÓMICA EMPRESARIAL

La diferenciación conceptual entre las diversas formas de autoría y entre ésta y las diversas formas de participación en el delito, se hace más difícil de realizar, e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno se ha diseñado – por otros miembros – un plan conjunto, o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no sólo se plantea la necesidad de castigar a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer funciones directivas, cuando éste ya de por sí constituye una asociación ilícita (arts. 515 ss.), sino el problema de cómo hacerlos responsables cuando no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización. Ésta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de decidir la responsabilidad por los hechos concretos realizados por miembros de organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales. Pero también se plantean problemas similares cuando se trata de grandes delitos económicos y fraudes financieros realizados en el ámbito de grandes empresas, que si bien en algunos casos pueden ser ya de por sí organizaciones criminales, no operan, como éstas, desde un principio fuera de la ley o realizando actividades generalmente constitutivas de delitos.

A) La imputación de la autoría en el marco de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal. Para resolver este problema y en relación concretamente con los crímenes contra la Humanidad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus ROXIN desarrolló en 1963 una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.

Tres son los elementos que, según ROXIN (Madrid 1998, pp. 268 ss.), deben darse para fundamentar una autoría mediata de esta clase: el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho.

Contra esta tesis se han formulado algunas objeciones que aducen sobre todo que la figura de la autoría mediata, que ahora expresamente reconoce el Código penal español en el art. 28, no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace, sino sólo cuando éste es inimputable o ni siquiera actúa típica o antijurídicamente, es decir, cuando es un simple instrumento no responsable en manos del hombre de atrás que es realmente el autor (mediato) de lo que el instrumento realiza sin responsabilidad alguna o con una responsabilidad por lo menos disminuida.

Aquí, por el contrario, los ejecutores materiales, sin excluir la posibilidad de que en algún caso concreto actúen en error de prohibición o coaccionados, son plenamente responsables e incluso cometen los hechos de forma absolutamente voluntaria, mostrando además muchas veces un alto grado de adhesión a la causa, entusiasmo o fanatismo, igual o superior al de los superiores que les daban las órdenes (en contra de que en estos casos exista autoría mediata, DONNA, p. 533; HERNÁNDEZ PLASENCIA, p. 276; másmatizadamente, BOLEA BARDÓN, pp. 366 ss.).

No obstante, en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, la autoría mediata de los dirigentes de las organizaciones es la mejor forma de imputar la responsabilidad principal que corresponde a los mismos. Así sucede, por ejemplo, con el «Golpe de Estado» generalmente encuadrable en el delito de rebelión (cfr. arts. 472 y ss. Cp). Para ello no es preciso recabar ejemplos de la historia de otros países. La casuística española no sólo es muy amplia al respecto (centenares de «golpes de Estado» más o menos relevantes han animado la escena política española durante los siglos XIX y XX, y la dictadura del general Franco que rigió España durante casi cuarenta años se originó en uno contra el Gobierno legítimo de la II República), sino que ha motivado, en los casos en que los rebeldes no consiguieron sus propósitos, importantes decisiones judiciales en las que siempre el problema principal consistía en determinar quiénes eran los principales responsables y, por tanto, verdaderos autores de los mismos.

Normalmente, el delito de rebelión se da en el marco de un aparato de poder estatal tan marcadamente jerárquico como es la institución militar. También aquí hay, además de una estructura jerárquica que facilita el manejo del aparato de poder de los que están en la cúspide del mismo, una fungibilidad de los «meros ejecutores», como los denomina el art. 480,2 Cp, y una actuación de los mismos al margen de la legalidad o de los cauces previstos legalmente para conseguir los cambios políticos deseados. El delito de rebelión va normalmente precedido de una serie de actos, reuniones, contactos previos, negociaciones, etc., difícilmente encuadrables como tales y sin más aditamento de elementos materiales en las diversas de autoría.

Pero ello no excluye que una vez que la rebelión llega a materializarse sea necesario determinar la responsabilidad de los verdaderos jefes y, por tanto, autores o coautores también en sentido estricto, aunque no intervengan directamente en el «alzamiento violento y público» que, según el art. 472, constituye la acción típica nuclear de la rebelión. Recurrir para ello a las figuras de la inducción o la cooperación necesaria, por más que también permitan la aplicación de la pena de la autoría estricta, no sólo es una incorrección dogmática y una mala interpretación de la regulación legal de esta materia, que con razón prevé incluso una penalidad más grave para los que denomina «jefes principales» (art. 473,1), sino una deformación de la verdad histórica y de la fenomenología peculiar de estos delitos (recuérdese el intento de «Golpe de Estado» de 23 febrero de 1981, y véase su valoración jurídica en la STS de 22 de abril de 1983).

B) La imputación de la autoría en el marco de las organizaciones criminales de carácter no estatal: el terrorismo contra el Estado, Mafias y otras formas de criminalidad organizada.

Ya desde la primera formulación de su tesis, el mismo ROXIN manifestaba que la misma podía ser también aplicable a los delitos que se cometen «en el ámbito de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes» (cfr. también ROXIN, RP 1998). Desde luego se puede decir que algunos grupos terroristas funcionan como un verdadero ejército, y que también en ellos existen sus «hombres de atrás» y que los que ejecutan sus decisiones son meros instrumentos anónimos intercambiables y sustituibles por otros. También la Mafia siciliana, con sus leyes de la «omertá», o los «yakuzas» japoneses, con sus códigos secretos, constituyen grupos muy jerarquizados y con características parecidas al más disciplinado ejército o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal y claramente ilegal hace que sus miembros tengan entre sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de los aparatos de poder estatales. Es verdad que las decisiones se toman por unos pocos, en la cúpula, pero también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y eneralmente estos pocos están en relación directa y personal con los que dan las órdenes o planifican los hechos y en cuya ejecución directa no intervienen. Incluso sus formas de vida marginal en auténticos «ghettos», viviendas compartidas, etc., dificultan que fuera del círculo reducido de los que pertenecen al grupo haya muchas personas más dispuestas a realizar el delito y a sustituir al que en principio estaba destinado a realizarlo.

Para estos casos, la figura de la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución, pero sí en inmediata conexión con ella, controlándola y decidiendo su realización. El requisito de la coejecución, que la doctrina dominante en España, siguiendo a ROXIN, exige para la coautoría (cfr. supra), no es, por lo menos

estrictamente considerado, más que la consecuencia de una teoría objetivo--formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente incluso para explicar el concepto mismo de autoría (véase supra); y todavía es más insuficiente para explicar el concepto de coautoría, por lo menos en algunos ámbitos de la criminalidad en los que tan importante o más que la ejecución misma son otras conductas de decisión u organización relacionadas con ella. Por las razones anteriormente dichas, dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en su ejecución. En estos casos, el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho; lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada. Sólo así pueden calificarse también como coautores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de una banda que asumen funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte. Similares problemas suelen plantearse con frecuencia en los atentados terroristas, en los que en base a la tesis aquí defendida del dominio funcional del hecho, intervenciones personales que no se dan exactamente en la fase ejecutiva del delito, bien sea de los miembros del «comando», bien de los de la «cúpula» de la organización que ordenan el atentado, pueden y deben calificarse, sin embargo, con una valoración global y más ajustada a la realidad de las mismas, como coautoría, y no, en base a una consideración individual, como meras formas de participación o conspiración (para más detalles sobre esta tesis, véase MUÑOZ CONDE, los diferentes trabajos citados en bibliografía y especialmente el publicado en RP 2002, pp. 68 ss.).

C) La imputación de la autoría en el marco de organizaciones no al margen del Derecho, especialmente las de carácter empresarial.

En el ámbito de estas organizaciones, como por ejemplo cualquier colectivo empresarial de cierta importancia, sus actividades se realizan a través de un complejo organigrama, basado en la división de funciones en el plano horizontal y en la relación jerárquica en el plano vertical. Es, por ello, evidente que no puede situarse el centro de gravedad de la responsabilidad por autoría sólo o principalmente en el último eslabón de la cadena, es decir, en la fase ejecutiva, dejando en la periferia o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas, pero tan importantes o más que las propiamente ejecutivas. En este ámbito los «centros de decisión» son normalmente más importantes que los «centros de ejecución».

El problema dogmático consiste en hallar el criterio material que permita atribuir a los que deciden la ejecución de un hecho delictivo la cualidad de autor, autor mediato o coautor, aunque no intervengan en su ejecución. Para ello no sólo se debe tener en cuenta la estructura y modo de funcionamiento de las organizaciones en cuyo seno se cometan los delitos, sino tambié na propia naturaleza del delito en cuestión.

Los casos de los que se tienen que ocupar los Tribunales en esta materia son muy complejos; normalmente se realizan a través de varios actos, de forma a veces masiva, durante un lapso de iempo más o menos largo y en diferentes lugares, por varias personas, cada una cumpliendo una función previamente establecida, dentro de una organización, formando parte de una política o estrategia común previamente establecida por quienes tienen el control de la organización.

Esto hace que la delimitación y la imputación de la autoría presente también algunas particularidades en este ámbito. Así, por ejemplo, no es fácilmente aplicable aquí la tesis de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder, o, por lo menos, hay que hacer en ella algunas correcciones. El equisito que plantea mayores problemas para ser aplicada en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores. En estos ámbitos, el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es siempre un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales). Pero posea o no estos conocimientos técnicos especiales, la mayoría de las veces no es más que un instrumento que actúa sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin que ello le suponga directamente ningún provecho personal, ni conciencia de participación en una operación delictiva. En cualquier caso, existe aquí una coautoría de los que en la cúspide de la empresa deciden, organizan o planifican la ejecución de uno o varios delitos, renunciando para ello una vez más al concepto de coautoría como «coejecución», que es todavía más discutible en el ámbito de la delincuencia empresarial. También puede decirse, en la medida en que los que ejecuten las acciones delictivas concretas sean meros instrumentos irresponsables (los llamados «ejecutivos»), que existe una coautoría mediata, combinando el criterio de coautoría aquí mantenido con el de autoría mediata en sentido estricto, es decir, utilizando un instrumento no responsable, y no uno responsable, pero en el ámbito de un aparato de poder, pues ya hemos dicho que la organización empresarial no es equiparable al aparato de poder de una organización criminal, y mucho menos a una organización criminal de carácter estatal o paraestatal.