

Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

RESUMEN

El pensamiento jurídico penal de los últimos tiempos ha construido conceptos técnicos que han enriquecido las doctrinas sobre la autoría. Las aportaciones sobre imputación de autoría en delitos cometidos en el ámbito de grandes organizaciones, la autoría tras la autoría o la doctrina del dominio del hecho, han supuesto grandes avances en la búsqueda de respuestas justas en situaciones en las que la imputación es difícil. Pero el tiempo ha demostrado que, sin cuestionar la utilidad de esas doctrinas, no pueden ser transformadas en reglas útiles para cualquier clase de problema, pues a veces no es necesario recurrir a ellas, o, incluso pueden provocar un resultado indeseable.

Palabras clave: *autoría, coautoría, autoría mediata, coejecución, participación, dominio.*

ABSTRACT

The criminal legal thought of recent times has built technical concepts that have enriched the doctrines of authorship. The contributions to the imputation of authorship in crimes committed in the field of large organizations, the authorship behind the authorship or the doctrine of the Dominion of the fact, have made great strides in the search for fair answers in situations in which the Imputation is difficult. But time has shown that, without questioning the usefulness of these doctrines, they cannot be transformed into useful rules for any kind of problem, because sometimes it is not necessary to resort to them, or they can even provoke an undesirable result.

Key words: *authorship, coauthorship, mediate authorship, co-execution, participation, domain.*

SUMARIO: 1. Alguna cuestión previa sobre conceptos de autoría.-2. Las soluciones para los delitos generados en organizaciones.-3. Autoría tras la autoría, Coautoría y dominio funcional del hecho.-4. La doctrina del dominio del hecho como pretendida solución.

1. ALGUNA CUESTIÓN PREVIA SOBRE CONCEPTOS DE AUTORÍA

La decisión acerca de quién o quiénes han de ser declarados (1) autores de los delitos ocupa un lugar central en los sistemas que diferencian entre autores y partícipes. Nada descubro diciendo que cuando sólo hay un interviniente en el delito los problemas de identificación jurídica del autor se reducen notoriamente; por eso el estudio de la autoría es a la vez el estudio de la participación criminal, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de uno u otro modo en la comisión del delito, y a la pena que les es aplicable en función de esa intervención.

De esa reflexión no puede derivarse, no obstante, que en sucesos en los que solo hay un protagonista la cuestión es sencilla, puesto que ese actor solitario necesariamente tendrá que ser el autor del delito. Eso no es verdad, pues, aunque solo haya intervenido una persona habrá que comprobar que esa persona ha realizado el tipo objetiva y subjetivamente, pues solo así será posible subsumir su conducta en el tipo, única manera legal de afirmar la autoría. La conducta, externa e interna, de un partícipe siempre será diferente de la de un autor principal.

Una segunda advertencia que creo importante, aunque no siempre sea tenida en cuenta entre los dogmáticos «puros», es que la concreta regulación legal de la autoría y la participación tiene una decidida

(1) Diferencio entre «ser» y estar «considerado como», pues los Códigos penales, como hace, por ejemplo, el español expresamente diferencia entre autores y sujetos, que realmente son partícipes, que son considerados autores, pero solo para poder imponerles la misma pena.

transcendencia en relación con el concepto de autoría que se quiera sostener.

Los sistemas penales de nuestro tiempo no cumplen con el «ideal» de una teoría del delito única, sino que abundan las excepciones generadoras de «subsistemas», y de eso no se ha librado la teoría de la autoría y participación, que se inició, en los albores de la dogmática moderna, con criterios netamente individualistas, en coherencia con una teoría del delito construida sobre un objeto de valoración integrado por la conducta de uno o pocos individuos aislados. Llegarían las organizaciones criminales, los aparatos de poder, la criminalidad de los entes, la responsabilidad de las personas jurídicas y tantas realidades que, como mínimo, impedirían proseguir con las ideas previas a ellas.

He dicho, en más de una ocasión, y, afortunadamente no soy el único en sostenerlo, que el autor del delito es el sujeto cuya conducta se describe en cada tipo de delito, que, por eso mismo, podría ser juzgado y castigado sin necesidad de acudir a ninguna de las reglas que legalmente disciplinan los temas de la autoría y la participación. Si el legislador, como hace el español, decide castigar igual a otras personas diferentes del autor, será por motivos político-criminales, que se habrán de discutir con otra clase de argumentos.

Soy consciente, claro está, de que esa idea de «subsunción de la conducta en el respectivo tipo de delito» es fácil de expresar, pero no tanto de practicar. Si un tipo se refiere, por ejemplo, a la conducta de un «administrador» y ese administrador es, a su vez, una persona jurídica, tendremos servido un problema difícil. Si una muerte se ha producido por la concurrencia de golpes propinados por varios sujetos sobre otro, pero sin que ningún golpe aisladamente considerado pueda tenerse por mortal, tendremos otro. Si una empresa constructora con problemas de liquidez ha vendido sobre plano la misma vivienda a más de un comprador, y, además, eso lo ha hecho un agente comercial, habrá que decidir quién o quiénes son los que han cometido la estafa de doble venta. Es difícil esperar que unas reglas legales comunes y apriorísticas nos puedan indicar cuál es la decisión justa.

Por lo tanto, es lógico que no se pueda fiar todo a la solución que con claridad se derivará de la ley, y, en consecuencia, cada escuela o dirección dogmática construye sus propias respuestas, en la confianza de que luego sean compatibles con la legislación.

Las consecuencias prácticas de los conceptos doctrinales de autor son, por lo tanto, lo primero que ha de contemplarse, pues bajo la denominación de «consecuencia para la práctica» se encierran dos

problemas: la viabilidad de aplicar el concepto y la coherencia de ese concepto con la justicia material.

Todas las doctrinas causales, y es solo un ejemplo extraído de otro campo, pretendían esclarecer si la conducta de un sujeto concreto era suficiente para declararlo autor, o, por lo menos, autor o causador objetivo del resultado, y ya luego se examinarían las condiciones impuestas por la exigencia de dolo o imprudencia.

Tiempo hubo, claro está, en que las doctrinas de la causalidad influyeron en la determinación de la autoría, y así, siendo causa del resultado toda condición que lo hubiera determinado, devenían autores los que lo fueran de cualquier contribución, y esa idea subyace en el concepto unitario de autor, con la inevitable consecuencia de que se hace imposible diferenciar entre autores y cómplices.

Si alguien propusiera la aplicación de un concepto unitario de autor, sería tildado, a buen seguro, de enemigo de la igualdad en la justicia, por propugnar tratar con el mismo rigor a conductas substancialmente diferentes, por no referirnos a la dificultad de delimitar cuáles son los factores o condiciones que, desde más cerca o más lejos, han propiciado la producción del resultado. En suma, se consideraría inadmisibles e inviables. Pero antes de proseguir o ampliar la crítica, bueno es recordar que nuestro derecho, en orden a la pena que deben sufrir, equipara a autores y partícipes, con la sola excepción del cómplice no necesario.

Otro rasgo «unitarista», y que además afecta a un delito de alto índice estadístico como es el de tráfico de drogas e infracciones vinculadas, se produce cuando se comprueba que la condición de autor del delito el Código deriva simplemente de estar presente en su comisión en cualquier fase y con cualquier clase de contribución. Es indiferente la aportación objetiva o subjetiva.

Se concluye, pues, que es justo y necesario distinguir entre autores y cómplices, y se añade que la tarea no es sencilla, pues, como fácilmente puede comprenderse, la solución pende, especialmente, de la conceptualización de la autoría que se imponga, pues otras ideas que en algún tiempo se habían manejado han mostrado claramente su insuficiencia, como sucede con las pretensiones de encontrar una vía de decantación apoyada en la «actitud subjetiva», que pretende zanjar las dudas declarando autor a todo aquel que estime que el hecho delictivo es «cosa propia».

Como en seguida veremos, el rechazo a las soluciones subjetivistas no significa que el «objetivismo» pueda ser la respuesta justa. Más aún: guiarse por un criterio objetivista puede llevar a soluciones injustas, pues la superioridad de una contribución objetiva no proporciona

necesariamente una imagen de autor. En la contaminación de un río, y es solo un ejemplo, la mayor contribución puede ser la del trabajador que, cumpliendo con las órdenes recibidas, transportó la sustancia tóxica en bidones que arrojó al río, pues es evidente que la responsabilidad por ese delito ambiental ha de buscarse en otro ámbito y, posiblemente, se llegará a declarar responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. LAS SOLUCIONES PARA LOS DELITOS GENERADOS EN ORGANIZACIONES

En el ámbito de las empresas y otros entes es constante la preocupación por identificar a los que deben responder penalmente por las conductas indebidas, y a veces parece que las reglas tradicionales sobre autoría y participación son más un obstáculo que una vía para dar adecuada respuesta.

En el ejemplo del vertido contaminante, que he propuesto en el apartado anterior, la interpretación tradicional concluirá en que la conducta del directivo que ordenó esa manera de desprenderse de las sustancias tóxicas no puede ser directamente subsumida en el tipo, pues no es lo mismo lanzar que ordenar lanzar, máxime si el subordinado que lanza es también consciente de que se trata de un tóxico. Pero ese análisis sobre la subsunción, si ha de conducir a la impunidad del que dio la orden, no es admisible. En primer lugar, porque la acción del empleado que conscientemente vierte un tóxico porque se lo han ordenado –cosa diferente será si actúa con error de tipo– es constitutiva de delito, con independencia de que al valorar la culpabilidad del sujeto se aduzca que no quiso exponerse a perder su trabajo desobedeciendo.

En cuanto a la imposibilidad de tratar al superior como autor mediato, habiendo un autor doloso y directo, y antes de reducirlo a la condición de partícipe en hecho ajeno, se podrá acudir a la llamada *autoría tras la autoría* (2), modo de imputación que parte de ciertas reflexiones:

(2) La idea de una «autoría tras la autoría» fue expuesta en primer lugar por ROXIN («Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate» –Delitos en el ámbito de aparatos organizados de poder– en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1963). Posteriormente el primer monografista de esta idea y a quien, por cierto, tuve la oportunidad de escuchar en Barcelona en 1974 sería Friedrich-Christian SCHROEDER, autor del texto esencial sobre la materia (*Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft* –El autor tras el autor, una aportación a la teoría de la autoría mediata– Berlín, Duncker & Humblot, 1965).

En el modo de funcionamiento de los aparatos organizados de poder, la conducta y las acciones de los miembros inferiores obedecen a un programa marcado por los dirigentes y asumido por todos. Vista así la cuestión no es razonable pensar que todos y cada uno de los actos de un miembro son «expresión de órdenes específicamente recibidas para aquel caso», en el sentido de la inducción, ni tampoco que son la expresión de la pura y libre voluntad del subordinado.

Eso lleva a sostener que en la autoría mediata han de caber tanto el «clásico» modelo de autor mediato que controla y domina al puro instrumento, como también la de autor mediato que sabe que los que están a sus órdenes «ya saben lo que han de hacer», pues participan de la ideología o del programa del grupo. Será pues una autoría mediata en la que el instrumento también es autor, lo cual alumbra una figura de doble autoría o de autor detrás de otro autor.

Como ya he dicho, la construcción de la autoría tras la autoría nació para las acciones que derivan de la actividad de los aparatos de poder criminales. Se piensa, pues, en las acciones de miembros de organizaciones terroristas, o de narcotráfico, o de extorsión organizada, o de tráfico y explotación de personas. Los «peones» de esas organizaciones no son meros «instrumentos», sino que tienen el preciso adoctrinamiento, por lo que su conducta no se puede explicar autorreferencialmente, sino que solo es valorable en su justa medida en su condición de acción de la organización realizada por una de sus piezas. Podría, tal vez, describirse como una especie de «autoría mediata con instrumento consciente (3) de lo que hace por lo que también es autor», o más correctamente, de autores detrás de los autores.

Hay que advertir, no obstante, que la reducción de la idea de la autoría detrás de la autoría a los casos de los aparatos organizados de poder criminales, que tuvo su sentido en los orígenes de la teoría (asesinatos en la frontera entre las dos Alemanias, cometidos por las policías de la DDR, que serían imputados por igual a ellos y a los dirigentes de la DDR (4)), la limitaría a muy pocos casos. Por eso

(3) Idea que no debe confundirse con otras parecidas, como son las de autoría mediata con instrumento doloso no intencional (el instrumento actúa con dolo neutro, pero carece de la finalidad específicamente exigida en el tipo) y autoría mediata con instrumento doloso no cualificado.

(4) El problema de la legalidad aplicable fue resuelto por el Tribunal Constitucional alemán a favor de la corrección de dictar sentencias condenatorias, aunque los hechos fueran conformes con la legislación de la DDR. Se dijo que era una repetición de lo sucedido en Nüremberg. Sobre el tema se abrió un importante debate (*vid.*: R. ALEXY, «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», Doga, 2000, p. 197 y ss.

mismo puede plantearse si existe o no obstáculo en aplicar esa construcción de la autoría a sucesos que tienen lugar en cualquier clase de organización, sin necesidad de que sea de carácter «criminal».

Ahora bien, hay una serie de puntos que deben ser asumidos como situación de partida:

– La presencia de un ejecutor conocido, que dolosa o imprudentemente cometió el delito en el marco de la actividad empresarial, no puede traducirse por definición en la descarga de responsabilidad penal de todos los directivos. Por lo tanto, ha de caber un posible título de imputación para los casos en los que esos superiores dispusieron de dominio suficiente para evitar que el hecho se produjera.

– Tampoco parece proporcionado, en relación con la aportación a la ofensa al bien jurídico, que los empleados o directivos de nivel medio sean autores, mientras que los altos directivos deban ser relegados a la condición de «meros partícipes», pues, aunque la pena pueda ser la misma, hay consecuencias derivadas del principio de accesoriedad de la participación que deben ser tenidas en cuenta.

– Los dirigentes de una organización empresarial son responsables, en una u otra medida, de lo que producen, lo que ofrecen, lo que la empresa hace y lo que sus empleados hacen en el marco de la actividad de la empresa. Esa idea, que en su momento servirá para construir el concepto de culpabilidad de la persona jurídica basada en el descontrol, es también válida en aquellos delitos para los que no está prevista la posible responsabilidad penal de la persona jurídica.

– No puede descartarse que un delito doloso o imprudente cometido en el ámbito de la actividad empresarial haya de ser exclusivamente imputado al inferior; esto es, tampoco es una regla el que siempre haya de haber un superior implicado, sino que esa es una posibilidad, pues mientras no se cambien los principios esenciales del derecho penal nadie ha de responder por los delitos que otro cometa, aunque sea un subordinado, salvo algunas excepciones.

Recordando estas ideas veamos si la autoría tras la autoría tiene cabida en el derecho español.

3. AUTORÍA TRAS LA AUTORÍA, COAUTORÍA Y DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

Se ha dicho que, desde el momento en que está regulada la autoría mediata es posible la autoría detrás de la autoría, puesto que el CP no

exige que el «instrumento» sea un sujeto inconsciente de la significación de lo que hace, aunque así lo sostenga la doctrina, considerando que ser «autor responsable» e «instrumento» a la vez, no es posible. No puede aceptarse tampoco que más atrás haya un sujeto que también sea autor.

Hemos de contemplar la situación a la luz de nuestro derecho penal, aceptando por supuesto que algunas limitaciones se producen tanto en el nuestro como en otros, pues el respeto al principio de legalidad y a los elementos de cada figura de autoría o de participación ha de ser el mismo, del mismo modo que no es posible «encajar» cualquier idea en la legalidad, como la de «acción conjunta producida por la capacidad de influir» o la autoría mediata del directivo habiendo un ejecutor del delito que actuó libre y conscientemente.

A mi modo de ver, tiene razón el sector doctrinal que opina que no es posible ser, a la vez, autor principal de un delito e instrumento en manos del autor mediato. La equivocación es, según creo, querer resolver la viabilidad de la autoría tras la autoría precisamente a través de la institución de la autoría mediata, cuando se ha de tratar como un caso de coautoría inmediata, esto es, considerando que dos o más sujetos pueden ser autores a la vez sin necesidad de acudir a la vía de la autoría mediata.

Sabemos que abundan los casos en que el sujeto que comete un hecho delictivo en el marco de una actividad «empresarial» lo hace de acuerdo con una misión encomendada por sus superiores, aunque sin que se especifique lo que ha de hacer concretamente. Ese «modelo de relación» se puede trasladar a las grandes organizaciones, tanto si son criminales como si no lo son. Hay organizaciones que no han sido creadas para delinquir en las que se pueden cometer delitos por alguno de sus miembros en plena sintonía con los objetivos del grupo y los métodos que ese grupo acepta como válidos (por ejemplo, sistemáticas acciones contra el medio ambiente como consubstanciales al proceso de producción o a las actividades de construcción) (5).

En las organizaciones reguladas por el derecho y que en principio tienen origen lícito y metas lícitas, como son las empresas, cuya organización formal y las misiones y responsabilidades de sus miembros y sus órganos están indicadas por el derecho mercantil, puede decidirse un programa de actuación cuya ejecución vaya a suponer la comisión de un delito. De los obstáculos que entraña la vía de la autoría mediata ya he tratado antes, y, además podría dar lugar a tener que considerar

(5) En este trabajo no me ocupo de temas de responsabilidad penal de personas jurídicas ni de programas de prevención de delitos.

coautores mediatos a todos los directivos (6) que hayan votado a favor de realizar un acto que será causante de un delito patrimonial o económico o ambiental, o de la especie que sea.

Llegados a este punto creo que conviene diferenciar entre intervención en la realización del tipo e intervenir en la comisión del hecho. «Tipo» y «hecho» son conceptos diferentes, y el segundo mucho más amplio. Por eso mismo, es posible afirmar que el tipo solamente lo realiza uno, mientras que el hecho puede ser obra de dos.

Lógicamente partimos de un presupuesto: que los directivos han dictado una orden cuyo cumplimiento implica la comisión de un delito, que a su vez ha cometido un subordinado plenamente consciente (de no ser así, sería un caso normal de autoría mediata) de la significación jurídica de lo que hacía. La solución de la autoría mediata con autor doloso ha de ser rechazada (7), pues ni la consiente la ley, ni se da el presupuesto de la autoría mediata: que el dominio del hecho esté en manos del autor mediato.

Así las cosas, solo queda la posibilidad de entender que, en esas situaciones, teniendo en cuenta que el poder de decisión es compartido entre superiores y subordinados (sin entrar en motivos personales para obrar, como pueda ser el miedo al despido u otra cosa) creo que lo correcto es calificar la conducta de todos y cada uno como de coautoría principal del hecho, concepto que, como antes dije, es superior o más amplio que el de acción típica.

Todos pueden ser autores, aunque sus momentos de entrada en escena difieran en la secuencia temporal. Para acoger esa coautoría basta con tener presente que se vincula al hecho, que es un concepto más amplio en el tiempo y en el espacio, y se puede hacer sin forzar el sentido de la ley, esto es, sin acudir a una desmesurada ampliación del concepto de coautoría.

Esta posibilidad de coautoría no simultánea está siendo paulatinamente aceptada, si bien se introducen matices que, en el fondo, son innecesarios, como es, en primer lugar, exigir un «acuerdo previo», aunque sea tácito – retomando una vieja tesis del Tribunal Supremo español hoy desechada – lo cual, además, no tiene base legal. En segundo lugar, se exige, con razón, que cada uno de los autores haga

(6) Del mismo parecer, F. MUÑOZ CONDE, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?», en *Revista Penal*, julio 2000, p. 111 y ss.

(7) Y con mayor motivo habría que rechazar la vía de la inducción, que entraña graves dificultades, destacando dos: que rebaja a los superiores a «partícipes» y, en segundo lugar, que abre el interrogante sobre qué hacer con la llamada inducción en cadena.

una aportación, aunque no sean simultáneas en el tiempo, pero que ponga de manifiesto que todos los coautores tienen dominio funcional del hecho, porque solo así se cumple con lo que dice el Código penal que ha de ser la coautoría (art. 28 CP: los que realizan conjuntamente el hecho), y para que ese adverbio («conjuntamente») pueda considerarse cumplido, será preciso poder afirmar que todos los intervinientes han tenido dominio funcional del hecho, etiqueta que se utiliza cuando se comparte un proyecto en la conciencia que es la conjunción de decisiones la que genera el control.

En resumen: la idea de «dominio funcional» se presenta como derivación del concepto general de «dominio del hecho», que, al parecer, se considera imprescindible para poder sostener que los casos que en doctrina se han designado como supuestos de autoría tras la autoría pueden ser reconducidos objetivamente a la condición de coautoría. Pero para eso no es tan imprescindible el elemento añadido de dominio «funcional» del hecho. Sucede, simplemente, que se considera, sin razón para ello, que el dominio del hecho ha de ser individual o compartido, pero, en cualquier caso, un ingrediente imprescindible, aunque en realidad no lo es tanto, como intentaré exponer en el siguiente apartado.

4. LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO PRE-TENDIDA SOLUCIÓN

La doctrina del dominio del hecho irrumpió en la dogmática de la teoría de la autoría hace más de cincuenta años, a la vez que entraban ideas nuevas, como el concepto de autoría tras la autoría, al que ya me he referido. Hasta entonces, el debate doctrinal en busca del mejor criterio para sentar las condiciones de la atribución de la condición de autor de un delito se caracterizaba por su reducción a dos posturas enfrentadas, que eran, respectivamente, los conceptos objetivo y subjetivo de autor.

El panorama, por lo tanto, ofrecía, en España, un predominio del concepto objetivo de autor, entendido en sentido material, esto es, considerando autor a quien realizar la aportación más importante en la producción del delito, o bien, quien realizara la acción que mejor se correspondiera con los verbos que en el tipo la describían.

Los conceptos subjetivos de autor fueron perdiendo partidarios a causa de su débil adaptación a las exigencias del principio de legalidad. Muchos años después, bajo otras etiquetas, habrían de regresar. El camino de la indagación sobre el ánimo o espíritu con el que el

sujeto interviene en un hecho ha sido también invocado como criterio adecuado; y así se ha diferenciado entre partícipes según sintieran el hecho como propio o como ajeno, prescindiendo de la contribución causal. Esa pretensión de alcanzar un concepto de autor por vía tan sutil tropieza con la reconocida dificultad de prueba de los procesos interiores y, por otra parte, puede conducir a soluciones abiertamente injustas, pues no puede sostenerse que el «espíritu de partícipe» pueda ser suficiente para calificar la conducta prescindiendo de lo que objetivamente haya hecho.

De un modo constante, los conceptos objetivos, precisamente por su reducción a la entidad material de la intervención de cada sujeto, o la importancia dada a la descripción de la acción, fueron mostrando carencias o deficiencias, que empujaron a la doctrina a buscar otras soluciones.

En ese contexto los finalistas (siguiendo a Welzel) propusieron el concepto de «dominio del hecho» como único válido para identificar al autor. Esta tesis, llamada ser considerada «doctrina dominante», con independencia de las diversas matizaciones que se le hacen por sus diferentes defensores, sostiene, en síntesis, que autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Desde su divulgación en España, la doctrina del dominio del hecho gozó del aplauso de la doctrina.

El concepto de dominio del hecho, sin perjuicio de su origen finalista, sería desarrollado profundamente por Roxin (8) a partir de su muy conocida obra sobre autoría y dominio del hecho (9). Como recuerda Gimbernat, la teoría del dominio del hecho nació para justificar la punibilidad de la llamada autoría mediata, pero pronto ascendió a concepto común básico de autoría, pues el dominio del hecho en la ejecución de un delito, no lo tiene solamente el autor mediato, sino que lo puede tener cualquier otro interviniente, incluso alguno que ni siquiera está en el escenario o en el desarrollo ejecutivo del hecho.

Evidentemente, la tesis del dominio del hecho se presentaba como una solución que combina elementos objetivos y subjetivos, reconociendo así implícitamente la imposibilidad de llegar a una fórmula

(8) Cfr. E. GIMBERNAT, «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *ADPCP*, Vol. LXVI, 2013, p. 64 y ss.

(9) *Täterschaft und Tatherrschaft*, trad. J. CUELLO. Marcial Pons, 9.ª ed., 2015.

satisfactoria por el solo camino subjetivo u objetivo. Tuvo, efectivamente, la ventaja de que, por renunciar a exigir aportaciones materiales del autor al hecho y preferir cargar el acento en el control del curso causal, acogía sin esfuerzo a la figura del autor mediato.

La siguiente ventaja que se le atribuyó fue su utilidad para establecer la imputación en supuestos de delitos cometidos en el ámbito de la actividad de personas jurídicas, y, en general en el marco de las organizaciones criminales. Sirve también para dar fundamento al castigo de la tentativa y la impunidad del desistimiento voluntario. Son evidentes méritos, a lo que se suma su progresiva aceptación por el Tribunal Supremo.

Repasemos un poco tantas ventajas:

Ante todo, hay que recordar que el derecho español reconoce y describe la autoría mediata, con lo cual no es preciso acudir a la teoría del dominio del hecho para justificar que el autor mediato es autor en sentido propio. Por lo tanto, la época en que la conducta del autor mediato no era directamente «subsumible» en el tipo ya quedó atrás, y con ello desaparece una de las más importantes ventajas de la teoría.

La teoría del dominio del hecho tampoco sirve para la imputación de autoría en la imprudencia, pues solo sirve para los delitos dolosos. Pero ese no sería, en sí mismo, un defecto, pues las imprudencias (individuales, acumuladas, concatenadas) tienen su propia y especial dificultad y necesitan una solución específica.

Otros problemas de la teoría del dominio del hecho se perciben desde otros ángulos de contemplación:

a) Se ha dicho que la prueba definitiva de que alguien tenía el dominio del hecho es que con su sola decisión paralizó o pudo paralizar la ejecución de un delito, habrá que admitir que se puede atribuir ese dominio a cualquier partícipe que pueda con su sola iniciativa o pasividad frustrar un plan, y entonces la teoría no sirve para nada, pues esa capacidad puede estar al alcance de muchos partícipes, que lo son en el hecho de otro, con lo que tendríamos una excesiva cantidad de autores, cuando su papel en la ejecución del hecho puede ser de importancia variable, y, claro está, el problema no se puede resolver regresando al denostado criterio del *animus auctoris*, lo cual es absurdo, pues, para llegar a esa conclusión, no hacía falta dar ese rodeo, salvo que se quiera entender que la suma de dominio y actitud de autor limita los efectos indeseables del concepto subjetivo de autor, generando una concepción mixta que ya se había defendido en doctrina antes, incluso, de que se extendiera la tesis del dominio del hecho.

b) A esa confusa idea sobre lo que es la teoría del dominio del hecho ha contribuido también la jurisprudencia y algún sector de la doctrina española, pues ha invocado la idea de dominio para algo que no tienen nada que ver con eso, cual es la demostración de la necesidad de la contribución de un partícipe, argumentando que la prueba de que era cooperador necesario y no simple cómplice se derivaba de la constatación de que pudo abortar el plan delictivo simplemente retirando su aportación, lo cual significaría que la comisión del hecho dependía de su voluntad (dominio). Esa idea desprecia la finalidad originaria de la doctrina del dominio del hecho, que no nació para identificar a cooperadores, sino a autores (10).

c) Si se entiende el dominio como poder de interrumpir el curso del hecho por quien goza o dispone de «soberanía sobre lo que se hace», lo cual cuadraría perfectamente como criterio de selección del autor cuando nos enfrentamos a delitos que son consecuencia de decisiones tomadas en el seno de grandes organizaciones (sean sociedades legales o sean organizaciones criminales), la teoría, buena en principio, topará con una realidad que no se puede olvidar, como ha destacado Schünemann: el complejo proceso de toma de decisiones en esos grandes grupos, en donde no existe un individuo que sea, él y solo él, la clave de bóveda de todas las decisiones, sino que por lo menos habrá una cúpula directiva, se llame Consejo de Administración o no tenga nombre específico, con niveles variables de decisión (11).

De todo lo cual se deriva que la doctrina del dominio del hecho pudo ser una solución inteligente, para muchos casos, pero no para

(10) En este sentido, GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 66.

(11) B. SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *ADP*, enero 2002. Señala Schünemann (*op. cit.*, pp. 11 y ss.) que los órganos de dirección en muchos casos carecen «de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada», pues solo reciben una fracción de las informaciones que son necesarias. Los procesos generadores de las decisiones en las organizaciones empresariales no pueden resolverse anudándolos a decisiones individuales de la cúpula, sino que las organizaciones construyen su propio sistema en el que dominan los cuadros medios. De eso no se ha de deducir, porque sería injusto, la conclusión de que no cabe exigir responsabilidad individual en una empresa, sino únicamente que es inadecuado asociar directamente la dirección con la imputación penal. Las categorías de la responsabilidad penal y su fundamentación han de ser siempre respetadas. Precisamente por ello, Schünemann advierte del riesgo, visible en algunas construcciones teóricas, de conformarse con una conducta negligente del directivo para imputarle la responsabilidad penal por omisión impropia dolosa. Indudablemente es preciso encontrar una vía de exigencia de responsabilidad a los directivos por los delitos que hayan cometido los inferiores, y hay que hacerlo al margen de que se quiera establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues eso no tiene nada que ver con la exigibilidad de responsabilidades penales a personas físicas.

todos, lo que explica que en doctrina haya habido que construir otras explicaciones de la autoría – por ejemplo, el autor tras el autor – y que en las legislaciones se haya entrado abiertamente en plantear la responsabilidad propia de las personas jurídicas y la cualificación de los delitos por la sola pertenencia a organizaciones delictivas.

El Tribunal Supremo se manifiesta también en favor de la solución del «dominio del hecho», aunque en ocasiones lo mezcla con otros criterios, como se ve en la STS 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7843), con lo que pone de manifiesto que, en realidad, no sigue esa doctrina, sino que la invoca casi como argumento complementario:

«... la doctrina jurisprudencial es concisa pero concluyente. 1.º) La autoría directa implica, como se ha dicho, el dominio del hecho (Sentencia de 10 de enero de 1987 [RJ 1987, 374]). 2.º) Los hechos materiales, ahora la constitución de las empresas, han de estar directamente relacionados con el hecho físico en que el delito se configura y típica (Sentencia de 18 de diciembre de 1971 [RJ 1971, 5496]). 3.º) La coautoría, habida cuenta, reclama no sólo la posibilidad de autores inmediatos y autores mediatos, sino además y también el mutuo acuerdo como común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto el propósito consensuado, con la aportación de algún esfuerzo o acto propio de cada uno de los acusados, todo ello en el bien entender de que, una vez realizados actos propios del núcleo de acción, se genera así un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad (Sentencias de 13 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2461] y 14 de diciembre, 31 de mayo y 22 de febrero de 1985 [RJ 1985, 6262, 2577 y 1522], entre otras muchas).»

La doctrina del dominio del hecho tiene otros inconvenientes, pero tal vez el mayor sea el de su incapacidad por sí sola, para distinguir el autor de los partícipes, puesto que la capacidad para interrumpir el hecho la puede tener un cómplice necesario, e incluso, en un momento dado, hasta la puede tener un cómplice no necesario. Se dirá que ni uno ni otro tienen el hecho como propio y su voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico, sino a auxiliar a que otro lo haga. Pero eso implica acudir de nuevo a criterios subjetivistas.

Que la teoría del dominio del hecho supuso un avance está fuera de duda, y, además, está implícitamente presente en la regulación de determinadas instituciones penales como, por ejemplo, la tentativa: si el sujeto puede interrumpir el desarrollo del hecho o puede evitar la producción del resultado (desistimiento en la tentativa) es porque domina el curso causal.

Pero estas relativas muestras no son suficientes como para decidir que el principio del dominio del hecho sea un camino infalible para

identificar al autor en todos los casos, aunque pueda ser útil en algunos. No es difícil establecer quiénes pueden ser considerados autores «inmediatos» del hecho, pues para eso basta acudir a la descripción típica de la conducta del autor del delito.

Cuando la atribución de haber dispuesto del dominio del hecho se prodiga –y recordemos que el TS español la utiliza incluso para fundamentar la cooperación necesaria– puede surgir una excesiva cantidad de autores mediatos, y llegar hasta los que intervinieron en actos preparatorios. De esa manera, la bondad del principio, como criterio de reforzamiento de la autoría mediata, decae en buena medida, y no solo porque en la actualidad esa figura (autoría mediata) esté ya legalmente descrita, lo que significa, como bien señala Gimbernat, que en relación con la autoría mediata lo importante es decidir lo que significa «instrumentalizar» (12), sino porque la multiplicación de definiciones y correlativa aplicación, aunque sea meramente retórica, a figuras que nunca lo habían necesitado (actos preparatorios, complicidad, inducción), no hace sino desvirtuar el valor inicial que tuvo la teoría.

(12) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 67.