

# ¿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?

Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde,  
Catedrático de Derecho penal, Universidad "Pablo de Olavide", Sevilla.

## I. Introducción

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídicopenal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor (1).

Esta distinción es puramente conceptual y no impide que, desde el punto de vista de la gravedad de la pena, también el partícipe pueda ser condenado con la misma pena que el autor en sentido estricto. Pero la más importante consecuencia de la distinción dogmática entre autor y partícipe es que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno al cual gira la configuración del tipo delictivo. Las ventajas de este sistema se ven con especial claridad en la distribución de responsabilidad que hay que hacer en los delitos especiales propios cuando en su realización interviene alguien que no tiene las cualidades exigidas en el tipo delictivo en cuestión para ser considerado autor en sentido estricto de dicho delito. Así, por ej., el delito de prevaricación judicial (art.446) sólo puede ser cometido como autor por el juez, aunque naturalmente no pueda excluirse que otras personas puedan haber intervenido en su realización, induciendo, por ej., al juez a prevaricar. Pero lo que no puede ocurrir en ningún caso es que el que no es juez pueda realizar directamente como autor el delito de prevaricación. También se ve claramente la diferencia entre autoría y participación en los casos de inducción a un delito que, por las razones que sean, el inducido ni tan siquiera comienza a ejecutar, pues sin ese comienzo de ejecución del delito por parte del inducido el que induce a otro a ejecutar el delito queda impune, o todo lo más puede ser castigado por provocación, caso de que conforme a lo que dispone el art.18, 2 esté especialmente castigada esta forma de tentativa de participación en el delito.

Esta distinción 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 y por otros miembros del grupo se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar a todos los miembros del grupo por su pertenencia al mismo, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacer responsables a los miembros de esos grupos que no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que sólo llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican asumen el control o dirección de su realización. Esta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos concretos realizados por organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales, que son los grandes males que aquejan a las sociedades modernas y concretamente, en lo que al terrorismo se refiere, a España. Pero también se plantean problemas similares de difícil solución cuando se trata de grandes delitos económicos y medioambientales, o de la responsabilidad por el producto 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 (2).

En todo caso, para resolver el problema que aquí nos ocupa, hay que partir, aunque no siempre y en todos los supuestos de criminalidad a los que me acabo de referir, del delito de asociación ilícita, que se tipifica en los arts.515 ss del vigente Código penal y que se castiga de forma autónoma e independientemente del delito o delitos que a través de la asociación ilegal se cometan, con los que

en todo caso puede entrar en concurso real o ideal. Esta autonomía del delito de asociación ilegal puede ser muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, tanto más cuando se trata de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas del art.517, puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoría o participación y a la valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización los hechos concretos realizados sólo por algunos miembros de la misma. Si, por ej., la cúpula de ETA acuerda el recrudecimiento de acciones violentas, acciones que llevan a cabo comandos especialmente formados para ello, es probable que los hechos concretos que cometan estos comandos no puedan ser, en principio, imputados a los que hayan decidido esta campaña terrorista, pero en todo caso siempre queda la posibilidad de que se les pueda imponer penas de ocho a catorce años de prisión por el hecho mismo de ser promotores y directores de estas organizaciones terroristas, lo que evidentemente quizás no sea una solución plenamente satisfactoria, pero sí al menos posibilita el castigo de conductas que sin entrar dentro de las categorías de la autoría y la participación en relación con los concretos delitos realizados, sí deben a todas luces ser castigadas por la vía de la asociación ilícita.

Pero lo que aquí se trata de resolver es en qué casos y a quienes se puede imputar, independientemente del delito de asociación ilícita que hayan cometido, los hechos delictivos concretos (asesinatos, secuestros, robos, tráfico de drogas, estafas financieras, corrupción) que realizan algunos miembros de la asociación criminal o de cualquier otro grupo revista o no los caracteres de una asociación ilegal. Seguidamente analizamos por separado los distintos supuestos.

## II. Autoría mediata

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 (3) 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.

Una de estas personas fue Eichmann, alto funcionario nazi encargado de la planificación y puesta en marcha de los actos de exterminio ejecutados luego materialmente por otros en los campos de concentración. En el proceso a que fue sometido en Jerusalén y en el que fue condenado a muerte, quedó probado que Eichmann jamás llevó a cabo personalmente algunas de estas ejecuciones, como tampoco las llevaron a cabo personalmente que se sepa Hitler, Himmler o Goebbels, pero ello no fue obstáculo para considerársele responsable de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Para Roxin, la única razón que puede fundamentar esta conclusión es que Eichmann era autor mediato de estos delitos, en la medida en que por su posición en el aparato de poder controlaba y, por tanto, dominaba los hechos que ejecutaban otros.

Contra esta opinión, algunos argumentan que la figura de la autoría mediata, que ahora expresamente reconoce nuestro Código penal 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 autor inmediato 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 algunos actuaran en error de prohibición o coaccionado, son plenamente responsables e incluso cometían 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.

Es ciertamente anómalo considerar como autoría mediata estos casos de "autor tras el autor" (4), pero Roxin le da a su tesis una convincente fundamentación, que ha hecho que su posición no sólo

haya sido aceptada por muchos otros autores que le han seguido tanto en Alemania, como fuera, sino también por los Tribunales de otros países y concretamente en Alemania por el Tribunal Supremo de aquel país que en una sentencia trascendental (5) se sirvió de esta teoría para fundamentar la responsabilidad de los Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos contra las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania.

También en Argentina, la Corte Suprema se sirvió de esta teoría de Roxin para fundamentar la condena de los Generales de la Dictadura de Videla que dirigieron y organizaron las ejecuciones y "desapariciones" de tantos miles de ciudadanos argentinos, por más que después una discutida Ley de Punto Final dejara sin efecto dichas condenas, que ahora vuelven a actualizarse contra Videla por el secuestro de los hijos de los "desaparecidos" y asesinados durante aquel terrible período de la vida aquel país hermano. En este caso, tampoco se puede decir que Videla o sus secuaces llevaran a cabo personalmente esos secuestros o los asesinatos que, sin duda, ejecutaron materialmente otros, pero, con una fundamentación o con otra, lo que nadie discute es que también deben ser considerados los principales responsables y, por tanto, también, autores (mediatos o no) de tales hechos.

Para Roxin, la clave que sirve para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de los mismos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes. Se trata, pues, de meros ejecutores anónimos que si por cualquier motivo no quieren o no pueden realizar en el caso concreto el hecho que se les ordena, pueden ser sustituidos por otros, sin que por eso fracase el resultado final, que dominan otros, sean Eichmann, Hitler, Videla, o el Sr. X de cualquier otro aparato de poder estatal o paraestatal.

b) Pero la tesis de Roxin que parece, en principio, perfectamente aplicable a estos casos de criminalidad cometida sirviéndose de aparatos de poder estatal organizado, que están en su origen, ya no es tan convincente cuando se trata de aplicarla a otros casos de criminalidad organizada que se desarrollan en organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan característicos del régimen nazi y de otros Estados totalitarios, como el régimen estalinista, o las dictaduras militares de Videla y Pinochet en los países del Cono Sur americano. Ciertamente, como ya advertía el mismo Roxin en 1963, la tesis de la autoría mediata puede ser también aplicable a los delitos que se cometen "en el ámbito de los movimiento clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes", pero las características tan peculiares del funcionamiento de los aparatos de poder de los Estados totalitarios no suelen darse tan nítidamente en este otro tipo de organizaciones criminales, y entonces parece necesario buscar otras formas de imputación que se adapten mejor a las peculiaridades de estos grupos criminales.

Desde luego, se puede decir que algunos grupos terroristas funcionan como un verdadero ejercito, y que también en ellos existen sus "hombres de atrás" y sus ejecutores, 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 ejercito o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal e 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 generalmente 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, dificulta 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. Sin descartar que la teoría de Roxin, como indica su más reciente expositor, Kai Ambos (6), pueda ser también aplicable a estas otras formas de criminalidad organizada, no cabe descartar que también otras clases de autoría, e incluso de participación, puedan adaptarse mejor a manifestaciones de criminalidad organizada de carácter paraestatal, mafiosas o terroristas, o simplemente de delincuencia común más tradicional como las bandas de atracadores, cartels de narcotraficantes, lavado de dinero etc.

Así, por ej., me parece y así lo vengo ya manifestando desde hace tiempo en mis exposiciones generales de la Teoría del Delito (7), que 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. La coautoría, también reconocida ahora expresamente en el art.28 del Código penal español, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Tradicionalmente se exigen dos requisitos para que pueda darse una coautoría: un acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene en la realización del delito lo que, por definición, no sucede en la conspiración (art.17). Pero a mi juicio, dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución. Sólo así pueden considerarse también coautores al jefe y los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental de la realización del delito.

Roxin se opone a esta solución con diferentes argumentos que ya expuso en su fundamental obra sobre la materia *Täterschaft und Tatherrschaft*, aparecida en 1963. Uno de estos argumentos es que, en realidad, el jefe de la banda de ladrones y personas que ocupan similares roles en otros tipos de grupos criminales pueden ser incriminados como autores mediatos, bien porque se da aquí también el dominio a través de un aparato de poder, bien porque el jefe ejerce una especie de coacción sobre sus subordinados (8). No cabe duda que ello también es posible, pero, como decíamos antes, no siempre se dan entre el jefe o responsable del grupo armado o banda terrorista y los simples miembros de la misma ese tipo de relaciones fuertemente jerarquizadas, ni esa sustituibilidad entre los ejecutores que, a juicio de Roxin, constituye uno de los requisitos fundamentales de la autoría por dominio de un aparato de poder estatal.

Imaginemos un comando terrorista compuesto por cuatro personas que se traslada a una ciudad para realizar un atentado. Uno de sus miembros se ocupa de seguir y vigilar al que va a ser la víctima hasta el lugar donde está apostado otro que es el que va a disparar contra la víctima, mientras que un tercero espera en la esquina con el coche en marcha para asegurar la huida, y finalmente un cuarto, el cerebro que ha planificado el atentado hasta sus más pequeños detalles, dirige toda la operación por radio o por un teléfono portátil desde un piso franco previamente alquilado. ¿Por qué distinguir distintos grados de autoría o incluso de participación, cuando a través del reparto de roles o papeles cada uno ostenta un dominio funcional del hecho que como un todo les pertenece y con el que todo están plenamente de acuerdo? Imaginemos que en el caso anterior en lugar de un asesinato se trata de un secuestro y que el jefe del grupo de secuestradores, que no está presente en la ejecución del secuestro, es el que se encarga después de interrogar al detenido, de pedir el rescate a sus familiares y de llevar a cabo las negociaciones con los mismos. ¿Habría que cambiar la calificación de su intervención por el hecho de que estuviera presente también en el secuestro? Ya se que en este ejemplo se podría contraargumentar que, al ser el secuestro un delito permanente, cualquier contribución mientras dure el mismo se puede calificar de ejecución del delito, pero lo que con este nuevo ejemplo quiero significar es que lo decisivo para la coautoría no es la presencia física de todos los miembros del grupo en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho. Acertadamente, a mi juicio, el art.28 no toma como punto de referencia común a las distintas formas de autoría la "ejecución", sino la "realización" del hecho, que es un concepto más amplio que el de "ejecución". Tampoco se puede decir, a mi juicio, como dice Roxin (36), que con la calificación de coautores a las personas no presentes en la ejecución del delito, se incluyen en el concepto de coautor actos meramente preparatorios, por el simple hecho de que exista un acuerdo previo con los ejecutores del hecho. Si así fuera estarían absolutamente legitimadas las críticas contra mi posición, que incurriría en las mismas objeciones que ya se hicieron en su día a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo (9). Desde luego no basta con el acuerdo previo sólo para que exista coautoría, pero tampoco es necesario que se exija la presencia física de todos los coautores en la ejecución del delito. Como señala el propio Roxin (10), el concepto de realización del tipo excede la simple ejecución formal de un elemento del tipo. La relación entre los que ejecutan el hecho y los que lo planifican contribuyen a su realización asumiendo roles fundamentales de vigilancia, transporte, etc, debe valorarse con una consideración concreta, atendiendo a las circunstancias y particularidades de cada caso.

En el fondo, mi posición en este punto no discrepa tanto de la mantenida por Roxin en su monumental monografía; es más, creo que el concepto de dominio funcional del hecho que, según Roxin (11), sirve de base a la coautoría, también puede aplicarse con éxito para resolver muchos problemas de imputación que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada cuando la organización criminal es de carácter coyuntural, o, aún tratándose de organizaciones más estables, mafiosas o terroristas, no se pueden asimilar a los aparatos de poder estatales.

En lo que sí estoy de acuerdo, en todo caso, con Roxin es en la crítica que hace en su último trabajo sobre el tema a las recientes teorías desarrolladas en Alemania por Herzberg (12) y Köhler (13), para quienes en los casos de dominio organizativo los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los jefes de la organización a título de inducción. Ciertamente, puede decirse que Hitler, Himmler y Honecker fueron inductores de los delitos que otros cometieron, pero sólo en un sentido figurado o puramente descriptivo de la palabra que no coincide con el concepto dogmático de inducción mucho más técnico y preciso, que exige una relación directa entre inductor e inducido que no se da en estas constelaciones de casos masivos (14). Más atendible me parece, en cambio, por las razones ya dichas, la concepción Jakobs (15) que considera que todos los casos de realización de un delito a través de un aparato de poder deben incluirse en la coautoría, porque "solo por la comunidad entre los que los ordenan y los que ejecutan las órdenes puede interpretarse un hecho concreto del ejecutor como aportación a una unidad comprensiva de varias acciones ejecutivas". Sin embargo, el concepto de coautoría del que parte, como mera coconfiguración del hecho sin necesidad de que haya acuerdo previo entre los coautores, me parece discutible, como también me parece discutible negar en todo caso la posibilidad de autoría mediata y con ello la figura del "autor tras el autor", siempre que el ejecutor o autor inmediato sea plenamente responsable. Sobre ello volveremos más adelante al tratar de este problema en el ámbito empresarial (infra c).

### **III. Cooperador necesario**

Una posibilidad también de fundamentar la autoría (o, por lo menos, la pena de la autoría) de las personas que dirigen o controlan las actividades de una organización criminal es la figura del cooperador necesario, de gran tradición en la Codificación penal española y que el Código penal de 1995 ha mantenido en su art.28 b). En un principio, y siguiendo la teoría del dominio del hecho que aquí hemos aceptado como base del concepto de autoría y como criterio para delimitar la autoría de la participación (16), si la cooperación prestada por alguien para la realización de un hecho es de tal magnitud que la determina o configura decisivamente, no habrá inconveniente en admitir la existencia de un dominio funcional o configurador del hecho y, por tanto, de una coautoría. Pero la doctrina española surgida en torno a esta figura (17) considera que de darse esta interpretación a la cooperación necesaria, su mención expresa en el art.28 b) sería superflua y perturbadora. Por ello propone reservar esta figura a aquellos casos en que, por actualizarse la contribución del cooperador necesario en fase no ejecutiva, no puede entenderse que éste ostente el dominio del hecho. Se trataría, pues, de conductas de verdadera participación, que sólo por su gravedad se equiparan a la autoría a efectos de pena. Personalmente, aunque, por imperativo legal, haya acogido esta teoría ya en la segunda edición de mi Parte General actualizada conforme al Código penal de 1995 (18), y la siga manteniendo en la cuarta edición que acabo de terminar, no comparto plenamente esta opinión, ya que, por las razones dichas anteriormente, no veo en casos de criminalidad organizada una diferencia sustancial entre la conducta del que realiza directamente el hecho y la del que lo planifica, lo controla y dirige su realización, aunque no esté presente en la ejecución y su aportación se haya realizado antes de que comience ésta. Pero parece hasta cierto punto lógico que en un momento en el que uno de los grandes problemas que tiene que resolver el legislador es la forma de imputación de los delitos que se cometen en el ámbito de la criminalidad organizada, no se haya querido prescindir de un "tipo de recogida" que permita castigar con la pena del (co)autor, lo que no siempre se puede considerar como una conducta de autoría en sentido estricto (19). Sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una Dogmática de la autoría no plenamente perfilada todavía en sus contornos, obligara a dejar impunes o a castigar sólo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a todas luces la pena del autor (20).

### **IV. La atribución de responsabilidad en el marco de organizaciones no al margen del Derecho.**

Para analizar hasta qué punto la construcción dogmática de la autoría desarrollada por Roxin puede ser útil también para resolver cuestiones de esta índole en los delitos económicos y otros ámbitos de

la criminalidad empresarial (responsabilidad por el producto, medio ambiente, etc), paso ahora a ocuparme con más detalle de la cuestión de si puede aplicarse el concepto de autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado que, en principio, no esté al margen del Derecho, es decir, de si la tesis de Roxin sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder puede aplicarse también en el ámbito de la delincuencia económica y organizada de carácter no estatal.

En la tesis originaria de Roxin, la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de un aparato de poder se exigía que la organización actuara al margen del Derecho. Pero posteriormente el mismo Roxin parece no darle mucha importancia a este requisito, e incluso el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en su famosa sentencia sobre los "tiradores del Muro de Berlín", antes reseñada, plantea la posibilidad de que dicha teoría pueda ser aplicable en el ámbito de organizaciones criminales sin mencionar para nada el requisito de la marginalidad al Derecho de la organización. Desde luego, si se renuncia a este tercer elemento de la teoría de Roxin, es decir, a que la organización sea una organización al margen del Derecho, se podría, al menos teóricamente, aplicar esta teoría también en los casos en que el delito se haya cometido en el marco de un aparato de poder de carácter no estatal y no desvinculado del Derecho (por ejemplo, en una empresa). El BGH en la resolución antes mencionada (21) ha abierto esa posibilidad aceptando la traslación del dominio de la organización característica del crimen organizado de carácter mafioso al ámbito de la empresa.

Ambos niega esta posibilidad con el argumento de "que se debe tratar de 'aparatos de poder', es decir, de organizaciones criminales (incluyendo las terroristas) que pretenden alcanzar o aumentar el poder y están dotadas de una estructura organizativa y de mando rígida" (22). Pero este argumento es difícilmente compatible con la renuncia al requisito de la desvinculación al Derecho que el mismo Ambos propone (23). Es verdad que con ello se pierde, como el mismo Ambos dice, un criterio que en la teoría de Roxin tenía prima facie, la función de separar "la cizaña criminal (criminalidad organizada) del trigo limpio (empresa)" (24). Pero, al renunciar al requisito de la desvinculación al Derecho debe asumirse este peligro y sólo pueden venir en consideración, para caracterizar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder, los otros elementos de la teoría de Roxin.

Vista desde esta nueva perspectiva la teoría de Roxin no plantea, pues, ningún problema para admitir también esta forma de dominio organizativo sobre todo en el ámbito de las grandes empresas. Naturalmente que estas grandes empresas se diferencian de las organizaciones mafiosas y criminales porque, desde un principio, no están al margen del Derecho. Pero actualmente en muchos sectores como evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, polución medioambiental, financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada, etc., es cada vez más difícil señalar dónde están los límites entre una estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal (25). Se habla incluso de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a un "dominio funcional, sistémico de la organización" (26), lo que supone un dominio de la organización y de sus miembros por parte la cúpula que da las órdenes ilegales que otros ejecutan.

Mayores problemas puede presentar la fungibilidad del ejecutor, no sólo porque no siempre se trata de un anónimo ejecutor "intercambiable arbitrariamente", sino también porque normalmente es un instrumento irresponsable no cualificado o que actúa sin intención, que no puede ser considerado autor (27), no siendo posible, por tanto, aplicar la figura del "autor tras el autor" (28) ni fundamentar un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder. Es lo que ocurre cuando se trata de un delito especial o "consistente en la infracción de un deber" en el que lo que interesa, para fundamentar la autoría mediata, es "sólo la lesión del deber especial extrapenal y no el dominio del hecho" (29). Si no se acepta esta construcción o no se trata de un delito especial o consistente en la infracción de un deber, entonces hay que recurrir a otras formas de autoría y participación o al dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados para fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás o de la cúpula.

En este sentido, creo que tiene razón Ambos cuando dice que "tampoco en las empresas organizadas jerárquica y linealmente, en las que bajo determinados presupuestos tales 'sucesos regulares' pueden ser desencadenados por órdenes desde arriba, sería lícito partir de una intercambiabilidad de los ejecutores en el sentido del criterio de la fungibilidad" (30).

Efectivamente, esta fungibilidad de los ejecutores no es tan amplia como puede serlo en los aparatos de poder estatales o paraestatales al margen del Derecho. Pero la mayor dificultad para fundamentar un dominio de la voluntad en virtud de un aparato de poder organizado de una organización no al margen del Derecho es la irresponsabilidad del ejecutor, al que incluso en la praxis de muchos países se le utiliza, a veces, como testigo de los procesos que se llevan a cabo contra los miembros del Consejo de Administración, directivos, etc., de una empresa acusados de delitos como los medioambientales, estafa de subvenciones, delitos fiscales, insolvencias punibles, etc. Ello supone que el Fiscal renuncia a perseguir a los ejecutores para que éstos puedan ser interrogados como testigos y no como coimputados, lo que en la práctica se ha revelado como un método eficaz, aunque practicable desde el punto de vista del Estado de Derecho, para atrapar a los "peces grandes" (31).

Si el ejecutor no es responsable y sólo es un instrumento en manos del hombre de atrás es difícil, a causa de la accesoriedad de la participación, fundamentar en base a ello una responsabilidad del hombre de atrás. Pero no habría ningún problema en aceptar una autoría mediata "normal" si el dominio de la voluntad se basa en un error del ejecutor. En el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una coautoría mediata, ya que normalmente el hombre de atrás es miembro del Consejo de Administración de una empresa que, con su participación en una votación, decide la comisión de un delito (por ejemplo, introducir o no retirar productos nocivos del mercado, provocar una insolvencia, frustrar un embargo, llevar a cabo vertidos peligrosos para el medio ambiente, etc.).

Como ya he expuesto en la 2ª edición de mi libro El delito de alzamiento de bienes (32), en el ámbito de las insolvencias punibles es absolutamente posible hablar, en el caso de una gran empresa, de coautoría "mediata", que se puede fundamentar, en todo caso, fácilmente con la teoría de Roxin sobre la coautoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber (33). El problema surge en éstos y otros delitos que no consisten en la infracción de un deber, cuando el ejecutor es responsable. De acuerdo con lo dicho anteriormente, se debe excluir aquí un dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados no ya porque estas organizaciones no están al margen del Derecho, sino porque no se dan los otros dos elementos que fundamentan el dominio de la voluntad: el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores. Sería mejor hablar, por tanto, de una coautoría "normal", una solución que ya Jakobs propone también para el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados (34). Roxin ha criticado esta tesis de Jakobs porque, en su opinión, no se ajusta a la realidad: en primer lugar, porque no se da una decisión común al hecho; en segundo lugar, porque falta una ejecución común; en tercer lugar, porque la tesis de la coautoría no tiene en cuenta la diferencia estructural decisiva entre una autoría mediata, estructurada verticalmente y una coautoría, estructurada horizontalmente (35).

Pero si se contemplan las particularidades de la intervención en una votación, se advierte inmediatamente lo que Jakobs ha destacado en un trabajo fundamental sobre el tema (36), es decir, que esta intervención no constituye una ejecución del hecho, sino su preparación y que el resultado de una votación es ejecutado en todos los casos prácticos relevantes por personas responsables. ¿Significa esto que los intervinientes en una votación antijurídica, que otras personas responsables ejecutan, sólo pueden ser considerados como (co)autores mediatos o como inductores? Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante (37) de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina. El dominio funcional del hecho que, en opinión de Roxin, fundamenta la coautoría (38), también puede darse en la fase preparatoria cuando configura la ejecución (39). Ésta es una tesis que no está de acuerdo con la concepción de Roxin sobre la coautoría, pero en mi opinión es la única que puede explicar el sentido y el significado jurídico-penal de una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa.

## **V. A manera de conclusion**

Con ello llegamos a la conclusión final de que en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del Derecho, como son sobre todo las empresas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado. En su lugar viene en consideración una

(co)autoría mediata, cuando se trata de un ejecutor irresponsable, o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable. De este modo podemos imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. Otras posibilidades de imponer la pena de los autores a estos sujetos a través de las figuras de la inducción o, en nuestro Código penal, de la cooperación necesaria, no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones. Otra posibilidad sería, sobre todo en el marco de la actividad empresarial y en sectores de la criminalidad relacionados con el medio ambiente, la responsabilidad por el producto y algunos delitos económicos (40), imputar a los directivos y responsables como autores en base a la figura de la comisión por omisión, pero ello, aparte de que no siempre es fácil demostrar la posición de garante, plantea el problema de la equiparación entre acción y omisión a los efectos de imputar un resultado, por lo menos en el ámbito de los delitos dolosos que es en el que conscientemente nos hemos movido en este trabajo y que es el ámbito en el que el problema adquiere claramente relevancia penal. Lógicamente, distinta sería la solución (y aquí sí tiene la figura de la comisión por omisión una enorme importancia) si se tratara de una responsabilidad por imprudencia. Pero esto excede ya de los límites que nos hemos trazado en la revisión de algunas de las teorías actualmente existentes sobre la imputación por autoría en el ámbito de la delincuencia empresarial y organizada. En todo caso, hay que advertir que en los sectores del "moderno" Derecho penal hay una tendencia a cambiar el método tradicional de imputación a varias personas y dirigir la persecución penal en lugar de a la persona que ha provocado la causa más próxima al daño, a investigar las infracciones de los deberes de vigilancia, selección, control y organización que tienen otras personas, en lugar de investigar la infracción primaria causante orientada al daño, indagar las violaciones de deberes respecto a la vigilancia, organización y control. Para ello se emplea el método de las estructuras complejas de cooperación del Derecho societario, cuyas metas son distintas a las del Derecho penal. En el Derecho de Sociedades lo que interesa son las competencias abstractas, independientes del hecho; en el Derecho penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción (41). Con ello existe el peligro de imputar una responsabilidad sin diferenciar entre autoría, inducción y complicidad (42), lo que conducirá en la praxis a una ampliación de la punibilidad difícilmente compatible con las garantías del Estado de Derecho y con el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal.

#### **Notas:**

- 1) Doctrina dominante, por todos véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 4ª ed., Valencia 2000, p.496.
- 2) Sobre los problemas que plantea la atribución de responsabilidad penal en estas organizaciones, véase infra c).
- 3) ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA, 1963, p.193 ss.
- 4) Véase, F.Ch.SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, 1965.
- 5) BGHSt 40, 218
- 6) Cfr.Kai AMBOS, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA, 1998, p.226 ss. (hay traducción española de Cancio Meliá, publicada en Revista de Derecho penal y Criminología, 1999).
- 7) Véase, por ej., ya mi Teoría General del Delito, Bogotá 1984, p.203 (2ª ed., Valencia 1989, p.180); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, Valencia 1993, p.390 (4ª ed., 2000, p.501).
- 8) ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, p.299 (hay traducción española de la sexta edición alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, con el título: Autoría y dominio del hecho, Madrid 1998).



9) Sobre la teoría del acuerdo previo en la jurisprudencia del TS español, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte General, cit., 4ª ed., p.497.

10) ROXIN, como nota 8, p.303.

11) Como nota 6, p.277 ss.

12) HERZBERG, citado por Roxin en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO, Delincuencia organizada, Huelva 1999, p.

13) KÖHLER, Allgemeiner Teil, citado por Roxin en. FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO, Delincuencia organizada, a. cit.

14) Véase GOMEZ RIVERO, La inducción a cometer el delito, Valencia 1995, p.165 ss.

15) JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1991, p.649. (= Derecho penal, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995) .

16) Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte general cit. 4ª ed., p.497.

17) Véase LOPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, Valencia 1997, p.407 ss; PEREZ ALONSO, La coautoría y la cooperación (necesaria) en Derecho penal, Granada 1998.

18) Supra nota 7.

19) Una exposición de la regulación de la autoría y la participación en el Código penal español de 1995, se ofrece en los diversos libros y comentarios que sobre el mismo han aparecido en los últimos años; para una exposición de conjunto, véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 4ª ed., p.494 ss..

20) Quizás por eso, para evitar estas lagunas o una excesiva atenuación del marco penal, en algunos delitos donde más frecuentemente se dan supuestos de criminalidad organizada, el legislador ha querido resolver problemas de autoría calificando como tales todas las conductas que entran en el círculo de actividades relacionadas con el delito. Sucede esto, por ej., en el delito de tráfico de drogas, en el que se tipifican como conductas de autoría (directa) "actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefantes o psicotrópicas, o las posean con aquellos fines" (art.368). Con una regulación de esta tipo se resuelven desde luego muchos de los problemas señalados anteriormente, pero a costa de borrar diferencias cualitativas y cuantitativas importantes, que lleva, por ej. a la jurisprudencia a negar el carácter de complicidad o a admitirla muy restrictivamente a conductas claramente alejadas del núcleo del narcotráfico (cfr.STS 30 mayo 1991: califica de cómplice al acompañante en el automóvil donde se transporta droga; STS 30 junio 1993, califica de autor al vigilante en la puerta del local donde se vende la droga; para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 12ª ed., 2000, p.635). También en el delito de blanqueo de capitales ((art.301), aunque en menor medida, se pretenden resolver con la amplia descripción de la acción típica ("adquiera, convierta o transmita bienes....o realice cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito") problemas de autoría que no tendrían esta calificación si se aplicaran las reglas generales de autoría y participación (sobre esta regulación, véase para más detalles, DEL CARPIO DELGADO, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, Valencia 1997, p.223 ss.). Precisamente estos ejemplos son característicos de las tendencias que caracterizan el "moderno" Derecho penal que en aras de una eficacia preventiva más simbólica que real, funcionaliza los conceptos dogmáticos hasta unos límites claramente incompatibles con los principios de legalidad y intervención mínima característicos del Derecho penal de un Estado de Derecho (sobre estas tendencias, críticamente, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995, p.28 ss.; MUÑOZ CONDE, El "moderno" Derecho penal en el nuevo Código penal, La Ley, 1996). Es en estos delitos también donde el legislador utiliza la pertenencia a una organización criminal como un factor agravante específica de la responsabilidad criminal (cfr. arts.302, 369, 6º y 370).

21) BGH 40, 218 (nota 5).

22) AMBOS (nota 6), p. 239 (= RDPC, p. 157); en el mismo sentido BOLEA BARDON, Autoría mediata en Derecho penal, Valencia 2000, p. 398, quien, sin embargo, realiza algunas precisiones a esta tesis que le llevan a admitir la autoría mediata en este ámbito en algunos casos. En contra de la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en el marco de la criminalidad de empresa, también FIGUEIREDO DIAS, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (nota 12), p. 106; y Teresa SERRA, A autoría mediata a través do dominio de um aparelho organizado de poder, en Revista Portuguesa de Ciência Criminal 5 (1995), p. 303.

23) AMBOS lug. cit., p. 245 (=RDPC, p. 165).

24) AMBOS lug. cit., p. 242 (=RDPC, p. 161).

25) Cfr. SCHÜNEMANN Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; el mismo, Wistra 1982, pp. 41 ss.

26) Cfr., por ej, las propuestas de LAMPE, ZStW 106 (1994), 728 ss.; y HEINE Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, y la exposición que de las mismas hace Silvina BACIGALUPO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona 1998.

27) Sobre la cuestión del instrumento doloso, cfr. ROXIN (nota 8), pp. 252 ss. (=Autoría, pp. 278 ss.), quien, en principio, rechaza esta figura, porque no constituye una auténtica autoría.

28) Sobre ello, SCHROEDER (nota 4). En contra de esta opinión, expresamente, BOLEA BARDÓN (nota 22), p.393 ss, quien de un modo general considera que la instrumentalización no presupone en todo caso un defecto de responsabilidad en el sujeto. En el mismo sentido, POSADA ECHEVARRÍA, Una visión del "dominio de voluntad por organización" y su aproximación al Derecho penal colombiano, en Nuevo Foro Penal, nº 62, p.25 ss. En contra, HERNÁNDEZ PALENCIA, La autoría mediata Derecho penal, Granada 1996, p.276.

29) ROXIN (nota 8), p. 360 (=Autoría, p. 391).

30) AMBOS (nota 6), pp. 239/240 (=RDPC, p. 157).

31) Me remito sobre todo a la praxis de la persecución penal de los delitos contra el medio ambiente en USA, en donde se ofrece inmunidad (immunity) al foreman, si declara como responsable corporate officer (Cfr.FINDLEY/FARBER Cases and Materials on Environmental Law, 4ª ed., 1995, p. 652). Contra este intercambio de roles se pronuncia ROXIN Strafverfahrensrecht, 19ª ed., 1985, p. 153 (ha y versión española publicada en Buenos Aires, 2000), porque constituye una "indigna manipulación" ("eine unwürdige Manipulation"), refiriéndose a la separación del proceso "que únicamente va a servir para posibilitar el interrogatorio en calidad de testigo de quien antes era un coimputado". Esto puede ser aún más grave cuando se trata de delitos contra el Estado y la impunidad o sobreseimiento del proceso constituye un premio que se da por su "arrepentimiento activo" al testigo de cargo, para que declara contra sus cómplices (también en contra de esta figura, Roxin, lug. u. cit. 72, con el argumento de que "supondría un quebrantamiento del principio de legalidad en la persecución de los delitos graves, que conmocionaría la conciencia jurídica y tendría efectos criminógenos"). Sobre el valor probatorio de la declaración del coimputado contra otros coimputados, véase DÍAZ PITA, Paula, El coimputado, Valencia 2000, quien se inclina por darle el carácter de prueba; en contra de esta opinión, cfr. Muñoz Conde, en Prólogo a la misma obra, y ya antes en: La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural del curso 1998/99, en la Universidad "Pablo de Olavide", de Sevilla, Sevilla, 1998 (hay una versión publicada en Buenos Aires, 2000, con el título "Búsqueda de la verdad en el proceso penal").

32) Cfr. MUÑOZ CONDE El delito de alzamiento de bienes, 2ª ed., Barcelona 1999, pp. 179 ss. (también en Homenaje al Profesor Torío, Granada 2000; y en Homenaje al Profesor Barbero Santos, en prensa); idea ya expuesta en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (nota 12), p. 158. Para un estudio en profundidad de las posibilidades que tiene la tesis de Roxin de ser aplicada en el ámbito de organizaciones no desvinculadas del Derecho, véase MUÑOZ CONDE, Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho, en Revista

Penal, 2000, que en parte se reproduce aquí. Un resumen en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 4º ed., p.500 y 502.

33) Cfr. ROXIN (nota 8), pp. 355 ss. (=Autoría, p. 386).

34) Cfr. JAKOBS, Strafrecht, AT, 2ª ed., 1991, 21/101 (hay versión española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1996)

35) Cfr. ROXIN, Festschrift für Grünwald, 1999, p. 553 (también en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, como nota 6, p. 194); en el mismo sentido, BLOY, Goltdammer's Archiv, 1996, p. 440.

36) Cfr. JAKOBS Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, Festchrift für Miyazawa, 1995, p. 419 .

37) Cfr. ROXIN (nota 8), pp. 275 ss. (Autoría, pp. 303 ss.). Ejemplar en este sentido la tesis de VALDAGUA, Início da tentativa do co-autor, 2ª ed., Lisboa 1993 (un resumen en alemán de la misma se encuentra en el trabajo de dicha autora, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1986, p.839 ss.), que, a mi juicio, se refiere mas a casos de codelincuencia de varias, pocas, personas en un mismo hecho, y no a la delincuencia llevada a cabo n el seno de grandes organizaciones que son a los que nos referimos aquí.

39) En este sentido también STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., 2000, nm. 824; JAKOBS (nota 34), 21/40.

40) Sobre este problema me remito los trabajos de GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Barcelona 1999; NÚÑEZ CASTAÑO, La imputación penal en el ámbito de la empresa, Valencia 2000. Véase también mis trabajos citados en nota 32.

41) Cfr..HASSEMER Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, pp. 65 ss. (=HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, como nota 20, p. 178).

42) Así, por ej., JAKOBS (nota 36) lug. cit.