

¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal
Universidad «Pablo de Olavide» de Sevilla.

I

En 1963, Claus Roxin, nuestro respetado homenajeado, acuñó su teoría del «dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados»¹ y todavía en el mismo año, con motivo del caso Eichmann, escribió un artículo² en el que aplicaba dicha teoría a este famoso caso. Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la fundamentación de la autoría en el marco de los aparatos de poder organizados que él describió con las siguientes palabras: «Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse de forma adecuada únicamente con los criterios del delito individual... De aquí se deduce que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se lee y contempla como fenómeno global... Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual»³.

Para poder superar estas dificultades, desarrolló Roxin una teoría en la que caracterizaba estos aparatos de poder con una estructura de dominio integrada por tres elementos, que, en su opinión, fundamentaban una autoría mediata del «hombre de atrás», aunque el ejecutor del hecho fuera ple-

namente responsable. Esta especie de «autor tras el autor», que ya había sido aceptada por la jurisprudencia alemana con la teoría subjetiva del *animus auctoris*⁴, fue fundamentada por Roxin con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría del «hombre de atrás». A este respecto decía acertadamente Roxin: «El fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa».⁵

• El primer elemento de este mecanismo funcional es, para Roxin, el «dominio de la organización»: Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de «dominio del hecho», se nos pone inmediatamente de relieve que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad «habitual». Y termina resumiendo este elemento con las siguientes palabras: «De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda im-

1. Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed. 1963, pp. 242 y ss. (= *Autoría y dominio del hecho*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1998, p. 267 y ss.). La traducción de los textos de esta obra que se utilizan en este trabajo ha sido realizada por su autor directamente de la edición original alemana; no obstante, se añade la cita de la pág. correspondiente a la edición española de la misma, y lo mismo se hace con otros trabajos del propio ROXIN o de algún otro autor, cuando existe traducción española.

2. Cfr. Roxin, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA 1963, pp. 193-207.

3. *Täterschaft...*, (nota 1), p. 243. (= *Autoría...*, p. 268).

4. Cfr., por ej., B.G.H. 18, 87: Caso Stachynskij.

5. *Täterschaft...*, (nota 1), p. 244 (= *Autoría...*, p. 270).

partir órdenes a sus subordinados, es autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito».⁶

• Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para Roxin, la «fungibilidad del ejecutor». Es decir, el ejecutor debe ser «libremente intercambiable»: «En este grupo de casos...no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del “hombre de atrás” irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el “hombre de atrás” ocupe también junto a él el centro del suceso».⁷

• Finalmente, Roxin añadía un tercer elemento que denominaba como «limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho», y que describía así: «De la estructura de la organización se deduce que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico in-

dependiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del “hombre de atrás”».⁸

Posteriormente, en otros trabajos, Roxin ha respondido a las críticas de su teoría sin modificar los principios de la misma. Así, por ejemplo, dice en relación con la opinión de Jescheck de que lo que hay aquí es un caso de coautoría,⁹ que esta tesis no parece ser una solución correcta «porque el que se sienta en el control central, la mayoría de las veces, no conoce a los concretos ejecutores. Falta, por tanto, una decisión común al hecho y también una ejecución común del mismo ya que el “hombre de atrás”, tras haber dado la orden, no participa por lo general en su ejecución y sólo espera que se le comunique que ha sido llevada a cabo».¹⁰ También rechaza la opinión de Bockelmann que pretende aceptar una autoría accesoria entre el que da la orden y el que la ejecuta¹¹ con el argumento de que es una construcción desviada que «no toma en cuenta el hecho de que el aparato es una estructura organizada en la que las acciones singulares están necesariamente relacionadas y no van, por tanto, desvinculadas entre sí, que es lo que caracteriza a la autoría accesoria».¹²

También en otros trabajos ha defendido Roxin consecuentemente su teoría contra sus críticos.¹³ Mientras tanto, la misma ha tenido un fuerte eco en la doctrina¹⁴ y también en la jurisprudencia¹⁵ y se puede considerar actualmente como uno de los pilares fundamentales de la autoría mediata. Pero en su última aportación al tema, que primera-

6. *Täters haft...*, (nota 1), p. 248 (=Autoría..., p. 273).

7. *Täters haft...*, (nota 1), p. 245 (=Autoría..., p. 271).

8. *Täterschaft...*, (nota 1), p. 249 (=Autoría..., pp. 274 y ss.).

9. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, (traducción de la 2.ª ed. alemana de Mir Puig y Muñoz Conde), Barcelona 1982, vol. 2, p. 928; cfr. también JESCHECK/WEIGEND, 5.ª ed. 1998, p. 670.

10. Cfr. ROXIN, *Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter»*, *FS für Lange*, 1976, p. 173.

11. Cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1975, p. 181; cfr. también BOCKELMANN/VOLK *AT*, 4.ª ed. 1987, p. 182.

12. ROXIN, *FS für Lange* (nota 10), p. 193.

13. Cfr. *LK-ROXIN*, 11.ª ed. 1993 § 25, n.º 128 y ss.; *Täterschaft...*, 6.ª ed. 1994; *JZ* 1995, p. 49; *FS für Grünwald* 1999, pp. 549 y ss.

14. Cfr., por ej. en la bibliografía alemana general, *LK-BUSCH*, 1970, § 47 nm. 73; *MAURACH-GÖSSEL*, *AT/2*, 7ª ed. 1989, pp. 48-88; *SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER*, 25.ª ed. 1997, § 25 nm. 25; *STRANTENWERTH*, *AT*, 3.ª ed. 1981, n.º 790 y ss.; *WESSELS*, *Strafrecht AT*, 27ª ed. 1997, nm. 541; *ESER*, *Strafrecht II*, 3ª ed. 1980, p. 157; *SCHMIDHÄUSER*, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1984, 10/95. En la bibliografía alemana específica, *HERZBERG*, *Täters haft und Teilnahme*, 1977, ss. 42 ff.; *BOTTKE*, «Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach dem Beitritt der neuen Länder», en: E.J. LAMPE (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung. Arbeitskreis Strafrecht, Bd. 2, Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung*, 1993, pp. 203 y ss.; *SCHILD*, *Täterschaft als Tätherrschaft*, 1994, pp. 24 y ss.; *HIRSCH*, «Rechtsstaatliches Strafrecht und staalich gestuertes Unrecht», *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 342*, 1996, p. 23; *AMBOS*, «Tätherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», *GA* 1998, pp. 226 y ss. (= «Dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», traducción de Manuel Cancio Meliá, en *RDPC*, n.º 3, 1999, pp. 133 ss.; quien prescinde del criterio de la desvinculación del Derecho, cfr. infra).

15. Cfr. *Ents heidungen des Bundesgeri htshofs in Strafsachen*, Band 40, p. 218, con nota concordante de ROXIN, *JZ* 1995, 49.

mente expuso en un Coloquio en Huelva en julio de 1998¹⁶ y luego, con algunas modificaciones, en el *Festschrift für Grünwald* publicado en 1999, Roxin ha seguido desarrollando su teoría, planteando la cuestión de si una autoría mediata no sólo viene en consideración, como ya expuso en 1963,¹⁷ en el marco de aparatos de poder en relación con hechos «que se cometen en el ámbito de movimientos del submundo, organizaciones secretas, bandas criminales y otros grupos similares», sino también con hechos relacionados con lo que en la moderna terminología se ha dado en llamar «criminalidad organizada». Su respuesta afirmativa la condiciona a que «se pruebe en el caso concreto si ha existido realmente la estructura de poder descrita, característica de la autoría mediata».¹⁸

Pero en este último trabajo Roxin ha referido el tercer elemento con el que él, en 1963, quería caracterizar el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, es decir, la «limitación al dominio de la organización de aparatos al margen del Derecho», «sólo a los hechos incriminados cometidos en autoría mediata y no a todos los ámbitos de actuación de la organización»^{18 bis}. ¿Significa esto que considera posible una ampliación de su teoría original a nuevas formas de criminalidad y no sólo a la llamada criminalidad organizada, sino también a otras manifestaciones de criminalidad en sectores como el medio ambiente, impuestos, responsabilidad por el producto, etc., y que renuncia, por tanto, al elemento de que la organización sea una «al margen del Derecho» y que dicha teoría también puede aplicarse a estos casos siempre que se den y se pruebe la existencia de los

otros dos elementos que todavía en su opinión caracterizan la estructura de dominio?

Antes de responder a esta cuestión hay que ocuparse del concepto de «al margen del Derecho».

II

Recientemente ha dicho Ambos en un trabajo específicamente dedicado a la teoría de Roxin, lo siguiente: «La desvinculación al Derecho de tales aparatos de poder no se puede excluir ciertamente, pero no constituye un “presupuesto indispensable” del dominio de la organización».¹⁹

Un argumento a favor de esta teoría puede ser la jurisprudencia sobre los guardias de la frontera de la antigua República Democrática Alemana que, siguiendo órdenes, dispararon y mataron a muchos ciudadanos que intentaban pasar el Muro de Berlín. En dicha jurisprudencia el Tribunal Supremo alemán ha aplicado la teoría de Roxin del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, sin tener en cuenta el requisito de que la organización actúe «al margen del Derecho».²⁰ Una aplicación consecuente de la teoría original de Roxin habría supuesto una declaración de que todo el aparato político de la antigua República Democrática Alemana actuaba «al margen del Derecho» o, por lo menos, su Legislación de Fronteras, que de algún modo permitía que, en casos graves, el intento de paso fronterizo ilegal se pudiera impedir utilizando fuerza con peligro de muerte. Esto es en mi opinión cuestionable. Ciertamente hay en muchos países crímenes de Estado o injusticias cometidas por el Estado²¹ al margen del Derecho. Un ejemplo de ello fue la eli-

16. Cfr. ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada*, Huelva 1999, pp. 191 y ss.

17. Cfr. ROXIN, GA 1963 (nota 2), p. 207.

18. ROXIN, FS Grünwald, 1999.

18 bis. Cfr. ROXIN *lug. u. cit.* p. 561, quien responde a la crítica de Ambos, pero modificando su tesis original en el sentido de que la desvinculación de la organización al Derecho no debe ser total, bastando sólo con que sea el hecho concreto el que se realice al margen del Derecho. (Desgraciadamente en el momento de la redacción de este trabajo, a principios de enero del 2000, no he podido tener en cuenta esta variante, que, en todo caso, confirma ya la tendencia iniciada con el trabajo presentado en Huelva a prescindir del requisito de la «desvinculación al Derecho» de la organización como tal).

19. Cfr. AMBOS (nota 14), p. 245 (= RDPC, p.165).

20. Cfr. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Band 40, p. 218, BGHSt 40, 218, con nota concordante de ROXIN, JZ 1995, 49 (nota 15); también BGH 42, 259.

21. Así la expresión de HIRSCH (nota 14). Cfr. también JAKOBS, «Untaten des Staates-Unrecht im Staat», GA 1994, p.1 y ss: «Unrecht im Staat ist die Missachtung des Rechtsverhältnisse, das den Staat ausmacht, etwa die schuldhaft Tötung eines Bürgers durch einen anderen. Als staatliche Untaten werden hier Hoheitsakte bezeichnet, die eine Person schädigen, ohne dass sich dies aus der Aufgabe eines modernen Staates herleiten lässt; Hauptbeispiel sind die Schüsse auf diejenigen fliehenden Bürger der DDR, die nichts wollten als ihre Freiheit» («Crímenes en el Estado» es el desprecio de la relación jurídica que el propio Estado ha creado, por ejemplo el homicidio culpable de un ciudadano por otro. Como «crímenes de Estado» se califican aquí actos de soberanía que perjudican a una persona, sin que ello se pueda derivarse de la tara del moderno Estado; como ejemplo principal de esto tenemos los disparos a los ciudadanos de la República Democrática Alemana que huían y no querían otra cosa que su libertad», «Crímenes del Estado. Ilegalidad del Estado», traducción de Pilar Giménez Alcover, DOXA, 17-18, 1995, pp. 445 y ss., quien propone una traducción ligeramente distinta. Sobre esta distinción véase infra).

minación masiva de judíos y gitanos, así como de enfermos mentales durante la dictadura nacional-socialista, que se llevó a cabo siguiendo órdenes secretas y del *Führer*.²² También el plan secreto de actuación de los poderes fácticos en Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile durante los años 70 del siglo XX para acabar con los «movimientos subversivos comunistas» en Sudamérica a través de detenciones ilegales, torturas, asesinatos y desapariciones de los detenidos, puede considerarse como ejemplo de un aparato de poder paralelo, operando clandestinamente, al margen del Derecho.²³

Pero cuando el aparato de poder no está fuera del Ordenamiento jurídico, sino que es el mismo Orden jurídico o una parte de él, como sucedía con la Legislación de Fronteras de la R.D.A., es difícil fundamentar que el sistema está «al margen del Derecho». Ciertamente hay en muchos países órdenes, directrices e instrucciones de la superioridad que son contrarias a los pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos que esos mismos países han suscrito, como fue el caso de la R.D.A., que había ratificado en 1976 el Pacto internacional de 1966 que, entre otras cosas, garantizaba la libre salida del territorio nacional. Pero esto no quiere decir que sus sistemas políticos puedan ser considerados en un todo como organizaciones criminales al margen del Derecho, sino simplemente que esas directrices y órdenes, en la medida en que sean contrarias a los Pactos suscritos, son antijurídicas. Así, por ejemplo, la extradición del General Pinochet a España, que en principio fue acordada por la *House of Lords*, sólo lo fue en base al delito de tortura y no porque entre otros delitos hubiera encabezado un Golpe de Estado, y ciertamente con ayuda del servicio secreto de una Potencia Mundial, contra un Estado democrático, conquistan el poder, convierten en «ilegal» al adversario político, lo detienen, le prohíben el regreso a su patria y lo excluyen del camino legal y democrático para acceder al poder político.²⁴

Por lo demás, en todas las dictaduras, como fue en España la del General Franco (1939-1975), infracciones de los derechos de expresión, reunión y asociación son precisamente características del sistema jurídico autoritario, que difícilmente se

pueden considerar al margen del Derecho, si no es enjuiciándolas desde la concepción de un Estado diferente basado en los principios democráticos.

Como demuestra la Historia, es una tarea difícil conceptualizar y sistematizar en Derecho penal este tipo de «criminalidad de Estado». Ya decía Welzel, «que el Estado pretende protegerse a sí mismo con ayuda del Derecho penal, plantea al Derecho penal una problemática desconocida en otros ámbitos. Si el Estado es el guardián del Derecho, ¿cómo puede protegerse a sí mismo con el Derecho? ¿Qué protección obtiene del Derecho penal que no tuviese ya de antemano? La eficacia protectora del Derecho penal en la protección del Estado es ciertamente limitada. La existencia del Estado es función del poder político, pero no de las normas del Derecho penal con las que se rodea».²⁵

La R.D.A. quería proteger la identidad de su sistema político con el Derecho penal y con una Legislación de Fronteras, aunque también se cometieran excesos y lesiones de los derechos humanos (minas, fuego a discreción, dejar desangrarse a seres indefensos que habían quedado heridos al intentar escapar). El que esa política haya fracasado no significa, como dice Jakobs,²⁶ «que ese fracaso de la propuesta política de mejorar no se puede reconducir a un sistema de imputación pensado para la maldad subjetiva en circunstancias ordenadas». Pues, como expresó el B.G.H. en su resolución de 24 de octubre de 1996,²⁷ ni siquiera la dura legislación de Fronteras de la R.D.A. cubría «la muerte dolosa de personas que no querían otra cosa que traspasar los límites fronterizos entre las dos Alemanias, sin portar armas y sin poner en peligro bienes jurídicos generalmente reconocidos... Es verdad —sigue diciendo el B.G.H.— que los preceptos legales vigentes en la R.D.A., en lo que concierne al empleo de armas en la frontera alemana, se correspondían literalmente con los vigentes en la R.F.A. en relación con el uso de la coacción directa. Pero de los hechos probados en las sentencias recurridas se deduce que esta situación legal es superada por órdenes que no dejaban ningún espacio para limitar el empleo de las armas conforme al principio de culpabilidad y que transmitían a los miembros de las patrullas fronterizas en la zona la idea de sus mandos superiores, en última instancia, el Consejo Nacional de Defensa, de

22. Cfr. HIRSCH, lug. u. cit. (nota 14), p. 29.

23. Cfr. AMBOS (nota 14), p. 243 (= RDPC, p. 163).

24. Cfr. *House of Lords Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No.3), 24 mar. 1999 (cfr. también AMBOS, JZ 1999, p. 16 y ss.; hay versión española ligeramente modificada de ANARTE BORRALLO, en RP, n.º 4, 2000).

25. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. 1969, p. 480.

26. JAKOBS (nota 21), p. 17 (=DOXA, p. 464).

27. BverfG, Resolución de 24 oct 1996 (NJ 1/1997, 18 y ss.).

que los que intentaban pasar la frontera tenían que ser «eliminados» si su huida no podía ser evitada de otra forma. La subordinación del derecho individual a la vida al interés estatal en evitar el paso fronterizo llevó a que el Derecho escrito quedara sometido a las exigencias de las necesidades políticas; lo que constituyó una injusticia material muy grave.²⁸ Se trataba de lo que, en la terminología de Jakobs, se podría denominar como un crimen en el Estado,²⁹ pero no de un crimen de Estado, ya que los excesos y lesiones de los derechos humanos representaban también una infracción de las reglas jurídicas de la propia RDA, y no simples actos de soberanía (*act of State*) que, en principio, se pueden sustraer a una valoración desde el punto de vista del Derecho penal.³⁰

Pero tampoco hay que olvidar las circunstancias fácticas (por ejemplo, la forma en que se impartían las órdenes en la frontera intraalemana), que iban más allá de los principios del Estado de Derecho y de los pactos internacionales de derechos humanos acogidos formalmente en el Ordenamiento jurídico de la R.D.A. y que provocan una «mala praxis» de minas personales y fuego a discreción con los consiguientes resultados letales.

Estas circunstancias fácticas constituían también el «mundo normativo» de los soldados que

dispararon en el Muro y configuraban su responsabilidad individual, pudiendo venir en consideración tanto en el ámbito de la culpabilidad como en el de la medición de la pena a través de la regulación del error de prohibición o de la obediencia debida, bien como causas de exculpación, bien como circunstancias atenuantes.³¹

Mi punto de partida es, por tanto, que tanto la persecución de los crímenes gubernamentales de la antigua R.D.A., como la del dictador chileno Augusto Pinochet, como la de los miembros de la Junta Militar Argentina no es un «ajuste de cuentas» con el régimen político y sus dirigentes. Por ello, tampoco comparto la opinión de quienes, yendo aún más lejos, consideran que se habla de pena «para ocultar la intención de venganza».³² Fuera de mi consideración queda, sin embargo, la cuestión de si el Derecho penal es, tras un cambio político como el que se produjo en Alemania tras la reunificación; el mejor camino para superar el pasado y asumir la Historia de una nación. A este respecto la teoría de la *Transitional Justice*, que analiza los distintos modelos de transición de un sistema político autoritario a uno democrático, ha llegado a la conclusión de que el Derecho penal no siempre es la mejor solución para posibilitar una transición pacífica al sistema democrático.³³

28. BverfG (nota 27), Fundamentos C, II, 2 a) y c) (cursiva del autor).

29. Cfr. Jakobs (nota 21).

30. En este contexto no me ocupo de la cuestión de si los crímenes de Estado sólo pueden juzgarse por un Tribunal Internacional Penal o también por el Tribunal de otro Estado (sobre ello véase AMBOS, trabajo citado en nota 24. Sólo quiero indicar que el llamado principio de «Justicia universal», que reconoce el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España considera competente a la Jurisdicción española para juzgar, sin tener en cuenta el lugar de comisión del delito, ni la nacionalidad del autor, los delitos de genocidio, terrorismo, piratería aérea, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, el tráfico ilegal de drogas «y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España», como, por ejemplo, es el delito de tortura, de acuerdo con la Convención Internacional existente sobre la misma ratificada por España (cfr. al respecto GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 3.^a ed., Valencia 1998, pp. 176 y ss.). Estos son precisamente los delitos que normalmente son cometidos por aparatos de poder, estatales o paraestatales, desvinculados del Derecho y a los que, por supuesto, puede aplicarse la teoría de Roxin en su formulación original (cfr. por ej., la Sentencia de la *Cámara Nacional de Apelaciones* de 9 dic. 1985, que condenó a la cúpula de la Junta Militar Argentina por algunos de estos delitos, sobre ello infra, nota 33).

31. En este sentido también HASSEMER, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Staatskriminalität und politischen Systemwechsel in Deutschland im Spiegel der Rechtsfertigungsgründe», conferencia inédita en Krakau, oct. 1996; sobre el problema específico de la posible exculpación de los guardias y de los dirigentes que les dieron las órdenes de disparar en el muro fronterizo, cfr. ESER, «Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern», en *Odersky FS*, 1996, p. 337. Sobre las cuestiones relacionadas con el error de prohibición, véase la obra de FELIP Y SABORIT *Error iuris*, Barcelona 2000, pp. 235 y ss.

32. Cfr. W. BECKER, *FS für Ernesto Garzón Valdés*, 1992, p. 21, citado por JAKOBS (nota 21), nota 53.

33. Cfr. A. JAMES MCADAMS, «Commision on Trial: The east German Past and the German Future», en: A. JAMES MCADAMS *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, 1997, pp. 239-267. En el mismo libro JUAN E. MENDEZ, «In defense of Transitional Justice», p. 21, se refiere al intento de Egon Krenz de justificar su conducta: «*tried to argue that criminal trials could not be used to settle the historic conflict between capitalism and socialism that initially prompted him so act in the manner for wich he faced prosecution... Its succes lay in persuading Germans of the need to judge the East-West conflict by making morally wrong and what could be defended as the honest pursuit of a political or ideological objective*». Sobre el comportamiento de Krenz, Kleiber y Schabowski (dirigentes de la antigua R.D.A.) en el proceso en el que fueron juzgados por un Tribunal de Berlín, cfr. JAKOBS, «Freispruch für Marx», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 ag. 1997. Sobre la condena de algunos miembros de la Junta Militar Argentina, que posteriormente fueron indultados, cfr. MALIBR, *ZStW* 107 (1995), 146 y ss. El penalista argentino JAIME MALAMUD GOTI, que junto con el filósofo y teórico del Derecho Carlos Nino, por encargo del Presidente Raul Alfonsín, pusieron las bases para que dichos procesos pudieran llevarse a cabo, se muestra ahora escéptico sobre las consecuencias que los mismos tuvieron para la reconciliación y la superación del pasado en Argentina (cfr. MALAMUD GOTI, *Game*

Desde luego, tras las experiencias habidas en otros países como España, Portugal, Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay y todos los del Este de Europa, en los que ha operado este tipo de cambio político, el respectivo modelo de *Transitional Justice* puede juzgarse de forma muy diferente.

En Alemania se han enfrentado dos posiciones en la doctrina penal. Una está representada por Jakobs, quien sostiene «que hubiera sido mejor con que nos hubieramos conformado con manifestar nuestra alegría por la salida final, nuestra solidaridad con las víctimas y una prudente reserva respecto al día –que ciertamente vendrá tras la fase evidente de superioridad de los Ordenamientos occidentales–, en el que haya que hacer un balance de los costos y perjuicios de la actual sociedad».³⁴

Frente a esta opinión sostiene Hirsch –quien hace un, en mi opinión, discutible paralelismo entre el régimen nazi y el de la antigua R.D.A.– que «una amnistía que constituye en todo caso más una cuestión política que científica, sería, más allá de los casos menos graves, un signo de retroceso».³⁵ Pero también Hirsch confiesa que la «elaboración jurídico-penal del período nazi y del régimen de la R.D.A. en su resultado final no satisfice».³⁶ Junto a estas consideraciones puramente jurídicas debe también tenerse en cuenta que estamos al final de una situación de guerra (fría), en la que ambas partes del conflicto han cometido faltas políticas y jurídicas y, a veces, han empleado medios ilegales para imponer sus respectivas ideologías. Desde luego se hace difícil explicar y elaborar con la sola ayuda del Derecho penal si la «orden de disparar era una condición vital para la existencia de la R.D.A.», si el régimen de Berlín Oriental hasta la caída del Muro actuó autónomamente o siguiendo las órdenes de una potencia extranjera, si el Pacto de Varsovia ante el aumento de las personas que huían de estos países sólo podía asegurar su poder con un severo régimen de control de sus fronteras.³⁷ E igualmente es difícil

también de explicar en términos penales el estacionamiento de misiles con cabeza nuclear en el territorio de la Alemania Occidental o la prohibición decretada en esta nación para que pudieran desempeñar cargos públicos los miembros del Partido Comunista Alemán (*Berufsverbot*).

Pero estas delicadas cuestiones no afectan directamente al tema de nuestro trabajo y pueden ser, por tanto, dejadas fuera de nuestra consideración. Lo importante ahora es que estos casos a los que el B.G.H. ha aplicado la teoría roxiniana de la autoría mediata,³⁸ se dieron dentro de un aparato de poder estatal que no puede considerarse como una organización «al margen del Derecho». ¿Podemos, a pesar de eso, aceptar que puede darse también el marco de una organización «no al margen del Derecho» ese dominio de la voluntad en virtud de un aparato de poder organizado como fundamento de una autoría mediata?

III

Antes de ocuparnos de esta cuestión, tenemos que darle la razón a Roxin que aplica su teoría no sólo a los delitos de un aparato de poder estatal organizado, sino también a «los que se cometen en el marco de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos similares»,³⁹ que son, por supuesto, aparatos de poder al margen del Derecho. Precisamente lo que para Roxin debe caracterizar estos grupos «es no sólo una estricta organización independiente del intercambio de sus miembros, sino una finalidad contraria al Ordenamiento jurídico-estatal y contraria a las normas del Derecho penal positivo».⁴⁰

Entre ellos se cuentan, por su propia naturaleza, sobre todo las asociaciones terroristas, pero también otras asociaciones criminales (de «delito organizado parecido a la mafia» habla la resolución del B.G.H. 40, 218), que tienen la misma estructura, es decir, la estructura de una organización cu-

without End, Oklahoma University Press, 1996). No se debe olvidar, sin embargo, que los delitos de los que eran acusados los generales y Altos Mando de la Junta argentina eran acciones completamente desvinculadas del Derecho llevadas a cabo masivamente, tales como asesinatos, desapariciones, torturas, secuestro de niños, que fueron realizados secretamente a través de medios que incluso con los criterios de la propia normativa jurídica vigente en aquella época eran ilegales. Como destacaba la propia *Cámara Nacional de Apelaciones* en su resolución de 9 dic. 1985: «Mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias» (citado por AMBOS, nota 14, RDPC, p. 162).

34. JAKOBS, (nota 21), p. 19. (=DOXA, p. 467).

35. HIRSCH, (nota 14), p. 31.

36. HIRSCH, lug. u. cit.

37. Cfr. el anuncio «Appel an deutschen Juristen», publicado en el periódico alemán *Die Welt*, 13 septiembre 1997, p. 6.

38. Cfr. B.G.H. 40, 218 (nota 15).

39. ROXIN, (nota 1), p. 250 (=Autoría..., p. 276).

40. ROXIN, lug. u. cit.

Los miembros están estructurados de forma jerárquica y en la que se llevan a cabo las órdenes e instrucciones de la cúpula (cabecillas, jefes, «hombres de atrás»), cuya autoridad reconocen. Estas asociaciones son ya *per se* criminales y en todos los países el legislador ha criminalizado por su especial peligrosidad la fundación y pertenencia a las mismas. Desde el punto de vista dogmático, se trata de una «criminalización en el campo previo a la lesión del bien jurídico»,⁴¹ en la fase preparatoria.

Pero la fundación y pertenencia a una asociación no significa que automáticamente pueda calificarse de autoría o participación en un delito concreto (asesinato, secuestro, etc.) que hayan podido cometer individualmente miembros integrantes de la misma. También aquí deben comprobarse las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad en relación con el caso concreto.

En estos casos no hay naturalmente ningún problema en decir que la organización está al margen del Derecho, ya que se trata de una asociación ilegal. Pero, de todos modos, debe comprobarse con especial exactitud la existencia de los otros elementos que, en opinión de Roxin, fundamentan el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, es decir, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores. No todas las «organizaciones mafiosas» tienen la estructura rígida organizativa que fundamenta el dominio de la organización y tampoco es tan amplia la intercambiabilidad de sus miembros como lo es en los aparatos de poder estatal. Muchas veces se trata sólo de pequeños grupos, familias, *gangs*, etc., cuyos miembros se conocen entre sí y conviven o, por lo menos, tienen estrechos lazos

entre sí. En la práctica apenas tienen relación con otras gentes fuera del grupo y por eso tampoco confían en otros para la realización de un asesinato o secuestro. En estos casos hay que recurrir a otras clases de autoría o participación para fundamentar la responsabilidad de los distintos intervinientes en el caso concreto. Ya Roxin advertía de la imposibilidad de aceptar un dominio de la organización en tales grupos, diciendo: «Si una media docena de elementos asociales deciden la comisión conjunta de delitos y eligen a uno de entre ellos como jefe, todo esto no es todavía un «aparato de poder», pues la comunidad descansa en las relaciones individuales de los participantes y no tiene una existencia independiente de la de sus miembros que es lo que presupone la forma específica de dominio de la voluntad en estos casos».⁴²

Evidentemente, es indudable que también hay aparatos de poder organizados de carácter no estatal que constituyen «un Estado dentro del Estado». Sirvan de ejemplo de estas organizaciones paraestatales la mafia siciliana, los «yakuza» y «boryokudan» japoneses o los «cárteles» de la droga colombianos de Cali y Medellín, que a veces tienen un mejor y más efectivo control de su gente que el mismo Estado tiene de sus funcionarios.⁴³

En estos supuestos se habla de «criminalidad organizada», un fenómeno característico de nuestra moderna sociedad⁴⁴ que todavía hoy no ha sido claramente delimitado ni definido con precisión ni por la Criminología, ni por el Derecho penal.⁴⁵ Una aplicación automática de la técnica de Roxin a tales organizaciones sin una comprobación estricta de sus presupuestos puede llevar a una peligrosa ampliación de los límites de la penalidad o a un concepto unitario de autor, en el

41. Así reza el título de un artículo de JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», ZStW 97 (1985), p. 751 («Estudios de Derecho penal», traducción de Suarez González, Peñaranda Ramos, Cancio Meliá, Madrid 1998, p. 293 y ss.), quien, para describir más gráficamente la esencia de estos delitos, utiliza la quizás no muy afortunada expresión «Derecho penal de enemigos» (*Feindschaftsrecht*) (que desarrolla también en su ponencia al Symposium de Berlín, octubre 1999, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende», aún inédita, y que tiene el sugerente título: «Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart»). Agradezco al Prof. Jakobs que me haya proporcionado el texto de este trabajo suyo que sirvió de base para una conferencia que dio en la Universidad Pablo de Olavide, el día 15 de febrero de 2000.

42. ROXIN, (nota 1), p. 251 (=Autoría, p. 276).

43. Cfr. AMBOS, (nota 14), pp. 240 y ss., quien por lo demás habla en el caso de la Mafia siciliana o del «cartel de la droga» colombiano de una relación simbiótica entre estos grupos y el Estado, que no se puede considerar como desvinculada del Derecho, sino como una organización integrada en el Ordenamiento jurídico. Sobre la criminalidad organizada en Japón, y especialmente sobre el fenómeno del *boryokudan* (criminalidad organizada violenta), véase el trabajo de HUANG/VAUGHN, «A descriptive Analysis of Japanese Organized Crime: The Boryokudan from 1945 to 1988», en *International Justice Review*, volume 2, 1992, pp. 19 y ss., quienes curiosamente también hablan (pp. 48 ss.) de una relación simbiótica entre el *boryokudan* y la policía japonesa.

44. Cfr. HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», ZRP 1992, p. 378 y ss. (=Produktverantwortung im Strafrecht, 1994; =en HASSEMER/MÉNIOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995).

45. Cfr. KENNEY/FINCKENAUER, *Organized Crime in America*, 1995, que, por ejemplo en la p. 4, caracteriza la criminalidad organizada como «no ideológica»: «Organized groups are nonideological in the sense that they do not have political agendas of their own. They are not terrorists dedicated to political change. They do not espouse a particular radical, liberal, conservative, or other political ideology. Their interest in government is only in its nullification through bribery, payoffs, and corruption. Despite the fact they may engage in killings, bom

que cualquier cabecilla o miembro de la organización podría ser condenado por un delito singular cometido por uno de ellos.⁴⁶ En lo que se ha dado en llamar «moderno» Derecho penal⁴⁷ tenemos ya bastantes ejemplos de esto en sectores como la regulación de los delitos de tráfico de droga, blanqueo de capitales, terrorismo, etc., respecto a lo cual Jakobs habla incluso de un *Derecho penal de enemigos*.⁴⁸ Pero hay que advertir de esto y preocuparnos por la ampliación de conceptos tradicionales como el de autoría mediata, para poder adaptarlos al «moderno» Derecho penal, porque ello puede conducir a una pérdida de identidad de la Dogmática jurídico-penal como instrumento garantizador de los principios fundamentales de carácter constitucional del Derecho penal.⁴⁹ Roxin es consciente de esta tendencia y, por eso, condiciona la aplicación de su teoría al ámbito de la criminalidad organizada a «que efectivamente se compruebe con exactitud, en el caso concreto, la estructura descrita de dominio característica de la autoría mediata».⁵⁰

IV

Ahora nos podemos ocupar de la cuestión de si puede haber una autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado de carácter estatal que no esté al margen del Derecho.

Como ya hemos indicado anteriormente (*supra* I), si se renuncia al 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 B.G.H. en la resolución antes mencionada⁵¹ 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».⁵² Pero este argumento es difícilmente compatible con la renuncia al requisito de la desvinculación al Derecho que el mismo Ambos propone.⁵³ 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)».⁵⁴ 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 crimina-

bings, or kidnapping and despite the fact that they may exist within political groups, such as is the case with certain elements of the Palestine Liberation Organization, for example, international terrorist organizations would not be a form of organized crime according to this criterion» (sobre ello, cfr. los interesantes trabajos de ANARTE BORRALLO, FERRÉ OUVÉ, MEDINA ARIZA, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, en: FERRÉ OUVÉ/ANARTE BORRALLO (nota 16)).

46. Tales excesos son usuales en el Derecho penal del *Common Law* con la figura de la conspiracy (críticamente, FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York 1998, S.191/192: «The modern doctrine of conspiracy renders criminal any agreement between two or more persons to commit a crime (...). The idea that organisation itself is criminal could have led to punishment of the conspiracy as an entity itself, but in fact it lead to the creation of a separate crime defined by participating in a conspiracy (...). In every case, therefore, in which two or more individuals agree to carry out a crime, the conspirators are guilty both of the substantive crime they commit and the additional crime of conspiracy. Even if only one party actually carries out the crime, they are equally guilty of conspiracy» (=Conceptos básicos de Derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia 1997, p. 279 (cursiva del autor).

47. Cfr. HASSEMER, (nota 44).

48. Cfr. JAKOBS, (nota 41).

49. Cfr. MUÑOZ CONDE, «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?, KritV, Sonderheft, Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag», 1. Aufl. 2000; S.130 f. (también en Symposium de Berlin, octubre 1999, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende» (nota 41) (=«Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal», en RP, n.º 5, 2000, pp.44 y ss.).

50. Cfr. ROXIN, (nota.18).

51. BGH 40, 218 (nota 20).

52. AMBOS. (nota.14), p. 239 (= RDPC, p. 157)

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

54. AMBOS. lug. cit., p. 242 (= RDPC, p. 161). Contra 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 OUVÉ/ANARTE BORRALLO (nota 16), p. 106, quien cita la opinión también contraria de TERESA SERRA, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 5 (1995), p. 303.

les 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.⁵⁵ Se habla incluso de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a un «dominio funcional, sistémico de la organización»,⁵⁶ 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,⁵⁷ no siendo posible, por tanto, aplicar la figura del «autor tras el autor»⁵⁸ 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».⁵⁹ 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».⁶⁰

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 el Estado de Derecho, para atrapar a los «peces grandes».⁶¹

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

55. Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979; el MISMO, *Wistra* 1982, pp. 41 y ss.

56. Cfr., por ej, las propuestas de LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 728 y 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.

57. Sobre la cuestión del instrumento doloso, cfr. ROXIN (nota 1), pp. 252 y ss. (=Autoría..., pp. 278 y ss.), quien, en principio, rechaza esta figura, porque no constituye una auténtica autoría.

58. Sobre ello, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965.

59. ROXIN (nota 1), p. 360 (=Autoría..., p. 391).

60. AMBOS (nota 14), p. 239/240 (=RDPC, p. 157).

61. 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 Material on Environmental Law*, 4.ª ed., 1995, p. 652). Contra este intercambio de roles se pronuncia ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19.ª ed., 1985, p. 153, 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 declare 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, *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.

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 mi libro *El delito de alzamiento de bienes*,⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴ 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.⁶⁵

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,⁶⁶ 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? Considero que el requisito asumido por la doctrina dominante⁶⁷ 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,⁶⁸ también puede darse en la fase preparatoria cuando «configura» la ejecución.⁶⁹ 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.

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 en virtud de error, cuando se trata de un ejecutor irresponsable, o la coautoría, cuando el ejecutor es responsable.

Pero 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 in-

62. Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2.^a ed., Barcelona 1999, pp. 179 y ss.; también en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (nota 16), p. 158.

63. Cfr. ROXIN (nota 1), pp. 355 y ss. (=Autoría..., p. 386).

64. Cfr. JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 21/101 (=Derecho penal, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995).

65. Cfr. ROXIN, FS Grünwald, p. 553 (también en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (nota 16), p. 194); en el mismo sentido, BLOY, GA, 1996, p. 440.

66. Cfr. JAKOBS, «Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen», FS Miyazawa, p. 419.

67. Cfr. ROXIN (nota 1), pp. 275 y ss. (Autoría..., pp. 303 y ss.).

68. Cfr. ROXIN *loc. cit.*

69. En este sentido también STRATENWERTH, AT (nota 14), n.º 824; JAKOBS (nota 64), 21/40.

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.⁷⁰ Con ello se produce el peligro de imputar una responsabilidad sin diferenciar entre autoría, inducción y complicidad,⁷¹ 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.

Por todo ello dedico este trabajo en estrecha vinculación a mi respetado maestro Claus Roxin, quien no sólo, como dijo Goethe,⁷² hace ya casi cuarenta años fundamentó de nuevo desde el principio el «viejo fundamento» de la teoría de la autoría y la participación, sino que siempre ha sido para todos nosotros, discípulos directos e indirectos suyos, un ejemplo de tolerancia, humanidad y sabiduría. ●

70. Cfr. HASSEMER, *Produktverantwortung* (nota 43), pp. 65 y ss. (=HASSEMER/MUÑOZ CONDE (nota 43) p.178).

71. Así, por ej., JAKOBS, (nota 66) *lug. cit.*

72. Cfr. GOETHE, «Wilhelm Meisters Wandel Jahren»: «*Altes Fundament ehrt man, darf aber das Recht nicht aufgeben, irgendwo wieder einmal von vorn zu gründen*» («Se debe respetar el viejo fundamento, pero no se debe renunciar a fundamentarlo de nuevo desde el principio»). La cita se encuentra en ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín 1972, p.14 (= *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Barcelona 1972, p. 39).