



Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?

Dr. Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho penal,
Universidad "Pablo de Olavide", Sevilla*

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina, por lo menos en lo que se refiere a los *delitos dolosos comisivos*, 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 autor¹.

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 a la 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 ejemplo, 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 ejemplo, 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.

Pero esta diferenciación conceptual entre autoría y participación 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 –por otros miembros del mismo– 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 los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer funciones directivas, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacerlos responsables cuando no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización. Ésta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos

1. Doctrina dominante, por todos véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Valencia 2000, p. 496.

concretos realizados por miembros de organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales. Pero también se plantean problemas similares 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.

Objeto fundamental de este trabajo es enfrentar los problemas que surgen en el *ámbito económico empresarial* a la hora de determinar quiénes son verdaderos autores, aunque no realicen directamente las acciones ejecutivas constitutivas del delito, y quiénes, aun realizándolas, todo lo más pueden ser considerados como partícipes o incluso quedar totalmente impunes. La cuestión presenta ciertamente algunas similitudes con los mismos problemas que surgen también en el ámbito de otras formas de delincuencia empresarial, especialmente medioambiental y por el producto, pero, como veremos más adelante, dichas similitudes no deben hacer olvidar las particularidades que presentan cada una de estas formas de delincuencia, pues si bien es cierto que todas ellas se dan frecuentemente en el ámbito de las grandes empresas, tanto la extensión objetiva y subjetiva de las conductas prohibidas como la de los bienes jurídicos conculcados presentan notables diferencias que impiden transferir sobre todo en la solución de los problemas de autoría y participación conclusiones extraídas de un ámbito a otro.

Lo mismo ocurre con el ámbito de la llamada "delincuencia organizada" que sin duda presenta también similitudes estructurales con la empresarial, pero que a diferencia de ésta está desde el primer momento abocada a la realización de actividades criminales, como terrorismo, contra el Estado o paraestatal, tráfico de drogas, blanqueo de capitales, y está por ello, desde un principio, al margen de la ley (sobre la relación entre delincuencia organizada y económica, véase FOFFANI, *Criminalidad organizada y delincuencia económica*, en *Revista Penal* 2001, nº 7, p. 55 y ss.; IGLESIAS RIO, "Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a una incidencia global", en *Homenaje al Profesor Valle Muñiz*, Pamplona 2001).

No obstante estas diferencias, es preciso realizar una exposición de conjunto del mismo problema a través de estos distintos ámbitos, intentado en la medida de lo posible y con la ayuda del arsenal teórico extraído de la Dogmática general de

la autoría y la participación resolver el problema de cómo hacer responsables en concepto de autores a los que realmente dominan estos hechos delictivos, sin por ello intervenir directamente en su ejecución.

Una forma de resolver el problema que aquí nos ocupa, aunque no siempre y en todos los supuestos de criminalidad a los que me acabo de referir, es recurrir al delito de asociación ilícita, que se tipifica en los arts. 515 y 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, como la realizada por los grupos terroristas, 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 a que se refiere el art. 516 en relación con el art. 515.2º del Código penal, 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 ejemplo, la cúpula de una organización terrorista acuerda el recrudecimiento de acciones violentas, tales como asesinatos y atentados de todas clases que llevan a cabo comandos especialmente formados para ello, y por las razones que sean los hechos concretos que cometan estos comandos no pueden ser, ni por la vía de la autoría, ni por la de la participación, imputados a los que hayan decidido esta campaña terrorista, siempre queda la posibilidad de que se les pueda castigar por el hecho mismo de ser promotores y directores de estas organizaciones terroristas (cfr. art. 516); 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. Ello supone indudablemente un adelanto de la intervención del Derecho penal a ámbitos ciertamente aún lejanos de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales que en su día se llevarán a cabo, pero que por su vinculación con ellas son lo suficientemente graves como para justificar esa intervención, siempre claro está que se materialice a través de instrumentos técnicos legislativos que respeten los prin-

cipios de legalidad, de certeza y seguridad jurídica, y de intervención mínima. Si el delito de asociación ilícita tiene alguna razón de ser en el Derecho penal de un Estado de Derecho es precisamente porque las decisiones que se adoptan en la cúpula de asociaciones ilegales como las terroristas tienen una especial peligrosidad para bienes jurídicos individuales tan importantes como la vida humana, dada su estrecha vinculación con los atentados (aunque ésta no sea suficiente para fundamentar una responsabilidad directa en los mismos), la forma especialmente alevosa con que se planean, el carácter indiscriminado de la mayoría de los mismos, que alcanzan a víctimas anónimas que nada tienen que ver con las instituciones o ideas políticas a las que se quiere atacar, y, sobre todo, la frecuencia casi masiva, similar a las acciones bélicas, con la que en determinados momentos de la vida de un país se producen, formando parte de una estrategia de tensión perfectamente calculada y planeada hasta en sus más íntimos detalles².

Pero lo que aquí se trata de resolver es en qué casos y a quiénes se puede imputar, independientemente del delito de asociación ilícita que hayan cometido, los hechos delictivos concretos (asesinatos, secuestros, estragos, incendios, etc.) que realizan algunos miembros de la asociación criminal, o de cualquier otro grupo que no revista los caracteres de una asociación ilegal, pero que en el curso de su actuación pueda igualmente dar lugar a la comisión de hechos delictivos dolosos.

La respuesta no es evidentemente sencilla, dada la complejidad y la diversidad de manifestaciones que presentan las distintas figuras de delito que aquí vienen en consideración. Hay en todas ellas, sin embargo, una problemática común que diariamente se presenta como un problema a resolver por los Tribunales de Justicia, sin que la doctrina haya conseguido darle hasta la fecha una respuesta unitaria y convincente. Este problema, cuya solución es también importante para confirmar el sentimiento de Justicia material vivo en la opinión pública, que obviamente quiere que todo el peso de la

Ley caiga sobre los principales responsables de los respectivos delitos y no sólo sobre figuras secundarias o accesorias, no puede resolverse con apriorismos dogmáticos alejados de la realidad, propios de una jurisprudencia conceptualista; pero tampoco con el coyunturalismo y la espontaneidad propias de una Justicia del Cadí exclusivamente vinculada al caso concreto, que no puede ser manejada para resolver otros casos que se puedan dar en el futuro. Se impone, por tanto, una solución equilibrada que, respetando la distinción dogmática entre autoría y participación y el fundamento principal de la misma, la teoría del dominio del hecho, que hemos adoptado como punto de partida, procure resolver satisfactoriamente, también desde el punto de vista de la Justicia material, el problema de cómo imputar responsabilidad penal en estos ámbitos delictivos tan graves y característicos de nuestras modernas sociedades, a título de autores, a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, planean, deciden y controlan la ejecución de un delito. Para conseguir una cierta claridad en un terreno tan confuso y tan poco dado a la aplicación automática de los conceptos normalmente elaborados en la Parte General en relación con delitos de estructura más simple, seguidamente analizaré por separado los distintos supuestos que se dan en el ámbito de la criminalidad organizada estatal, paraestatal y terrorista (*infra* A y B) en los que con más frecuencia suelen plantearse este tipo de problemas, para terminar abordando el más específico que aquí nos interesa en el ámbito empresarial y concretamente en el empresarial económico (*infra* C), advirtiendo ya, desde el primer momento, que es casi imposible alcanzar una solución unitaria, completamente exenta de contradicciones y plenamente satisfactoria de los mismos.

A) La imputación de la autoría en el marco de la criminalidad estatal o paraestatal

Para resolver este problema y en relación concretamente con los crímenes contra la Humani-

2. No se trata, por tanto, de un "Derecho penal para enemigos", en el sentido que propone JAKOBS (La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en Cuadernos de Derecho judicial, 1999), sino de una decisión político-criminal legítima dentro de las diferentes opciones de que dispone el Estado democrático de Derecho para enfrentarse eficazmente con este problema, que debe traducirse luego en fórmulas legislativas compatibles con los principios de proporcionalidad y seguridad y certeza jurídica. Desde este punto de vista no cabe duda que las penas previstas en el art. 516 del Código penal para el delito de pertenencia o desempeño de funciones de promoción o dirección de una asociación ilegal en el caso de que sea una de carácter terrorista, o las previstas en el art. 576 para el delito de colaboración con banda armada, pueden resultar excesivas, o que la propia configuración de este último delito puede ser excesivamente ambigua y contraria a la seguridad y certeza jurídica que obliga el principio de legalidad, por lo que deben ser adaptadas urgentemente a los parámetros propios del Derecho penal de un Estado de Derecho (en este sentido, véase STC 20 julio 1999; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 13ª ed., Valencia 2001, pp. 865 y ss.).

dad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus ROXIN desarrolló en 1963 una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las perso-

nas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.

Tres son los elementos que según ROXIN deben darse para fundamentar una autoría mediata de esta clase: el *dominio de la organización* por parte de los autores mediatos, la *fungibilidad* o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al *margen del Derecho*³. Con esta tesis se resuelve con aparente facilidad, no exenta de objeciones, la calificación de autores no sólo de los que en la cúspide, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la ejecución de los delitos, sino también de los que

3. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA, 1963, pp.193 y ss. Véase también ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 299 y ss. (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, pp. 267 y ss., que es la que aquí se cita). En otros trabajos posteriores ha matizado ROXIN algunos extremos de su tesis originaria, analizando las posibilidades de su aplicación a los ámbitos de la criminalidad organizada; véase ROXIN, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia organizada*, Huelva 1999, pp. 191 y ss.; la versión alemana de este trabajo, con algunas modificaciones, está publicada con el título *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei organisierter Kriminalität*, en: *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 549 y ss. Para más detalles sobre esta teoría y las posibilidades de la misma para resolver los problemas de imputación de autoría en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial, véase lo que se dice infra en los epígrafes b) y c) de este trabajo y MUÑOZ CONDE, *Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho*, en *Revista Penal*, 2000 (de este trabajo hay una versión en alemán publicada en el *Festschrift für Claus Roxin*, bajo el título *"Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen "nichrechtsgelöster Organisationen"*, Berlin 2001, pp. 610 y ss.).

Conviene destacar que esta posición de ROXIN fue en su tiempo auténticamente revolucionaria respecto a la jurisprudencia alemana tradicional, confirmada por sentencias de principios de los años sesenta en decisiones de los distintos Tribunales que se ocuparon de juzgar a personas acusadas de haber intervenido y ejecutado personalmente asesinatos en los campos de concentración nazis, y que, conforme a la llamada "concepción subjetiva de la autoría" mantenida por el Tribunal Supremo alemán, fueron consideradas como meros "cómplices" y condenadas a penas atenuadas, entendiéndose que aun habiéndose demostrado su intervención directa en la ejecución de tales delitos, no habían actuado con "voluntad de autor" (*animus auctoris*), sino de meros cómplices (*animus socii*), por orden y en interés de otros. Sobre esta jurisprudencia en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas y políticos de la República Federal de Alemania en aquella época, véase JUST-DAHLMANN/JUST, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main, 1988, quienes en las pp.160 y ss., informan que se mandó un cuestionario para que manifestaran su opinión a todos los penalistas alemanes, al que sólo contestaron nueve (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la lenitud de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Jescheck se remite al trabajo que en ese momento estaba realizando en el Max Planck-Institut de Derecho penal de Freiburg un penalista holandés, Rüter, y éste pide que se le mande el material de esas sentencias para poder pronunciarse sobre ellas. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus Roxin, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite al trabajo citado en esta nota, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista *Juristenzeitung*, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista *Goltdammer's Archiv*. En septiembre del 2001, en una conversación privada mantenida con él durante un Congreso en Seúl, Corea, me ha confirmado que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su publicación). También destaca la postura de Jürgen Baumann que, según informan JUST-DAHLMANN/JUST (p.174), se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la *Strafrechtlertagung* de 1963.

Por su parte, el Bundesgerichtshof (después de la II Guerra Mundial el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania), mantuvo esta concepción subjetiva de la autoría en el llamado "caso Staschynski" (BGHSt 18, 87) en el que condenó como cómplice de asesinato a un agente secreto del KGB que mató a otro con una cerbatana envenenada, entendiéndose que no actuaba en interés propio, sino siguiendo las instrucciones del Servicio Secreto de una potencia extranjera, que era el verdadero autor.

Una vez más, conocer los casos sobre los que se han desarrollado muchas teorías elaboradas por la Dogmática jurídico-penal alemana, ayuda a entender mejor el contexto ideológico en el que se dieron, en este caso una situación como fue la de la "guerra fría" y el enfrentamiento entre los dos bloques enfrentados, la OTAN y los países del Pacto de Varsovia, pero también, y en relación con la jurisprudencia sobre los "cómplices" de los crímenes nacionalsocialistas, y esto se ha "olvidado", voluntaria o involuntariamente, muchas veces, la forma anómala, por no decir algo peor, en la que se elaboró en la República Federal de Alemania tras la 2ª Guerra Mundial el pasado nazi y los crímenes que se cometieron en aquella época (para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed. Valencia 2001).

en los escalones intermedios del aparato de poder llevan a cabo funciones burocráticas y de organización necesarias para ejecutar dichas decisiones.

Uno de estos personajes intermedios fue Adolph 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, tras haber sido secuestrado por agentes del Servicio Secreto israelí en pleno centro de Buenos Aires, 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, los más altos dirigentes del aparato de poder nazi, como Hitler, Himmler o Goebbels, pero ello no es obstáculo para considerarlos responsables y ciertamente como verdaderos autores de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Para ROXIN, la única razón que puede fundamentar esta conclusión es que Eichmann (ya que de su responsabilidad se trataba en el proceso de Jerusalén) 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 tesis se han formulado algunas objeciones de principio que aducen sobre todo que la figura de la autoría mediata, que ahora expresamente reconoce el Código penal español en el art. 28, no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace, sino sólo cuando éste es inimputable o ni siquiera actúa típica o antijurídicamente, es decir, cuando es un simple instrumento no responsable en manos del hombre de atrás que es realmente el autor (mediato) de lo que el 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 coaccionados, 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 un convincente fundamento, 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 su Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof) que en una sentencia trascendental⁵ 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 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 de este país. 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. Y lo mismo podría decirse de la responsabilidad del General Pinochet y de sus colaboradores por, entre otros cargos, los asesinatos y desapariciones de detenidos realizadas por la llamada "caravana de la muerte" tras el golpe de Estado en Chile en septiembre de 1973, que, tras el fracaso de su extradición a España, se intentó determinar por la Justicia chilena, que finalmente acordó la "incapacidad procesal" de Pinochet para ser juzgado, dada su avanzada edad y el proceso degenerativo cerebral que muestra.

4. La expresión sirvió de título a la obra de Friedrich Christian SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, quien lo utilizó sobre todo para denominar los casos en los que el "hombre de atrás" se aprovecha de otra persona que ya está previamente decidida a cometer el delito, tal como se describe en el famoso "caso Fuchs". En este caso, planteado por DOHNA, *Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª ed. (1929), caso nº 36, un tal Fuchs, que sabía que unos agentes de un servicio secreto estaban apostados para matar a alguien que iba a pasar por allí a una determinada hora, hizo que pasara por allí a esa hora un enemigo suyo, que efectivamente fue asesinado.

5. BGHSt 40, 218.

Un ámbito de la criminalidad estatal (o paraestatal) en el que igualmente puede aplicarse la tesis de ROXIN, sin grandes problemas e incluso como una forma bastante fácil de resolver la imputación a título de autoría, es el “golpe de Estado” generalmente encuadrable en el delito de rebelión (cfr. arts. 472 y ss. del Código penal). Para ello no es preciso recabar ejemplos de la historia de otros países. La casuística española no sólo es muy amplia al respecto (centenares de “golpes de Estado” más o menos relevantes han animado la escena política española durante los siglos XIX y XX, y la dictadura del general Franco que rigió España durante casi cuarenta años se originó en uno contra el Gobierno legítimo de la II República), sino que ha motivado, en los casos en que los rebeldes no consiguieron sus propósitos, importantes decisiones judiciales en las que siempre el problema principal consistía en determinar quiénes eran los principales responsables y, por tanto, verdaderos autores de los mismos. Normalmente, el delito de rebelión se da en el marco de un aparato de poder estatal tan marcadamente jerárquico como es la institución militar. También aquí hay, además de una estructura jerárquica que facilita el manejo del aparato de poder de los que están en la cúspide del mismo, una fungibilidad de los “meros ejecutores”, como los denomina el art. 480.2 del Código penal, y una actuación de los mismos al margen de la legalidad o de los cauces previstos legalmente para conseguir los cambios políticos deseados. En la cúspide de la estructura jerárquica están generalmente los principales responsables, los que, ya a través de actos de conspiración planean el golpe, deciden los detalles de su realización, el día y la hora del mismo, la estrategia a seguir, y los que, en el último momento, pueden abortarlo si las cosas no salen como pensaban. Después vienen, en inmediata conexión con los mismos, los encargados de poner en marcha el plan acordado, los “burócratas del golpe”, los que “sedujeren o allegaren tropas” en la terminología del art. 475, que se encargan de buscar fondos, ayuda y cobertura material, y, al mismo tiempo, sirven de puente o intermediarios con los jefes y oficiales que sacan las tropas a la calle, toman los sitios estratégicos, dan las órdenes de disparar, asesinar o detener a los miembros y principales representantes del Gobierno legítimo o simplemente a los ciudadanos que se opongan a sus propósitos. Y naturalmente al final del aparato de poder están los meros ejecutores, la masa anónima de suboficiales, soldados y civiles que, más o menos de buen grado y con mayor o menor coincidencia con las ideas que animan a los principales responsables de la rebelión, llevan a cabo las

acciones armadas, se enfrentan directamente con las tropas leales al Gobierno legítimo, realizan acciones de transporte, avituallamiento, intendencia, etc. Realmente se hace difícil distinguir en este conglomerado más o menos bien organizado de personas, con distintas contribuciones materiales en diferentes estadios y etapas temporales de realización del proyecto, quiénes son los verdaderos autores, y quiénes meros comparsas o actores secundarios.

El problema principal que se planteó en la STS de 22 abril de 1983, en la que se juzgó a los responsables del “Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981”, fue precisamente la calificación de la conducta de algunos generales y jefes que intervinieron en la preparación del golpe y participaron en las reuniones previas decidiendo extremos importantes del mismo, pero no participaron luego directamente o no estuvieron presentes en el “alzamiento violento y público” que según el art. 218 del anterior Código penal y el 472 del vigente constituye la acción típica del delito de rebelión propiamente dicha. La sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982, que juzgó en primera instancia dichos hechos, había calificado la conducta de los citados militares de mera conspiración y, en consecuencia, les aplicó las penas inferiores en dos grados a las que aplicó a los que consideró autores. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que eran verdaderos autores de la rebelión misma, calificándolos, a la vista de los hechos probados, como piezas básicas del “organigrama ejecutivo”, que controlaban no sólo las tropas que se alzaron, sino los contactos con otras personas, incluido el Rey. Así, por ejemplo, según el Tribunal Supremo, el General Torres Rojas fue quien dirigió de hecho los movimientos de la División Acorazada tras el asalto al Congreso. Y en lo que se refiere al General Armada Comyn (al parecer el “Elefante Blanco” al que se aludía en algunos documentos de los golpistas) el Tribunal Supremo afirma que “su nombre es citado como el de una pieza clave y decisiva”, razón por la que no lo considera mero conspirador, sino “cabeza de la rebelión”, si bien, admite, su intervención material en el golpe se limitó formalmente a ofrecerse como mediador entre los que habían tomado el Palacio del Congreso de los Diputados cuando estaba celebrándose sesión plenaria (el Teniente Coronel Tejero y el grupo de Guardias Civiles que le acompañaban) y el Rey. Dicho criterio coincide con la doctrina sentada ya por dicho Tribunal en sentencia de 18 marzo de 1935 en la que para determinar quién era el jefe de un intento de golpe de Estado contra la República, se decía literalmente que “no es preciso que el caudillo in-

surgente se ponga al frente de una unidad o grupo rebelde, acreditándose por la organización en conjunto del movimiento y por las órdenes e instrucciones que dio a los jefes y oficiales comprometidos”⁶.

Evidentemente, el delito de rebelión va normalmente precedido de una serie de actos, reuniones, contactos previos, negociaciones, etc., difícilmente encuadrables como tales y sin más aditamento de elementos materiales que puedan servir de prueba en los estrictos moldes de la autoría y la participación. Por eso mismo se recurre con frecuencia en la praxis judicial y en la regulación legal de estos delitos a las figuras de la conspiración, la proposición y la provocación que tienen aquí, precisamente por eso, su razón de ser y su justificación histórica (cfr. art. 477 del Código penal en relación con los arts. 17 y 18 del mismo cuerpo legal). Pero ello no excluye que una vez que la rebelión llegue a materializarse sea necesario determinar la responsabilidad de los verdaderos jefes y, por tanto, autores también en sentido estrictamente jurídico-dogmático de la misma. Recurrir para ello a las figuras de la inducción o la cooperación necesaria, por más que también permitan la aplicación de la pena de la autoría estricta, no sólo es una incorrección dogmática y una mala interpretación de la regulación legal de esta materia, que con razón prevé incluso una penalidad más grave para los que denomina “jefes principales” (art. 473.1), sino una deformación de la verdad histórica y de la fenomenología peculiar de estos delitos.

La teoría de ROXIN constituye, por tanto, un verdadero hallazgo dogmático que sirve para fundamentar –sin quebrantar y más bien confirmando el criterio material del dominio del hecho, que por lo menos en los delitos de dominio dolosos sirve de fundamento a la autoría– la autoría mediata de los que están detrás de los autores materiales o ejecutores de muchos de los delitos cometidos a través de organizaciones estatales o paraestatales de poder, porque normalmente se dan en ellos los requisitos que ROXIN exige para aplicar dicha teoría: la organización estructurada jerárquicamente del aparato de poder, la fungibilidad de los meros ejecutores y la actuación de los mismos al margen o incluso expresamente en contra de las normas jurídicas. La clave que, en todo caso, sirve, a mi juicio, 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 éstos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos. 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 éstos Eichmann, Hitler, Videla, Pinochet, el “Elefante Blanco” o el Sr. X de cualquier aparato de poder que se forme desde las entrañas de las propias instituciones estatales para llevar a cabo actividades delictivas totalmente al margen de las normas legales.

B) La imputación de la autoría en el marco de las organizaciones criminales

La tesis de ROXIN que es, 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, las dictaduras militares de Videla y Pinochet, en los países del Cono Sur americano, o de la estricta disciplina de los conjurados en un “golpe de Estado”. 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 movimientos 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 ejército, y que también en ellos existen sus “hombres de atrás” y que los que ejecutan sus decisiones son

6. Cfr. GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1990, quien en pp. 221 y ss. realiza un análisis comparativo de estas sentencias.

meros instrumentos anónimos intercambiables y sustituibles por otros. También la Mafia siciliana, con sus leyes de la "omertá", o los "yakuza" japoneses, con sus códigos secretos, constituyen grupos muy jerarquizados y con características parecidas al más disciplinado ejército o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal y claramente ilegal hace que sus miembros tengan entre sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de los aparatos de poder estatales. Es verdad que las decisiones se toman por unos pocos, en la cúpula, pero también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y 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., dificultan que fuera del círculo reducido de los que pertenecen al grupo haya muchas personas más dispuestas a realizar el delito y a sustituir al que en principio estaba destinado a realizarlo. Sin descartar que la teoría de ROXIN, como indica Kai AMBOS⁷, pueda ser también aplicable a estas otras formas de criminalidad organizada, no cabe excluir 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, "carteles" de narcotraficantes, lavado de dinero, etc.

Desde hace tiempo vengo ya manifestando en mis exposiciones generales de la Teoría del Delito⁸, 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 pre-

sente en la ejecución, pero, en inmediata conexión con ella, la controla y decide su realización. Esta opinión, como trataré de demostrar más adelante, creo que es perfectamente encuadrable en el concepto de coautoría, al que se refiere ahora expresamente el párrafo 1 del art. 28 del Código penal español, cuando habla de "realizar el hecho... conjuntamente"; pero diverge del concepto de coautoría que maneja la doctrina dominante en España que, siguiendo la opinión de ROXIN, exige para que pueda darse una coautoría, además de un acuerdo de voluntades, la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito⁹, requisito este último que falta cuando la realización del delito se decide entre varios, pero sólo algunos de ellos llevan a cabo actos propiamente ejecutivos. De acuerdo con la doctrina dominante, la coautoría es, por tanto, una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene posteriormente en la ejecución del delito lo que, por definición, no sucede en la conspiración (cfr. la definición que de la misma se da en el art. 17). Pero, a mi juicio, el requisito de la coejecución, por lo menos estrictamente considerado, no es más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente incluso para explicar el concepto mismo de autoría (véase *infra* C: Excurso 2), y lo que es más aún, para explicar el concepto de coautoría, por lo menos en algunos ámbitos de la criminalidad en los que tan importante o más que la ejecución misma son otras conductas de decisión u organización relacionadas con ella. Creo, por tanto, que dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en su ejecución.

7. Cfr. Kai AMBOS, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA, 1998, pp. 226 y ss. (hay traducción española de Cancio Meliá, publicada en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1999).

8. Véase, por ejemplo, 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).

9. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, ob cit. en nota 3, p. 328. Este planteamiento es también el acogido mayoritariamente en la doctrina española, en la que incluso uno de los principales monografistas del tema, DÍAZ Y GARCÍA DE CONILLED, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona 1991, pp. 672 y ss., admite la coautoría solamente cuando los que adoptan el acuerdo realizan además actos ejecutivos "nucleares". En una línea parecida, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites*, Valencia 2001, afirma que "es presupuesto imprescindible para poder ser calificado como coautor la realización de acciones típicas", aunque inmediatamente matiza que las acciones típicas "no tienen por qué ser realizadas en todo caso de propia mano por los coautores, pues también debe admitirse su realización de forma mediata, bien constituyéndose todos los coautores en autores mediatos e instrumentalizando conjuntamente a un tercero (coautoría mediata), bien de forma parcial, es decir, apareciendo tan sólo alguno de los coautores como instrumento en cuyo caso el verdadero coautor no será el instrumento, sino el autor mediato (coautoría entre los coautores inmediatos y el autor mediato)". Para finalmente exigir sólo que el coautor lleve a cabo "una aportación cuya lesividad para el bien jurídico protegido penalmente despliega sus efectos de forma directa", lo que, a mi juicio, está más cerca de la posición aquí mantenida que de la de DÍAZ Y GARCÍA DE CONILLED.

Como seguidamente vamos ver, si el fundamento de la coautoría es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada. Sólo así pueden calificarse también como coautores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de una banda que asumen funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con o que son parte integrante fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte.

ROXIN se opone, en principio, a esta solución con diferentes argumentos que ya expuso en su fundamental obra sobre la materia Täterschaft und Tatherrschaft (Autoría y dominio del hecho). 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 inculpaados 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. 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.

Lo que ROXIN pretende, al excluir expresamente del ámbito de la coautoría al jefe de la banda y a otras personas que tienen una actividad importante en la fase preparatoria, pero que luego no intervienen en la ejecución del delito, es impedir que la pertenencia o la dirección del grupo fundamente sin más una responsabilidad en concepto de autor o de partícipe por los hechos que puedan ejecutar otros miembros del grupo. Desde luego esta postura es admisible y sobre todo comprensible desde el punto de vista histórico, en la medida en

que sirve para criticar y desterrar definitivamente del ámbito del Derecho penal viejas prácticas jurisprudenciales, como la teoría del acuerdo previo¹⁰, que se utilizaba para imputar los hechos cometidos por otros a personas que no estaban presentes en su ejecución, pero habían intervenido en su preparación o pertenecían al grupo en el que alguno de sus miembros cometían el delito, aunque no tuvieran una relación directa con el mismo. Una responsabilidad de esta clase se plasmaba en el art. 502 del anterior Código penal, en su versión antes de la reforma de 1983, que agravaba la pena del robo para el jefe de la cuadrilla y además presumía la autoría de los que habitualmente andaban en la banda y no constaba que hubieran procurado impedir la comisión del delito; y en una jurisprudencia, que, basándose en la estructura de delito cualificado por el resultado que tenía el delito de robo con homicidio en el art. 501.1º del anterior Código penal antes de la reforma de 1983, imputaba también el homicidio a los que sólo habían planeado el robo y no habían intervenido en su ejecución o no habían realizado violencias durante la ejecución del mismo¹¹.

Pero esto no quiere decir, que, una vez superadas estas construcciones, la no intervención en la fase ejecutiva del delito impida la calificación de coautor de quien controla y decide su concreta realización, pues, como el propio ROXIN recuerda, una visión puramente formalista de la coautoría fuerza a un esquematismo que no tiene en cuenta "el significado de los fenómenos concretos de la realidad". Y es el mismo ROXIN quien admite que "si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata* con ésta"¹² puede fundamentar el dominio del hecho, es decir, en este caso, la coautoría. Lo que pasa es que la distinción entre fase preparatoria y fase ejecutiva, ni siquiera cuando se trata de un autor individual es fácil de hacer y, desde luego, se complica mucho más cuando son varias personas las que intervienen en la realización del hecho. Una consideración formalista, estrictamente vinculada a la realización de la acción ejecutiva conduce, por tanto, a una restricción inadmisibles del concepto de coautoría, dejando fuera de su ámbito intervenciones personales tan graves y directamente lesivas del bien jurídico como la propia realización ejecutiva.

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

11. Sobre esta regulación, véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 4ª ed., Sevilla 1982, pp. 212 y 222; y STS 3 diciembre 1964. Parecida es también la tesis de la conspiracymatenida por la jurisprudencia estadounidense americana (cfr. FLETCHER, Conceptos básicos de Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, Valencia 1998, p. 278 y ss.).

12. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, cit. nota 3, p. 333.

Pero también una consideración material completamente desvinculada temporal y espacialmente de la fase ejecutiva del delito amplía excesivamente el concepto de coautoría y lleva a incluir en su ámbito conductas que, todo lo más, serían de participación o que incluso ni siquiera podrían entrar en el ámbito de la participación a título de complicidad. La solución a este dilema no puede conseguirse, por tanto, ni con una concepción estrictamente formalista de la coautoría, ni con una puramente naturalista que desvirtúe el concepto de "acción ejecutiva", incluyendo en ella conductas que obviamente no pueden considerarse tales, sino con una valoración global y realista de la fenomenología criminal de algunas formas específicas de criminalidad, asumiendo que en ellas hay conductas que aun no siendo directamente ejecutivas, tienen una vinculación tan directa e inmediata con la ejecución y con la lesión del bien jurídico, que deben valorarse como una parte integrante y fundamental de su realización. Creo que esta valoración global o totalizadora del significado de las distintas aportaciones desde el punto de vista de su relación de inmediatez temporal y espacial con la acción ejecutiva propiamente dicha, no sólo no supone la aceptación de un concepto unitario de autor que haga tabla rasa con la distinción entre autoría y participación, sino que es la que mejor se ajusta a la idea de dominio funcional del hecho, que no debe olvidarse es, ante todo, un concepto objetivo-material, aunque lógicamente por imperativo del principio de legalidad y de seguridad jurídica deba ser restringido para fundamentar la coautoría a intervenciones coejecutivas o tan decisivas para la realización del delito como las ejecutivas propiamente dichas. Seguidamente expondré, a modo de excursus, algunos casos que suelen plantearse con frecuencia en los atentados terroristas, en los que en base a la tesis aquí defendida del dominio funcional del hecho, intervenciones personales que no se dan exactamente en la fase ejecutiva del delito pueden y deben calificarse, sin embargo, para una valoración más ajustada a la importancia y gravedad de las mismas, como coautoría, y no en base a otras formas de autoría y mucho menos, simplemente, como formas de participación.

EXCURSO 1: Valoración de las distintas acciones llevadas a cabo por miembros integrantes de comandos terroristas. La responsabilidad de los miembros de la cúpula de la organización por estos hechos

Quizás el ámbito donde mejor se pueda comprender y aplicar la concepción de la coautoría que aquí se defiende es en la valoración de las dis-

tintas acciones llevadas a cabo por los miembros de un comando terrorista en la realización de un atentado. La frecuencia con la que se están dando hechos de este tipo en nuestro país en estos momentos (más de 23 consumados en un año, a finales de año 2000, algunos de ellos con varias víctimas, muertos y heridos de diversa consideración), y la persistencia del terrorismo tras más de veinte años de vigencia de un régimen político equiparable al de cualquier democracia europea occidental, creo que justifican de sobra una reflexión específica sobre la calificación dogmáticamente correcta de las distintas acciones que se llevan a cabo por los terroristas en la realización de sus atentados, porque éste es sin duda un problema importante con el que deben confrontarse las construcciones dogmáticas para comprobar su grado de rendimiento práctico y su eficacia para valorar adecuadamente los distintos grados de responsabilidad penal concurrentes en tales hechos. Desde luego, la parte más compleja y difícil de esta reconstrucción dogmática de las categorías de la autoría y la participación en relación con el terrorismo es la que se refiere a la responsabilidad de los miembros de la cúpula de la organización terrorista que, en la distancia y de forma genérica, y sin intervenir directamente en los atentados, deciden la realización de los mismos; pero también la propia conceptualización dogmática de las distintas acciones realizadas por los miembros de los comandos que llevan a cabo los atentados terroristas plantea dificultades que no son fáciles de solucionar desde las concepciones dominantes en la dogmática de la autoría. Así que, para una mayor claridad, procederemos a su valoración analizando separadamente, por un lado, las acciones realizadas por los miembros del comando ejecutor de los atentados y, por otra, la intervención en la toma de decisiones por parte de los miembros de la cúpula de la organización terrorista.

1. Calificación de la responsabilidad de los miembros integrantes del comando

Imaginemos que el comando está compuesto por cuatro personas que se trasladan a una ciudad para realizar un atentado. La realización del mismo se lleva a cabo, según lo convenido y previamente planeado, de la siguiente forma: uno de sus miembros se ocupa de seguir y vigilar al que va a ser la víctima hasta el lugar donde está apostado, otro es el que va a disparar contra ella, 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 atenta-

do hasta sus más pequeños detalles, dirige toda la operación por radio o por un teléfono móvil desde un piso franco previamente alquilado. Ciertamente desde el punto de vista puramente formal del concepto de "acto ejecutivo" del delito en cuestión, un asesinato y, por tanto, un acto de matar, sólo lo comete como autor directo el que dispara y mata a la víctima. Pero, ¿de qué responden los otros miembros del comando directamente implicados en la realización del atentado?, ¿de cooperación necesaria?, ¿de complicidad? ¿Cuál es la razón dogmática que obliga a calificar diferencialmente las distintas intervenciones que forman partes integrantes de un mismo plan conjunto en el que cada uno ha cumplido a la perfección con el papel previamente asignado para la realización del plan? ¿Por qué calificar de autor sólo al que dispara y de partícipes o incluso de meros cómplices a los que en la realización del plan llevan a cabo sólo acciones de apoyo o cobertura, que si fuera necesario se pueden convertir igualmente en acciones ejecutivas de rematar a tiros a la víctima o a las personas que le acompañan o salen en su defensa? ¿No sería más fácil, justo y ajustado a la realidad, admitir que todos deben ser castigados con la misma pena porque todos tienen y ejercen por igual el dominio funcional del hecho que, como un todo, les pertenece y por eso mismo deben responder por el mismo título de imputación, es decir, por coautoría?

El problema que presenta la conceptualización de la coautoría como coejecución se agudiza aún más cuando ni siquiera se puede determinar con claridad cuál es la acción ejecutiva. Imaginemos el caso del "paquete-bomba". ¿Quién es el que realiza la acción ejecutiva y, por tanto, debe ser considerado como autor?, ¿quién lo prepara?, ¿quién lo lleva a Correos o lo entrega en el domicilio del destinatario? ¿Es la preparación del paquete un acto preparatorio o un acto ejecutivo? ¿Y su transporte? La negativa a admitir en casos como éstos una coautoría obliga, en una estricta consideración formalista de la fase ejecutiva del delito, a una valoración separada de cada una de estas acciones que en absoluto se ajusta a la realidad y a la forma coordinada y perfectamente planificada en que se producen, o a admitir la extraña conclusión de que ninguno de los que las realizan son verdaderos autores, o que son sólo autores de su propia contribución, a pesar de que cada una de ellas es parte integrante esencial de un mismo plan y de un mismo hecho. Desde luego lo que parece absurdo y además arbitrario es imponerles la misma pena a todos ellos, pero también lo es valorar separadamente sus acciones cuando éstas están integradas en un mismo plan global al que todos

han dado su conformidad, calificando a uno de ellos, ¿pero entonces a quién?, como verdadero autor, y a otro, ¿pero entonces también a quién?, como mero cooperador necesario.

Y en el caso del "coche-bomba", ¿quién es el ejecutor y, por tanto, según la teoría formalista, verdadero autor del hecho y quién es todo lo más cooperador necesario porque no ejecuta directamente el hecho?, ¿el que prepara la bomba?, ¿el que la acopla al coche?

Y cuando de lo que se trata es de hacer explotar el coche-bomba al paso del vehículo en el que viajan las víctimas del atentado, ¿quién es el que ejecuta el hecho?, ¿el que conecta los cables o el que hace la señal con un pañuelo cuando pasa el vehículo por el lugar elegido para el atentado?

Pero incluso admitiendo que en estos casos de paquete o coche-bomba, de acuerdo con una consideración material y no puramente formalista del concepto de ejecución, las distintas acciones se puedan considerar como partes integrantes de la ejecución del delito, surge entonces un problema que de nuevo pone en evidencia las insuficiencias del concepto de coautoría entendido como coejecución. Me refiero a la tentativa. Imaginemos que uno de los coautores se encarga de una parte de la ejecución (por ejemplo, dejar preparada la bomba), que el otro horas más tarde se encarga de completar (por ejemplo, activar la bomba cuando pasa el coche con la persona a la que se quiere asesinar). Pues bien, si el artefacto es descubierto antes de que al segundo le dé tiempo a conectarlo. ¿De qué responde el segundo sujeto?, ¿de conspiración?, ¿de cooperador necesario en una tentativa inacabada?, o, ¿simple y llanamente de coautoría en una tentativa inacabada de asesinato? Creo que evidentemente la solución más correcta y ajustada a la realidad de estos hechos es la de la coautoría, pero está claro que a ella sólo se puede llegar desde una consideración de la misma basada en la idea del dominio funcional del hecho que aquí se defiende y no en la idea de la coejecución del hecho delictivo.

La "fijación" del concepto de coautoría a la idea de coejecución provoca también soluciones discutibles en la calificación de la intervención de varias personas en la realización de delitos muy graves, sean de carácter terrorista o no, cuando dicha intervención no es de una coejecución en sentido estricto de la acción que constituye el núcleo de la acción descrita en el respectivo tipo delictivo. Así, por ejemplo, en el caso del que sujeta a la víctima, cuando el hecho se trata de un homicidio, sólo puede ser considerado autor en sentido estricto el que la apuñala; pero si se trata de delitos como la violación o el robo con violencia en las personas,

en los que la acción típica puede desdoblarse entre la realización, por un lado, de la violencia, y la de acceso carnal o el apoderamiento por otro (cfr. arts. 179 y 242), entonces el que sujeta a la víctima sí puede ser considerado como coautor, porque ejecuta una parte de la acción típica. Pero, ¿cómo decir que en el caso del homicidio/asesinato sujetar a la víctima no es también un acto ejecutivo de la acción más violenta de todas: matar? ¿Cómo se puede calificar al que sujeta a la víctima en la violación o en el robo de coautor, y sólo de cooperador necesario en el homicidio?

Las insuficiencias del concepto de coautoría como coejecución se observan también muy claramente en otra forma de criminalidad muy frecuente en la actuación de las bandas terroristas: me refiero al secuestro. La parte estrictamente ejecutiva de este delito es normalmente llevada a cabo por unos sujetos que se limitan al hecho de la detención misma y que luego dejan al secuestrado en manos de otras personas que lo custodian, se encargan de interrogarlo, etc., mientras que otros, que ni siquiera llegan a tener contacto con el secuestrado y que por supuesto no han estado ni siquiera presentes en la ejecución del secuestro, se encargan después de pedir el rescate a sus familiares o de llevar a cabo las negociaciones con los mismos. Y siempre habrá quien, sin intervenir en las fases anteriores, decide en última instancia, bien individualmente o como miembro de una cúpula, si el secuestro continúa, si se libera al secuestrado o se le hace desaparecer simplemente matándolo. ¿Cómo hay que calificar a los que tienen este poder de decisión en esta fase?, ¿de cooperadores necesarios? Ya sé 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 esto desnaturaliza el concepto de ejecución del delito de detenciones ilegales, pues las acciones de “encerrar o detener” a que se refiere el art. 163.1 sólo pueden ser ejecutadas por los que privan ilegalmente de libertad a otro ejerciendo directamente algún tipo de limitación de su libertad ambulatoria, no por los que tienen ascendiente sobre dichas personas o por los que facilitan el secuestro ofreciendo un lugar para mantener al secuestrado, prestando un vehículo, etc.; salvo, claro está, que se puedan considerar como coautores en base a la idea del dominio funcional del hecho aquí defendida, que no requiere una intervención personal en la ejecución estricta de la acción típica. Naturalmente, que, en todo caso, cabe siempre recurrir a otras formas de funda-

mentar la pena de la autoría para las personas que así intervienen en un secuestro, a través de la apreciación de alguna forma de participación asimilada a la autoría (inducción o cooperación necesaria) (cfr. *infra*), pero éstas no se ajustan desde luego a la realidad de esta grave actividad terrorista y convierte dogmáticamente en personajes secundarios a los que probablemente son los más importantes y precisamente por eso ocupan el papel central en la realización total del delito, desde sus inicios hasta el final. Esta objeción desaparece, sin embargo, con la calificación de coautoría, entendida como aquí lo hacemos, porque ella no exige necesariamente la presencia física de todos los miembros del comando o del grupo en el momento en que se lleva a cabo el secuestro o durante su prolongación, sino que valora la importancia de la intervención, ejecutiva o no, en la realización total del hecho, es decir, tanto en el hecho mismo de la detención, como en la exigencia del rescate para su liberación, como en la decisión final sobre qué hacer con el secuestrado. Un caso en el que se puede apreciar la utilidad del criterio aquí defendido es en el fallado en la STS de 29 de julio de 1998 (“caso Marey”). En esta sentencia, aunque los acusados no fueron considerados en ningún caso como miembros de una banda armada o terrorista, los Magistrados de la Sala partidarios de castigar también al Ministro del Interior José Barrionuevo y al Subsecretario de Interior Rafael Vera por el secuestro de Segundo Marey, llevado a cabo por algunos funcionarios, comisarios e inspectores del cuerpo de Policía, no tuvieron ningún inconveniente en considerarlos autores, aunque sin calificar dogmáticamente esta autoría –que a mi juicio, si se admiten los hechos que los Magistrados que apoyaron la condena dieron por probados, no podía ser otra cosa que coautoría–, aunque en ningún caso se dio por probado que tales Altos Cargos intervinieran directamente en la detención misma de Segundo Marey, ni en su custodia.

En todos estos casos, no cabe duda de que para valorar adecuadamente las contribuciones más importantes aunque no directamente ejecutivas, no puede manejarse un concepto de coautoría fijado exclusivamente al concepto de coejecución; pero tampoco puede recurrirse a figuras secundarias de participación que impiden una valoración global de dichas contribuciones como partes de un mismo hecho, al considerarlas de forma atomizada, como contribuciones individuales aisladas, lo que obviamente no se ajusta a la realidad criminológica de estas formas de criminalidad.

No queda, pues, otra vía que apreciar la coautoría, entendiéndola específicamente en relación con este tipo de actuaciones criminales características de grupos, organizaciones y bandas previamente establecidos, tal como aquí se ha hecho, es decir, como una forma de dominio funcional del hecho, basada en el reparto de papeles, de acuerdo con un esquema organizativo previamente establecido y al que todos tienen que atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, ayuda, vigilancia o apoyo, mientras otros llevan a cabo las acciones propiamente ejecutivas del hecho delictivo. En el fondo, mi posición en este punto no discrepa tanto de la mantenida por ROXIN; es más, creo que el concepto de dominio funcional del hecho que, según ROXIN¹³, 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, sobre todo cuando la organización criminal no es de carácter coyuntural y no puede asimilarse a los aparatos de poder estatales. Pero igualmente también puede aplicarse, aunque con mayores reservas, a otros casos de criminalidad cometidos en grupo, incluso coyunturales, siempre que haya un mínimo de organización y un reparto de papeles previamente establecido.

Acertadamente, 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 existe, a mi juicio, el peligro que algunos aducen de que con la calificación de coautores de las personas no presentes en la ejecución del delito, se incluyan 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. Desde luego no basta con el acuerdo previo 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 ROXIN¹⁴, el concepto de realización del tipo excede de la simple ejecución formal de un elemento del tipo. La relación entre los que ejecutan el hecho y los que lo planifican o contribuyen a su realización, asumiendo roles fundamentales de vigilancia, transporte, etc., debe valorarse, por tanto, con una con-

sideración concreta, atendiendo a las circunstancias y particularidades del caso, pero sin perder de vista la peculiar forma de actuación de los llamados "comandos terroristas" y otro tipo de bandas criminales cuando llevan a cabo sus actuaciones delictivas.

2. La responsabilidad de los miembros de la cúpula

La solución que se acaba de dar es, sin duda, más discutible, cuando algunas de las contribuciones a la realización de las acciones llevadas a cabo por los comandos terroristas no están directamente vinculadas con la ejecución de un hecho concreto. En estos casos el problema consiste precisamente en determinar hasta qué punto puede considerarse también autores, mediatos o coautores, a quienes desde la cúpula de la organización terrorista deciden incluso en lugares muy alejados del lugar donde se van a realizar y con bastante distanciamiento temporal, el recrudecimiento de las acciones o un programa de atentados genéricos cuyos detalles, identidad de las víctimas, etc., dejan en manos del respectivo comando encargado de llevar a cabo su realización. La idea del dominio funcional del hecho queda sin duda desdibujada o diluida en un dominio de la organización que, salvo que pueda fundamentar la autoría mediata en virtud del control de la organización (cfr. *supra* a), difícilmente puede llevar a fundamentar la (co)autoría de los miembros de la cúpula. En todo caso, como ya hemos indicado antes respecto a los comandos terroristas, también aquí hay que tener en cuenta las particularidades del caso concreto y la especial relación que pueda haber entre el comando y las personas que los controlan y les dan las correspondientes instrucciones, y no al hecho más o menos anecdótico de quién es el que interviene directamente en la ejecución misma del delito. Así, por ejemplo, si los miembros de la cúpula deciden la realización de un atentado concreto, por ejemplo, el asesinato de una persona importante, perfectamente identificada con nombres y apellidos, y en dicho acto se planifican todos los detalles de su realización y se deciden el día, la hora y las personas que van a encargarse de su ejecución que incluso pueden ser algunas de las que se encuentran en esa reunión u otras que ni siquiera saben quién es la víctima a la que sólo ven el momento del atentado, no creo que haya especial dificultad en admitir, conforme a lo que aquí

13. Ob. cit., pp. 310 y ss.

14. Ob. cit., p. 332.

se defiende, una coautoría en el atentado de todos los que intervienen en dicha decisión.

Pero no siempre los hechos probados dan una imagen tan clara como la que se acaba de describir, o ésta no sólo no permite muchas veces la calificación de coautoría, sino que incluso dificulta la aplicación de formas de participación tales como la inducción o la cooperación necesaria o la complicidad. Ciertamente, el legislador ha previsto ya estas dificultades de prueba de la conexión entre los miembros de la cúpula y la realización de los atentados que llevan a cabo luego los comandos. Y por eso, como ya hemos advertido al principio de este trabajo, ha elevado a la categoría de delito autónomo la pertenencia a una banda terrorista, castigando más severamente, incluso con penas que prácticamente coinciden con las de la tentativa de asesinato, a los promotores o directores de la misma (cfr. art. 516 del Código penal). Pero el problema que aquí nos planteamos es el de cuándo se puede imputar a estas personas la autoría o, por lo menos, algún tipo de participación en los atentados terroristas que concretamente se cometen por miembros de estas bandas siguiendo sus instrucciones o simplemente la estrategia de "lucha armada" marcada de forma genérica por ellas desde la cúpula. Incluso el art. 576.2, párrafo segundo del Código penal dice que cuando en el delito cooperación genérica con banda armada se llegare a ejecutar el riesgo prevenido, el hecho se castigará, según los casos, como "coautoría o complicidad". El problema que hay que resolver es, pues, éste: ¿cuándo se puede decir que los dirigentes de la cúpula son también autores o por lo menos partícipes en los atentados concretos que realizan los miembros de un comando, y cuándo sólo se puede recurrir todo lo más al castigo por el delito de asociación ilícita o de cooperación con banda armada, desconectado del atentado concreto que pueda haberse llevado a cabo?

Evidentemente, los casos que no puedan encuadrarse en ninguna de las tres formas de autoría en sentido estricto (directa, mediata o coautoría) reconocidas en el apartado primero del art. 28, pero que por su gravedad merezcan la pena de la autoría, pueden todavía, según el apartado segundo de dicho artículo en relación con el art. 61, ser castigados, si se dan los presupuestos exigidos para ello, como inducción o como cooperación necesaria en el delito concreto que el comando o uno de

sus miembros haya llevado a cabo. Pero tampoco es siempre fácil demostrar la existencia de los elementos que fundamentan la imputación en base a estas formas de participación. Ciertamente, no puede decirse, por ejemplo, salvo en los casos concretos en los que se pruebe la causalidad y el incremento del riesgo actualizado en la producción del hecho que también caracteriza la imputación a título de inducción¹⁵ y que en delitos cometidos en el ámbito de las bandas terroristas, por las razones ya dichas, más bien podrían fundamentar incluso una responsabilidad por coautoría, que los dirigentes en la cúpula de la organización terrorista son inductores de todos y cada uno de los delitos que llevan a cabo los comandos, ya que el concepto dogmático de inducción exige una determinada relación directa entre inductor e inducido en relación con casos concretos y no con casos hipotéticos que puedan darse en el futuro, lo que no siempre se da en estas constelaciones de atentados masivos. Quizás por ello haya que tener aquí incluso más cuidado desde el punto de vista de la seguridad jurídica en el manejo de la dogmática de la participación que en el de la autoría, porque lo que no pueda calificarse por ninguna de las formas de autoría en sentido estricto, quizás pueda calificarse todavía como inducción, pero lo que no pueda calificarse como inducción debe quedar, en principio, salvo los casos de complicidad moral o de proposición y provocación, impune.

La otra posibilidad que ofrece el Código penal español en su art. 28 de imponer la pena de la autoría a quienes no son autores en sentido estricto es a través de la figura de la cooperación necesaria, 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 en los delitos comisivos dolosos¹⁶, si la cooperación prestada por alguien para la realización de un hecho es de tal magnitud que la determina o coconfigura decisivamente, no habrá inconveniente en admitir la existencia de un dominio funcional o coconfigurador del hecho y, por tanto, de una coautoría. Pero la doctrina española surgida en torno a esta figura¹⁷ consi-

15. Véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, pp. 165 y ss.

16. Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, ob. cit. en nota 1, p. 497.

17. Véase LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia 1997, pp. 407 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la cooperación (necesaria) en Derecho penal*, Granada 1998; un resumen de los distintos puntos de vista, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, ob. cit. en nota 9.

dera que de darse esta interpretación a la cooperación necesaria su mención expresa en el art. 28 b) sería superflua y perturbadora, porque su ámbito de aplicación estaría ya cubierto por la coautoría. Por ello, propone reservar la figura del cooperador necesario para aquellos casos en que, por actualizarse la contribución del cooperador necesario en fase no ejecutiva, no puede entenderse que ostente el dominio del hecho. Sólo este supuesto constituiría una verdadera participación, que por su gravedad e importancia en la realización del delito, se equipara a la autoría a efectos de pena. Personalmente, por las razones ya dichas, no comparto plenamente esta opinión aunque, por mantener una cierta coherencia interpretativa de los distintos preceptos que regulan la autoría y la participación en el Código penal español de 1995, la haya acogido como posibilidad interpretativa desde la segunda edición de mi Parte General actualizada conforme a dicho Código penal¹⁸. Realmente, no veo en casos de criminalidad organizada como la terrorista una diferencia sustancial entre la conducta del que realiza directamente el hecho y la del que lo planifica, lo controla y dirige su concreta realización, aunque no esté presente en la ejecución y su aportación se haya realizado antes de que comience ésta. Pero hay que admitir que no siempre es fácil establecer, des-

de el punto de vista probatorio, los elementos que fundamentan un dominio funcional del hecho y con ello una coautoría en el caso concreto, tanto más cuando se trata de personas que no pertenecen al comando que llevan a cabo el atentado y no están presentes, cuando se produce el mismo, o se encuentran incluso a miles de kilómetros de distancia. 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 y concretamente de las bandas armadas o terroristas, 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. Sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una Dogmática de la autoría no plenamente perfilada todavía en sus contornos cuando se trata del fenómeno de la criminalidad organizada, obligara a dejar impunes o a castigar sólo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a todas luces la pena del autor¹⁹. La figura del cooperador necesario, cualquiera que sea su controvertida naturaleza dogmática, es, pues, la última posibilidad que tienen los Tribunales españoles para imponer la pena del autor a quien con una

18. Véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Parte General*, ob. cit. en nota 1, 2ª ed., p. 456; 4ª ed., pp. 494 y ss.

19. Quizás por eso, para evitar estas lagunas o para impedir una excesiva atenuación del marco penal, en algunos delitos en los que más frecuentemente se dan supuestos de criminalidad organizada, el legislador no sólo ha querido resolver problemas de autoría, sino también fortalecer el efecto disuasorio de las conminaciones penales, utilizando un concepto unitario de autor y calificando como conductas de autoría todas las conductas que entran en el círculo de actividades relacionadas con el delito. Sucede esto, por ejemplo, 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, estupefacientes o psicotrópicas, o las posean con aquellos fines" (art. 368). Con una regulación de este tipo se resuelven desde luego muchos de los problemas señalados anteriormente, pero a costa de borrar diferencias cualitativas y cuantitativas importantes, que lleva, por ejemplo, muchas veces a la jurisprudencia a negar el carácter de complicidad, o a admitirla muy restrictivamente, a conductas daramente 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*, 13ª ed., cit., 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, pp. 223 y 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 e 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, pp. 28 y 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 específico de la responsabilidad criminal (cfr. arts. 302, 369-6º y 370). Todo ello, en la medida en que haga tabla rasa de matizaciones y graduaciones de la responsabilidad basadas en la idea de proporcionalidad y de tratamiento desigual de supuestos desiguales, es naturalmente recusable e incluso, como demuestra, por ejemplo, la propia jurisprudencia habida en materia de narcotráfico, puede tener un efecto criminógeno y negativo en la formación de la conciencia de Justicia de los ciudadanos.

estricta consideración dogmática del concepto de autoría no siempre puede ser considerado como tal, pero, desde el punto de vista de la Justicia material y atendiendo a la gravedad e importancia de su contribución en la realización de un delito, merece la pena del autor propiamente dicho. Pero ello no exime al intérprete de esta figura de profundizar en su naturaleza dogmática y de situar sistemáticamente, cuando ello sea posible y con todas sus consecuencias, los supuestos de cooperación necesaria que sean de verdadera coautoría en esta forma de imputación, y los que no lo sean en la de participación asimilada a efectos de pena a la coautoría, aunque no sean exactamente tal. El concepto de coautoría que aquí se defiende, no vinculado estrictamente a la coejecución, creo que permite resolver una buena parte de los problemas que plantea este ámbito tan grave e importante de la criminalidad organizada que es el terrorismo y la calificación dogmática que merecen acciones no estrictamente ejecutivas, pero tan importantes y vinculadas tan estrechamente con ellas que sólo en la medida en que se consideren como partes integrantes determinantes de un mismo suceso, y no como conductas de distinta naturaleza dogmática, adquieren todo su significado y relevancia penal.

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

EXCURSO 2: La superación del concepto objetivo-formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales.

Cada vez más frecuentemente, el moderno Derecho penal tiene que ocuparse de comportamientos delictivos, principalmente de carácter económico, que se cometen normalmente en el seno de grandes empresas. Hechos de este tipo se han dado y se darán siempre, aunque cada vez con mayor profusión en esta época en la que la globalización y el control de la economía están en manos de algunas pocas empresas multinacionales que dictan sus propias leyes, al margen o incluso claramente en contra de las normas jurídicas que regulan sus actividades, sin que ello plantee ninguna responsabilidad penal para sus dirigentes y las personas físicas que actúan en su nombre y representación. Detrás de esta impunidad, que algunos, siguiendo a BECK, han llamado "irresponsabilidad organizada", considerándola inevitable²⁰, hay causas de todo tipo, político, económico, y por supuesto también jurídico. Prácticamente, los hechos que se cometen en el ámbito de estas organizaciones quedan al margen del Derecho penal y, en todo caso, en los pocos casos en los que se llega a exigir una responsabilidad penal, ésta recae

20. Cfr., por ejemplo, ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Grossunternehmen*, 1998, p. 71 y ss., quien llega a afirmar que, sobre todo en el ámbito ambiental, todo lo más se puede hablar de una "autoría del sistema" ("Systemtäterschaft"), pero nunca de autoría individual, dado que la propia división de funciones característica de las grandes empresas y de las "organizaciones formales" en el sentido en que emplea la expresión LUHMANN, conduce a una "difusión de la responsabilidad" contra la que se estrellan los principios clásicos de la responsabilidad (cfr. también LUHMANN, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4ª ed., Berlin 1995, p. 185). Las puestas en peligro del medio ambiente serían, según dice ROTSCH citando la obra de BECK, *Risikogesellschaft - Die organisierte Unverantwortlichkeit*; St. Gallen 1988, "autopuestas en peligro de la propia sociedad".

Tres son los puntos en los que se apoya ROTSCH (p. 28 y ss.) para mantener esta tesis: La dimensión de lo colectivo produce un efecto neutralizador en la responsabilidad individual; la imputación de conductas colectivas a un individuo quebranta gravemente las bases de la responsabilidad individual que es la base de la responsabilidad penal; una síntesis entre ambas sólo es posible analizando la actuación del colectivo y dentro de él la del individuo: El resultado de todo ello es que, en su opinión, no se puede exigir una responsabilidad individual penal cuando el hecho se produce como consecuencia de la actuación del colectivo. Esta idea puede tener alguna razón de ser en los delitos medioambientales producidos por imprudencia y en los casos de responsabilidad por el producto con resultados lesivos producidos también de forma imprudente para la vida o la salud de los consumidores, pues, como dice GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Madrid, 2001, p. 91: "Es patético observar cómo en nuestros días la cadena de imprudencias, por ejemplo, que confluyen en grandes catástrofes sigue siendo objeto de una pormenorizada investigación de un cúmulo de pequeñas infracciones individuales, con el fin de ponerle cara a los culpables, incluso cuando es muy evidente que ésta es la de un colectivo que se expresa a través de una sociedad, Administración Pública, asociación, etcétera, y en cuyo contexto son realmente intrascendentes, a veces, las conductas individuales". Pero es, a mi juicio, exagerada por lo menos en los delitos medioambientales realizados dolosamente, a sabiendas del daño medioambiental que se va a producir que se causa intencionalmente o se asume como consecuencia de determinados defectos de funcionamiento de la industria que intencionalmente no se corrigen. Y desde luego es insostenible en los delitos económicos normalmente planificados con todo lujo de detalles desde los centros de decisión de las grandes empresas, en los que hay personas con nombres y apellidos que toman las decisiones, unas veces en su propio nombre, y otras en nombre de otras que son las que fácticamente dominan el acontecer. Lo que sí hay que reconocer, en todo caso, son las dificultades probatorias procesales que se plantean tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico para llegar a los principales responsables de los delitos que se cometen en el ámbito de las grandes empresas. Sobre ello volveremos más adelante.

sobre personajes secundarios y nunca sobre los auténticos y verdaderos responsables.

Actualmente parece que hay acuerdo en un importante sector de la doctrina en cuestionar, por lo menos respecto a algunas formas de criminalidad y sobre todo respecto a aquella que se comete en el ámbito de una gran empresa, la idea de que el ejecutor material directo del hecho es el principal responsable del mismo. Esta idea está enraizada en la imagen del autor de los delitos tradicionales contra la vida, la libertad sexual o la propiedad, que son los delitos sobre los que se ha elaborado la Teoría General del Delito. De acuerdo con esa imagen, la ejecución de la acción típica del respectivo delito (matar, penetrar sexualmente, apoderarse de la cosa mueble ajena) constituye el comportamiento central, más importante y, por tanto, más grave, frente a otros no estrictamente ejecutivos de ayuda, favorecimiento o inducción. Pero incluso en estos delitos se tuvo que recurrir ya hace tiempo a la figura del autor mediato o la del "autor tras el autor" para fundamentar la imputación como autor de quien sin intervenir en la ejecución de la acción delictiva se sirve de otra persona como instrumento, en principio, irresponsable, para realizarlo.

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

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

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

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

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

No se trata, sin embargo, de subvertir la distinción tan trabajosamente obtenida, pero ya acreditada y aclimatada en la Dogmática penal española entre autoría y participación, ni de volver a un concepto unitario de autor que hace tabla rasa de distinciones y matizaciones en los diferentes grados de responsabilidad, ni de convertir en un problema de determinación de la gravedad de la pena que merezca cada interviniente en la realización del hecho delictivo, lo que es ya previamente un problema de determinación del centro de la responsabilidad misma. Se trata de algo más profundo. El "cambio de paradigma" que se ha producido en esta materia antes en la jurisprudencia que en la teoría, se debe a la necesidad de situar en un primer plano la responsabilidad de los directivos y

dirigentes de una organización que deciden, organizan y controlan la realización de actos delictivos, aunque luego no intervengan en su ejecución directa. El problema dogmático consiste sólo en hallar el fundamento del criterio material que permite atribuir a estas personas la cualidad de autor en sentido estricto.

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

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

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

cumpliendo una función previamente establecida, dentro de una organización, formando parte de una política o estrategia común previamente establecida por quienes tienen el control de la organización.

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

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

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

minalidad, sino también práctica, porque sólo la determinación de las estructuras que fundamentan en este ámbito la autoría, permite atribuir la responsabilidad a los verdaderos autores de los delitos y no a personajes secundarios, que muchas veces no son más que “hombres de paja” utilizados precisamente para que los verdaderos responsables evadan su responsabilidad. Pero es que, además, en los delitos económicos, y otros de diversa índole cometidos en el ámbito empresarial, se da la particularidad de que lo que sin duda constituye el “núcleo” del contenido de injusto del respectivo delito (“matar”, en los delitos contra la vida, “acceder carnalmente” en los delitos de agresión sexual, “sustraer o tomar una cosa mueble ajena” en los delitos patrimoniales de apoderamiento), es en ellos bastante menos importante o desempeña una función casi secundaria. El “ejecutivo” en el ámbito empresarial es, incluso en el lenguaje coloquial, un personaje de secundaria importancia, cuya misión consiste simplemente en llevar a la práctica o ejecutar las decisiones tomadas por los altos cargos y directivos de la empresa, en las que ni siquiera ellos participan. La vinculación del concepto de coautoría al de coejecución puede tener cierto sentido, aunque aquí también la hayamos criticado, en los delitos clásicos contra la vida, contra la libertad sexual o contra la propiedad, por la distinta trascendencia de la fase preparatoria y la ejecutiva del delito y porque en ellos la ejecución misma (“matar”, “acceder carnalmente”, “sustraer”) tiene un desvalor ético-social específico o adicional que no tienen las fases de preparación y decisión o las de mera ayuda. Pero dicha fijación carece de sentido en los delitos que se cometen en el ámbito empresarial, en el que las funciones decisorias y organizativas son no sólo jurídicamente, sino incluso social y económicamente consideradas más importantes que las ejecutivas propiamente dichas. En este ámbito lo que caracteriza la actuación de las grandes empresas, multinacionales, financieras, fabricantes y distribuidoras de productos, etc., es que los “centros de decisión” son más importantes que los “centros de ejecución”. Desde este punto de vista, sería absurdo, por tanto, calificar a los que

toman las decisiones y organizan la ejecución de un hecho delictivo, pero no toman parte directa en ella, como meros inductores o cooperadores necesarios y, por tanto, como partícipes, y a los que de forma subordinada las ejecutan, como verdaderos autores. Y aún más absurdo sería, e incluso podría abrir peligrosas lagunas de punibilidad que en algunos delitos de los llamados especiales, característicos del mundo empresarial, como son, por ejemplo, las insolvencias punibles, el delito fiscal, o algunos delitos societarios, en los que muchas veces el que realiza las acciones de ejecución del delito no tiene la cualidad exigida por el tipo (por ejemplo, la de deudor, la de administrador, de hecho o de derecho, la de obligado tributario) y, por tanto, todo lo más puede ser calificado como cooperador necesario, tampoco pudiera ser calificado de autor el que tiene esas cualidades pero no ejecuta directamente el delito. Curiosa forma de imputación de un delito sería esta, en la que los verdaderos responsables todo lo más pueden ser considerados como partícipes, o en la que todos, directivos de la empresa, sujetos cualificados y meros ejecutivos, son partícipes y ninguno autor.

No es, por ello, extraño que en este ámbito la jurisprudencia, adelantándose ya en cierto modo a la doctrina, haya provocado un “cambio de paradigma” en la teoría de la autoría y la participación y que en la determinación de la responsabilidad por los delitos que se cometen en el ámbito empresarial haya empezado por averiguar la responsabilidad de los que en la cúspide toman las decisiones, y no por la de los que al ejecutarlas producen el daño. Es verdad que esta consideración “top-down”, es decir, de arriba abajo, se ha producido sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por el producto²¹, pero se está extendiendo también a otros sectores de la criminalidad característicos del mundo empresarial, como son los medioambientales y los económicos. En todo caso, parece claro que sólo teniendo en cuenta estas particularidades del mundo empresarial, y no desde un apriorismo ajeno a la realidad o, en el mejor de los casos, basado en la estructura individual de delitos más tradicionales, se pueden abordar con cierta seguridad y realismo los problemas de imputación que se plantean en su seno.

21. Cfr. HASSEMER *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pp. 65 y ss. (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ob. cit. en nota 20, p. 178). A esta tendencia responde por ejemplo la STS 24 abril 1992 (“caso de la colza”) que ha sido criticada también por ello por un sector de la doctrina (cfr., por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTANÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 155 y ss.; el mismo, *De nuevo sobre el caso de la colza: una réplica*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2000, pp. 125 y ss. En la doctrina alemana, sin embargo, este “cambio de paradigma” goza cada vez de más partidarios, cfr. KUHLEN, *Strafrechtliche Produkthaftung*, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof*, München 2000. Sobre las posibilidades e insuficiencias del Derecho penal en esta materia y en el ámbito medioambiental, véase MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.

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

Desde nuestro punto de vista, el problema de la determinación de la autoría de los delitos económicos que se cometen en el ámbito empresarial (son difícilmente imaginables en otros ámbitos), es mucho menos complicado, salvo que se trate de *delitos especiales*, en los que la exigencia de determinadas características adicionales que fundamentan la autoría requiere una determinación más minuciosa de quiénes pueden considerarse como verdaderos autores (*infra* b). De ahí que para la exposición y análisis del problema de la determinación de la autoría en los delitos económicos empresariales, haya que distinguir entre los delitos que no requieren ninguna cualidad especial en el sujeto activo o autor en sentido estricto y los que requieran alguna cualidad especial²².

Desde esta doble perspectiva se analiza seguidamente el problema de imputación a título de au-

toría de los más importantes delitos económicos dolosos de dominio en el ámbito empresarial.

La imputación de autoría en los delitos económicos que no exigen ninguna cualidad especial para ser sujeto activo.

En una primera aproximación al problema analizaré, en primer lugar, la cuestión de si la tesis de ROXIN anteriormente expuesta sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder, puede aplicarse también en el ámbito de la delincuencia económica de carácter empresarial. En su tesis originaria uno de los requisitos que ROXIN exigía para aplicar su teoría era que la organización o aparato de poder actuara al margen del Derecho, es decir, fuera directamente una organización ilegal. 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, en la que se aplicó la teoría de ROXIN, admitió expresamente la posibilidad de que dicha teoría pudiera ser aplicable en el ámbito de organizaciones empresariales sin mencionar para nada el requisito de la marginalidad respecto 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 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 Tribunal Supremo Federal alemán en su resolución sobre la responsabilidad de los ex-dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en las muertes ocasionadas por los disparos que siguiendo sus órdenes hicieron los guardias fronterizos en el Muro de Berlín, acepta expresamente también la posibilidad de que la teoría de ROXIN sea aplicable en el ámbito de la delincuencia empresarial²³. ¿Es ello realmente compatible con la concepción de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder desarrollada por ROXIN?

En Alemania, dicha posibilidad ha sido ampliamente discutida y se han manifestado ya varias opiniones doctrinales tanto a favor como en contra. En un pionero trabajo sobre el tema, Kai AMBOS rechazó esta posibilidad con el argumento de "que se debe tratar de 'aparatos de poder', es decir, de organizaciones criminales (incluyendo las

22. En este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Derecho penal económico, Parte General*, Valencia 1998, pp.192 y ss.; también, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000, pp.169 y ss.

23. BGH 40, 218, 236, 237, si bien hay que decir, que dicha posibilidad sólo es admitida de pasada y como simple obiter dicta.

terroristas) que pretenden alcanzar o aumentar el poder y están dotadas de una estructura organizativa y de mando rígida²⁴. Pero este argumento es difícilmente compatible con la renuncia al requisito de la desvinculación al Derecho que el mismo AMBOS propone²⁵, lo que, en rigor, debería llevarle a la conclusión contraria. Es verdad que con ello se pierde, como 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)"²⁶. 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, en principio, ningún problema para admitir también esta forma de dominio organizativo sobre todo en el ámbito de las grandes empresas. Sin embargo, antes de trasla-

darla sin más correcciones que la de prescindir del requisito de que la organización actúe al margen del derecho, conviene hacer algunas precisiones en función del propio carácter y funcionamiento de las organizaciones empresariales. Naturalmente, estas grandes empresas se diferencian, por un lado, de los aparatos de poder de carácter estatal o paraestatal en que no presentan la estructura rígidamente jerárquica que caracteriza a éstos, y, por otro, de las organizaciones mafiosas y criminales porque, en principio, no están ni actúan al margen del Derecho. Pero actualmente hay muchos sectores de la economía en los que hechos como la evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, el fraude de subvenciones, las administraciones fraudulentas de sociedades mercantiles, las insolvencias, el blanqueo de capitales, el abuso de información privilegiada, etc., se realizan en los límites, bastante difusos en estos ámbitos, de lo lícito y de lo ilícito²⁷, y en estrecho contacto con algunos aparatos de poder estatal, lo

24. AMBOS (ob. cit., en nota 7), p. 239 (= RDPC, p. 157). También en contra de esta posibilidad se pronuncia ROTSCH (ob. cit. en nota 20, pp. 138 y ss. y 144 y ss.), aunque dicho autor ya se ha manifestado de un modo general en contra de la teoría de Roxin, incluso en los casos de aparatos de poder paraestatales, para los que Roxin elaboró su teoría a principios de los años sesenta (véase ROTSCH, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, Heft 3, p. 519 y ss., esp. 526 y ss.; también del mismo autor, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftlichen Organisationsstrukturen*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 10, p. 491 y ss.). En la doctrina alemana se han pronunciado, sin embargo, a favor de la aplicación de la tesis de la autoría mediata por manejo de un aparato de poder en el ámbito empresarial otros autores, recogiendo y en parte matizando la tesis de ROXIN: Así, por ejemplo, RIEMSEK *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 46 y ss.; y KUHLEN; *Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsauftragten*, en Amelung (edit.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 82 y ss, si bien más en referencia a otros ámbitos de la delincuencia empresarial, como los medioambientales o los de la responsabilidad por el producto. En la doctrina española, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000, p. 398, realiza algunas precisiones a esta tesis, pero admite la autoría mediata en este ámbito en algunos casos. Es dominante, sin embargo, la tesis contraria; cfr., por ejemplo, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedad*, Barcelona 1997, p. 412; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit. nota 22, p. 200; SILVA SÁNCHEZ, *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en Cuadernos de Derecho judicial: Empresa y delito en el nuevo Código penal, 1995, p. 370; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, cit. nota 22, pp. 185 y ss. En la doctrina portuguesa se pronuncian expresamente 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, FIGUEIREDO DIAS, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (ob. cit., en nota 4), p. 106; y Teresa SERRA, *autoría mediata a través do domínio de um aparelho organizado de poder*, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5 (1995), p. 303.

25. AMBOS, ob. cit., p. 245 (RDPC, p. 165).

26. AMBOS, ob. cit., p. 242 (RDPC, p. 161).

27. Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979; el mismo, *Wistra* 1982, pp. 41 y ss. Ya advertía, premonitoriamente, hace casi cuarenta años, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo III, Madrid 1965, p. 4, que "en la coyuntura histórico-sociológica en que nos hallamos inmersos, las condiciones de vida y la sed de negocios y especulación están tan generalizadas, que sólo el mero azar es el factor determinante de estos imprecisos linderos fronterizos entre la finanza triunfante, signo de máxima honorabilidad, y la estigmatizada como criminal, que es lo casi siempre, no en sí misma, sino por su fracaso económico". Ello repercute también en el ámbito de la imputación subjetiva, donde no siempre es fácil demostrar la presencia del dolo en "negocios de riesgo" en los que el empresario asume el riesgo del fracaso económico, pero también por eso busca fórmulas para desplazar dicho riesgo hacia terceros a través de diversas maniobras que pueden ser constitutivas de delitos (sobre ello y las posibilidades de imputación de algunos delitos económicos o patrimoniales a través de la fórmula del dolo eventual, cfr. MUNOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 13ª ed. cit., p. 413; también: "El mismo, El apoderamiento de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas", en *Homenaje a Rodríguez Devesa*, Madrid 1988, II, pp. 143 y ss.; el mismo, "Falsedad y estafa mediante abuso de crédito y de instrumentos crediticios", en *Falsedades y defraudaciones*, número monográfico de Cuadernos de Derecho judicial (dir. Muñoz Conde), Madrid 1995, pp. 142 ss.; el mismo, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999, p. 148, nota 30.

que, por lo demás, es una de las principales fuentes de la corrupción política y administrativa. Por otra parte, la misma responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta por algunos autores en un "dominio funcional, sistémico de la organización"²⁸, que, por supuesto, no excluye, sino que supone también que los miembros de la cúpula de la organización, que dan las órdenes ilegales que otros ejecutan, son directamente responsables de dichos hechos en calidad de autores y no como meros partícipes.

No obstante, el requisito de la tesis de ROXIN que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la *fungibilidad de los meros ejecutores*. Ello es así, no sólo porque en estos ámbitos el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es siempre un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales). Pero posea o no estos conocimientos técnicos especiales, la mayoría de las veces no es más que un instrumento irresponsable no cualificado, o que actúa sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin ello le suponga directamente ningún provecho personal, ni conciencia de participación en una operación delictiva, en la que se integra su acción concretamente realizada. Ello significa, según la doctrina que mantiene el propio ROXIN²⁹, que el que realiza la acción típica, sin la cualificación exigida por el tipo, o sin dolo, no puede ser considerado autor, y eso hace que desde un principio ya no sea posible aplicar la figura de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder que precisamente surgió para posibilitar la condena como autor mediato del hombre de atrás cuando el ejecutor directo del delito era ple-

namente responsable; pero no para los casos en los que el ejecutor directo no es o no puede ser hecho responsable. Tampoco en los delitos especiales, como veremos más adelante (*infra* b) es posible aplicar la figura del "autor tras el autor"³⁰ ni fundamentar un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder, pues en este caso lo que interesa, para fundamentar la autoría mediata, es "sólo la lesión del deber especial extrapenal y no el dominio del hecho"³¹. Por tanto, si no se acepta la figura del autoría sirviéndose de un instrumento doloso no cualificado, y 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 directivos de la empresa que dan las instrucciones para la realización del delito en la cúpula en la empresa.

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"³².

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 tes-

28. Cfr., por ejemplo, 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.

29. Sobre la cuestión del instrumento doloso, cfr. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, ob. cit. en nota 3, pp. 278 y ss., quien, en principio, rechaza esta figura, porque no constituye una auténtica autoría.

30. Sobre ello SCHROEDER (ob. cit., en nota 4). En contra de esta opinión, expresamente, BOLEA BARDÓN (ob. cit., en nota 24), pp. 393 y 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, n° 62, pp. 25 y ss. En contra, HERNÁNDEZ PALENCIA, La autoría mediata Derecho penal, Granada 1996, p. 276.

31. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, ob. cit. en nota 3, p. 391.

32. AMBOS (ob. cit. en nota 7), pp. 239-240 (RDPC, p. 157).

tigos y no como coimputados, lo que en la práctica se ha revelado como un método eficaz para atrapar a los “peces grandes”, aunque desde el punto de vista del Estado de Derecho sea bastante criticable³³.

Si el ejecutor no es responsable y sólo es un instrumento en manos de alguien que actúa por detrás es difícil, a causa de la *accesoriedad de la participación*, fundamentar en base a ella 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 veremos más adelante en relación con los problemas de determinación de la autoría en los delitos económicos especiales (*infra b*), y como ya he expuesto en la 2ª edición de mi libro *El delito de alzamiento de bienes*³⁴, en el ámbito de las insolvencias punibles es absolutamente posible hablar, en el caso de una gran empresa, de coautoría

que será “mediata” en la medida en que el ejecutor de la decisión sea un mero instrumento. Una coautoría de esta clase en el ámbito de los delitos especiales, como lo es el alzamiento de bienes y el resto de las insolvencias punibles, pero también otros muchos delitos económicos como los societarios, fiscales, etc., se puede fundamentar, en todo caso, fácilmente con la teoría de ROXIN sobre la coautoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber³⁵. 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 organizados³⁶.

ROXIN ha criticado esta tesis porque, en su opinión, no se ajusta a la realidad: en primer lugar, porque no se da una decisión común del hecho; en segundo lugar, porque falta una ejecución común; en tercer lugar, porque la tesis de la coautoría no

33. 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*, es decir, al encargado o capataz que realizó la actividad polucionadora, si declara contra el *responsable corporate officer*, es decir, contra el directivo o principal responsable de la empresa. Este procedimiento es también utilizado para poder conseguir pruebas y, en consecuencia, poder condenar a los principales responsables de delitos cometidos en el ámbito de organizaciones tales como las dedicadas al narcotráfico, blanqueo de capitales, etc. Contra este intercambio de roles se pronuncia ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19ª ed., 1985, p. 153 (hay versión española publicada en Buenos Aires, 2000), porque constituye una “indigna manipulación” (“eine unwürdige Manipulation”), criticando expresamente la posibilidad de que se lleven dos procesos separados para cada uno de los acusados, “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 sobreesimiento del proceso constituye un premio que se da por su “arrepentimiento activo” al testigo de cargo, porque declara contra sus cómplices (también en contra de esta figura, ROXIN, *lug. u. cit.* p. 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 Paula 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 (publicada también con el mismo título en Revista de Derecho y Proceso penal, num. 1, 1999, pp. 63 y ss.; y en relación con la STS 29 julio 1998, “Caso Marey”, pp. 80 y ss.; hay una versión de este trabajo publicada como monografía en Buenos Aires, 2000, con el título “Búsqueda de la verdad en el proceso penal”).

34. Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1998, p. 184 (también en Homenaje al Profesor Torío, Granada 2000; y con algunas modificaciones en Homenaje al Profesor Barbero Santos, Toledo 2001, y en Cuadernos de Derecho judicial: Administración desleal, 1999); idea ya expuesta en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (ob. cit. en nota 3), 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 también MUÑOZ CONDE, en Revista Penal, 2000 (ob. cit. en nota 3; versión alemana, en *Festschrift für Roxin*, p. y 620 y ss.). Para una visión resumida de esta posición, MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 4ª ed., citada en nota 1, p. 500 y 502.

35. Cfr. ROXIN, *Autorías*, citada en nota 3, p. 386.

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

tiene en cuenta la diferencia estructural decisiva entre una autoría mediata, estructurada verticalmente y una coautoría, estructurada horizontalmente³⁷. Pero si se contemplan las particularidades de la intervención en una votación, se advierte inmediatamente lo que JAKOBS ha destacado en un trabajo específico sobre el tema³⁸, 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 dominante³⁹ 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 es, en opinión de ROXIN y también, por las razones anteriormente expuestas, en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando *configura* la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso⁴⁰. Ésta, en mi opinión, es la única tesis que puede explicar correctamente el sentido y el significado jurídico-penal de decisiones en el seno de un órgano colegiado como es una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa, que constituye la base para la ejecución de determinados hechos que constituyen tipos delictivos. Lo que no excluye en todo caso que el ejecutor pueda responder, si se trata de un delito especial, y no tiene, ni directa ni indirectamente a través de la cláusula contenida en el art. 31, la cualidad exigida en el tipo, por la figura del cooperador neces-

rio o por complicidad, que es lo que hace normalmente la jurisprudencia cuando castiga al no cualificado que interviene en la realización de un delito especial (véase *infra* b).

La coautoría como coejecución es, por tanto, todavía más discutible en el ámbito de la delincuencia empresarial. En muchos de los grandes fraudes económicos la ejecución se diluye en el tiempo y pasa por varias etapas, en las que no siempre intervienen los miembros del Consejo de Administración que han decidido previamente y con todos los detalles la maniobra fraudulenta (por ejemplo, la insolvencia de la empresa en fraude de acreedores), ¿son por ello estas personas sólo o todo lo más inductores o cooperadores necesarios? Pues bien, si se acepta esto y el delito es uno de los llamados especiales, que sólo pueden ser realizados a título de autor por las personas que ostenten determinadas cualidades como la de "deudor", puede darse incluso la extraña situación de que los que lo ejecuten sin tener estas cualidades sean sólo cooperadores necesarios y los cualificados que lo deciden, pero no lo ejecutan, tengan que ser igualmente calificados de cooperadores necesarios o de inductores, es decir, de partícipes. Lo cual no deja de ser realmente absurdo, pues puede darse la paradoja de que lleguemos a encontrarnos con una situación en la que ninguno de los responsables del delito pueda ser considerado autor, sino todo lo más partícipe.

Un caso paradigmático de esta "fijación" del concepto de coautoría a la coejecución es el caso fallado por la Audiencia Nacional en sentencia de 31 de marzo de 2000 ("caso BANESTO"), en el que después de dar como probado que los miembros del Consejo de Administración de una entidad bancaria habían decidido determinadas operaciones fraudulentas, procede a atribuir a uno de ellos, el Vicepresidente, dos delitos más que a otro que precisamente era el Presidente de la entidad. Naturalmente que en esta decisión ha pesado más el problema de la prueba que el de la conceptualización jurídico-material de la intervención plural de personas, pero con ello se ha quebrado uno de los principios básicos que permite la calificación de coautoría en el ámbito de un Consejo de Administración

37. Cfr. ROXIN, *Festschrift für Grünwald*, ob. cit. en nota 3, p. 553 (también en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ, citada en nota 3, p. 194); en el mismo sentido, BLOY, en *Goltdammer's Archiv*, 1996, p. 440.

38. Cfr. JAKOBS, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, en: *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 419.

39. Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, citada en nota 3, pp. 303 y ss. Ejemplar en este sentido la tesis de VALDAGUA, *Iniciativa 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, pp. 839 y ss.), que, a mi juicio, se refiere más a casos de codelinquencia de varias, pocas personas en un mismo hecho, y no a la delincuencia llevada a cabo en el seno de grandes organizaciones que son a las que nos referimos aquí.

40. Una visión similar de la coautoría mantienen en la doctrina alemana, de un modo general, JAKOBS, *Derecho penal*, citado en nota 35, 21/40; y STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2000, núm. 824.



para los que toman parte en la decisión que determina la realización de un delito. ¿Admite una adecuada valoración global de las intervenciones de las distintas personas en la realización de graves hechos delictivos esta atomización del concepto de coautoría e incluso del de autoría ejecutiva?

La conclusión de este apartado es que en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del Derecho, como son sobre todo las empresas, y en relación con los delitos económicos que en ellas se realizan como consecuencia de decisiones tomadas en los Consejos de Administración o por los directivos de las mismas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado, y, por tanto, tampoco, la autoría mediata basada en este dato. En su lugar viene, pues, en consideración una (co)autoría mediata, cuando las decisiones son llevadas a cabo por un ejecutor o instrumento irresponsable; o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable, y no es un mero instrumento. De este modo podemos imputar a título de (co)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.

Paso ahora a ocuparme de la atribución de la autoría en el marco de los delitos económicos especiales.

La imputación de la autoría en los delitos económicos especiales.

Entiendo por *delito especial* aquel que requiere determinadas cualidades o *status* jurídico en el sujeto activo, es decir, en el autor (o autores) responsable principal que los realiza. El concepto de delito especial no es pacífico en la doctrina, pues junto a los delitos especiales propios, que son aquellos que no tienen correspondencia con uno común y en los que, por tanto, la no presencia del sujeto cualificado determina su inexistencia (por

ejemplo, la prevaricación judicial); existen los delitos especiales impropios, en los que la ausencia de la cualidad exigida en el tipo delictivo para ser autor en sentido estricto del mismo determina la existencia de otro delito o que el no cualificado todo lo más pueda ser partícipe del delito cometido por el sujeto cualificado⁴¹. No obstante, la aparente claridad de esta distinción el legislador puede combinar distintas cualidades o requisitos jurídicos para ser autor de un delito, y, en muchos de estos delitos hacer recaer el acento en la infracción de determinados deberes, mientras que en otros también especiales acentúa el dominio o proximidad al objeto penalmente protegido⁴². Esto ha llevado a algún autor a considerar que hay casos en los que el autor material (administrador de hecho) no tiene la cualidad jurídica exigida para ser autor en sentido estricto del delito cometido, pero la relación material con el bien jurídico protegido permite equipararlo penalmente al que sí tiene esta cualidad (administrador de derecho)⁴³. Ciertamente, ello puede estar en la base de la equiparación legal que ha hecho el legislador en el art. 31 del Código penal y otros preceptos concordantes entre situaciones puramente fácticas (administrador de hecho, propietario de hecho) y las reguladas jurídicamente (administrador de derecho, propietario legalmente reconocido, deudor, acreedor, etc.) (sobre ello, *infra* 1); pero esto no debe hacernos olvidar que incluso en estos casos la equiparación debe basarse en una cierta capacidad o legitimación jurídica para decidir o controlar la realización de las acciones delictivas. De un modo u otro, se trata, pues, cuando hablamos de delitos especiales de delitos en los que el autor en sentido estricto y, por tanto, el principal responsable debe tener una cierta competencia o capacidad institucional para realizarlos. Esto es precisamente lo que les da su peculiaridad y lo que plantea algunas dificultades para establecer luego el círculo de otros posibles responsables en base a los formularios de imputación que no son calificables propiamente de autoría. Estos problemas suelen plantearse a menudo en la realización de delitos económicos en el ámbito de una empresa, en la que no siempre los que figuran en el organigrama de la misma son los verdaderos o únicos autores, mientras que hay otras personas, teórica o formalmente, ajenas a la empresa que controlan sus decisiones y que materialmente (y ya veremos

41. Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, 4ª ed., citada nota 1, pp. 515 y ss.

42. En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, citada nota 36, marg. 30/2.

43. En este sentido, siguiendo a JAKOBS, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona 1999, pp. 37 y ss., y 165 y ss.

hasta qué punto legalmente también) son responsables de las mismas.

Por ello antes de enfrentarnos con el problema de cómo imputar en estos delitos como autores a los que deciden su realización sin intervenir en su ejecución (*infra* 2), es preciso determinar en primer lugar el círculo de personas que junto a los que específicamente vienen determinados directamente como autores o sujetos activos de los delitos económicos especiales pueden ser considerados también como tales, mediante la aplicación de cláusulas legales creadas expresamente para ello, o a través de una interpretación que respete la naturaleza del propio delito en cuestión y, por supuesto, el principio de legalidad que impide exigir responsabilidad penal más allá de lo previsto legalmente (*infra* 1).

1. La determinación del sujeto activo del delito. La actuación en nombre de otro. La consideración fáctica del concepto de deudor. El administrador de hecho

Antes de la reforma de 1983, era difícil imputar a una persona que actuara en nombre y representación de una persona jurídica delitos que sólo podían cometer los que tuvieran la cualidad exigida en el tipo (por ejemplo, la de deudor o la de administrador), cuando esa cualidad se daba en la persona jurídica, pero no en la persona física que actuaba en su nombre y realizaba la acción delictiva. No obstante, la jurisprudencia hizo caso omiso en alguna ocasión de este impedimento legal, estimando que no había inconveniente en atribuir a efectos penales la cualidad exigida por el tipo delictivo para ser sujeto activo del mismo a la persona que sin tener esa cualidad actuaba en nombre de una persona jurídica que sí la tenía. Esta tesis jurisprudencial fue criticada en su día por un sector de la doctrina⁴⁴, que solicitó *de lege ferenda* una decisión legislativa que finalmente se produjo con la introducción en el anterior Código penal en la reforma de 1963 del art. 15 bis que resolvía expresamente, por lo menos en parte, este problema. A partir de esta reforma, y con el apoyo dogmático del citado art. 15 bis, el Tribunal Supremo no tuvo ya inconveniente legal alguno en apreciar, por ejemplo, un alzamiento de bienes en la conducta de un gerente, miembro del Consejo de Administración de una sociedad anónima que trasvasó bienes de ésta a otra para frustrar los

derechos de los acreedores (STS 6 julio 1994), o más recientemente a los administradores de una sociedad anónima que enajenaron bienes de ésta en perjuicio de sus acreedores (STS 21 octubre 1996).

Pero en otras ocasiones, incluso tras la reforma de 1983, el TS ha apreciado directamente autoría en el delito de alzamiento de bienes sin recurrir al art. 15 bis, entendiendo que ello no es necesario cuando la realidad patrimonial, aunque no jurídica, permite identificar al verdadero propietario de los bienes enajenados y, por tanto, deudor y autor de un delito de alzamiento de bienes, aunque formalmente se trataba de una sociedad con una personalidad jurídica y patrimonial diferenciada de la de sus únicos accionistas (cfr. STS 25 noviembre 1991; también SSTS 24 julio 1989; 17 septiembre 1990).

La jurisprudencia llegó a esta *consideración fáctica del concepto de deudor* a través de la teoría del *levantamiento del velo de la persona jurídica*. VIVES y GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁵ critican esta postura jurisprudencial a la que califican de “exagerada e inaceptable, porque al abrazar criterios materiales que quedan fuera del círculo formal descrito por el tipo, olvida que una cosa es el levantamiento del velo como técnica para descubrir qué personas físicas toman en realidad las decisiones; y otra muy distinta, confundir la esfera patrimonial de una persona jurídica con la de una persona física a efectos de la aplicación de una figura de delito”.

Sin embargo, esta crítica a la jurisprudencia, fundamentada en la redacción que tenía el art. 15 bis del anterior Código penal, ha quedado desfasada a la vista de la redacción que tiene el art. 31 y de la ampliación que se ha hecho expresamente en este artículo del círculo de personas que pueden ser hechas responsables por las actuaciones que se realizan en nombre o representación de otro, a los “*administradores de hecho*”. También en los delitos societarios se ha consumado expresamente esta equiparación en la determinación del círculo de sujetos activos de los mismos (cfr., por ejemplo, arts. 290, 293, 294, 295). Y en las insolvencias punibles, en el art. 260, se equiparan “el deudor o persona que actúe en su nombre”. Pero incluso antes de la entrada en vigor del nuevo Código, e incluso antes de la introducción del art. 15 bis en el anterior Código penal, ya la jurisprudencia había diferenciado los casos de actuación del representante de la persona

44. Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1ª ed. Barcelona 1971; el mismo, *La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1977.

45. *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia 1998, pág. 42.

jurídica, de aquellos en los que no se trata de actuación en nombre de otro, sino en nombre propio, aunque utilizando formalmente una personalidad jurídica diferente. De ello deduce, por ejemplo, la STS de 24 julio 1989, que “sujeto activo, antes y después de la reforma de 1983, es quien, de acuerdo con la realidad patrimonial resulte titular del patrimonio sobre el que recaen las obligaciones contraídas. En consecuencia, el art. 15 bis (del anterior Código penal, el art. 31 del actual) se limita a aquellos casos en los que existe verdadera representación de una persona jurídica, con clara diferenciación patrimonial” (en el mismo sentido, también STS 6 marzo 1990).

A la vista de lo que se dice en esta jurisprudencia, cabría incluso plantearse si era necesario introducir cláusulas como la contenida en el art. 31 del vigente Código penal, si de todas formas la consideración fáctica del concepto de deudor permite atribuir esta cualidad a quienes formalmente no la tienen.

Esta tesis fue propugnada por un sector de la doctrina alemana en una época muy significativa ideológicamente en aquel país, en los años treinta, en la que los penalistas más afines al pensamiento jurídico nacionalista propugnaban, en base a la tesis del famoso jurista nazi Karl Schmitt de las llamadas “ideas concretas de ordenación” (*konkrete Ordnungsgedanke*), una interpretación fáctica o naturalística de los elementos de los tipos penales que hacían referencia a conceptos extrapenales como “*propiedad*”, “*deudor*”, etc. Se trataba con ello de “*liberar*”, como decía BRUNS, al Derecho penal de la influencia perniciosa del pensamiento civilista aquejado de un excesivo formalismo incompatible con el realismo que debe imperar en el Derecho penal⁴⁶. Pero, al mismo tiempo, se trataba también de desvincular el Derecho penal del principio de legalidad, en una época en la que incluso llegó a admitirse la analogía como fuente creadora del Derecho penal “según el sano sentimiento del pueblo alemán”⁴⁷. Que estos intentos no llegaran a cuajar ni siquiera en Alemania, donde finalmente se optó por re-

solver el problema legislativamente, como se hizo posteriormente en España⁴⁸, demuestra las muchas objeciones, desde el punto de vista del Estado de Derecho, a las que están expuestas.

Fueron, pues, razones de seguridad jurídica las que determinaron que finalmente el problema se resolviera con la introducción en el anterior Código penal del art. 15 bis, que permitía la atribución de la cualidad de autoría a los que formalmente actúan en nombre o representación de la persona jurídica aunque no tuvieran las cualidades exigidas en el tipo delictivo para ser autor; y además es resuelto también ahora por el art. 31 del Código penal vigente que atribuye esta cualidad también al “administrador de hecho”, del mismo modo que en los “delitos societarios”, que se regulan en el Capítulo XIII del Título XIII, se equipara expresamente el administrador de hecho con el de derecho⁴⁹.

A la vista de la solución que de este problema de la atribución de la autoría en los delitos económicos especiales a los que jurídicamente no ostentan las cualidades o requisitos exigidos en el respectivo tipo delictivo, ¿puede decirse ahora en base a estos preceptos que la administración o el control fáctico de una sociedad son ya suficientes para poder imputar directamente a personas que ni siquiera figuran en el organigrama, Consejo de Administración, Gerencia, etc., de la sociedad, una insolvencia fraudulenta, un administración desleal, un delito fiscal, o cualquier otro delito especial cometido en el seno de ésta?

La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa en la medida en que, a la vista de los antecedentes jurisprudenciales anteriormente mencionados, el legislador ha querido resolver expresamente este problema y lo ha hecho en el sentido ya apuntado por la jurisprudencia anterior, es decir, incluyendo también en el círculo de posibles sujetos activos en estos delitos a los administradores de hecho. Sin embargo, el concepto de “administrador de hecho” no está bien delimitado por la doctrina que se ha ocupado de él, fundamentalmente en relación con el círculo de autores en los “delitos societarios”⁵⁰. Por una parte, se considera que con

46. BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken*, 1938; también en Italia, ANTOLISEI, *Per un indivizzo realistico nella scienza del diritto penale*, en *Rivista di Diritto e procedura penale*, 1937. Sobre la consideración fáctica de deudor en el actual Derecho penal alemán de insolvencia, véase TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht*, 2ª ed., 1996, antes del §283, núm. marg. 68 y ss.

47. Véase sobre el Derecho penal de esta época, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2ª ed., Valencia, 2001.

48. Sobre esta evolución, véase MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad de los órganos*, cit. en nota 44, págs. 162 y ss.

49. Véase GARCÍA CAVERO, citada nota 43.

50. Respecto a la situación del problema en Italia, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, a cura di Luigi Conti, 5ª ed., Milano 1985; ALESSANDRI, en PEDRAZZI y otros, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 1998, pp. 52 y ss.; respec-

este concepto se trata de evitar que queden impunes quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar su designación o a quienes dolosamente hubieran creado la situación irregular para evadir su responsabilidad. Pero también cabe que el administrador de derecho sea un "hombre de paja" y que, con la referencia al administrador de hecho, se quiera atrapar al "autor tras el autor", es decir, en la concepción de ROXIN⁵¹, a quien realiza el delito sirviéndose de otro como instrumento, siendo el instrumento también plenamente responsable (en este caso en virtud del art. 31).

Pero aunque quepan estas posibilidades de castigar a quienes no tienen la cualidad exigida por el tipo para ser considerados directamente sujetos activos del delito por esta vía y, en última instancia, a través de la teoría de la participación cuando el que tiene las cualidades exigida en el tipo es también responsable (sobre ello véase *infra* 2), no cabe duda de que previamente debe resolverse si, sin forzar los preceptos legales, cabe también atribuir directamente la cualidad de sujetos activos a quienes fácticamente dominan la sociedad, aunque jurídicamente no figuren en la misma. La doctrina que se ha ocupado de este problema en relación con el delito de administración desleal tiene muchas dificultades a la hora de delimitar las distintas situaciones que se pueden incluir en este concepto. Así, por ejemplo, de los distintos supuestos analizados por CASTRO MORENO⁵², algunos pueden encuadrarse en el concepto de administrador de hecho, pero otros son más discutibles. El que ejerce funciones administrativas sin previo nombramiento, parece que no debe en ningún caso considerarse tal, porque, según dicho autor, carece de capacidad legal para vincular a la sociedad frente a terceros. Sin embargo, según el mismo autor, sí puede considerarse administrador de hecho, el administrador inscrito

con designación inválida, el que sigue en ejercicio de funciones administrativas después de expirar el plazo de designación y transcurrido el plazo legal para convocar la próxima Junta general, siempre que no haya sido cancelado registralmente su nombramiento, los administradores que después de cesar en el cargo continúan inscritos en el Registro Mercantil, los representantes voluntarios, apoderados, mandatarios o factores, los representantes de la persona jurídica designada administradora, que no ostentan la condición de administradores de derecho de la misma, los promotores, los administradores en la crisis societarias: comisarios, síndicos e interventores judiciales, siempre que no respondan en base a un delito de malversación impropia de bienes, y los liquidadores. Pero, a pesar de esta exhaustiva relación, CASTRO MORENO reconoce que no hay "un único concepto de administrador de hecho, válido para todos los delitos societarios" y que lo que, en definitiva, interesa es la apariencia y la posibilidad de representar a la sociedad con eficacia frente a terceros⁵³.

GÓMEZ BENÍTEZ⁵⁴ llega más lejos y admite incluso "la calificación de quienes administran la sociedad dominante de un grupo de empresas como administradores de hecho de las sociedades dominadas". "No parece, en consecuencia –dice el citado autor–, nada forzado, sino, al contrario, concluir que los administradores de la sociedad dominante del grupo son administradores fácticos, es decir, de hecho de las sociedades participadas, aunque ciertamente no lo son de derecho y, por tanto, no pueden representarlas"⁵⁵. Sin embargo, acto seguido advierte GÓMEZ BENÍTEZ, que el administrador de hecho sólo puede realizar las conductas que "pertenecen al ámbito de actuación exclusiva de los administradores de derecho en el ejercicio de sus funciones... en consecuencia, más que hacer un catálogo de administradores de

to a Alemania, DIERLAMM, *Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht –ein Phantom?*, NSiZ, 1996; TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht* (par. 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften, 3ª ed., Colonia 1995; el mismo, *Insolvenz-Strafrecht* cit. En la doctrina española sobre delitos societarios, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Barcelona 1998, p.233 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia 1996; FERRÉ OLIVE, *Sujetos responsables en los delitos societarios*, Revista Penal 1998, nº 1; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid 1996; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Delitos societarios", en Vives Anton y Manzanares Samaniego (direc), *Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte especial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996; el mismo, *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia 1999; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996 (también, el mismo, *El delito de quiebra*, Valencia 2000, p.190 ss.); NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia, 1998; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. El Derecho penal en las Sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid 1987. Sobre la problemática general que plantea el administrador de hecho, véase GARCÍA CAVERO, ob. cit. en nota 43.

51. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, cit. nota 3, pp. 267 y ss.

52. Ob. cit., p. 240

54. Ob. cit. en nota 20, p.105.

55. Ob. cit. p. 104.

hecho, o buscar un concepto único, hay que deducir su contenido concreto de cada una de las conductas descritas en los delitos o tipos penales".

Efectivamente, no se puede sin más atribuir la cualidad de administrador de hecho a quien tiene el control fáctico de una empresa, pues determinadas decisiones con relevancia jurídica para terceros sólo pueden ser tomadas por personas con una cierta capacidad de disposición o de representación social en el concreto ámbito en el que actúa. Así, por ejemplo, una *posibilidad de representación* que puede ser suficiente para fundamentar un delito de estafa (contraer, por ejemplo, obligaciones en nombre de una sociedad en perjuicio de ésta), no es, sin embargo, suficiente para la realización de una insolvencia punible, porque en ellas el administrador de hecho debe tener una *posibilidad de disposición* de los bienes de la sociedad cuando los sustrae a la acción de los acreedores, y salvo que se trate de sustracciones materiales de esos bienes, la mayoría de las veces se tratará operaciones jurídicas de disposición de los bienes para las que hay que estar legalmente habilitado. Y a la inversa, el propietario de la sociedad que, según CASTRO MORENO⁵⁶, no puede cometer un delito de administración desleal, porque en ningún caso pueden ostentar la cualidad de administrador de hecho o de derecho, sí podría, en cambio, cometer una insolvencia punible, por ejemplo, un alzamiento de bienes, en base a la teoría del levantamiento del velo antes señalada, siempre que se demuestre que los bienes de los que disponen son efectivamente suyos y que con la disposición se frustra el derecho a la satisfacción de los acreedores.

Muchas veces se trata también de una cuestión de prueba, pues, dejando ahora formalidades jurídicas al margen, para castigar por ejemplo por un delito de alzamiento de bienes, hay que demostrar que el administrador de hecho o cualquier otra persona que de hecho controle la sociedad es el verdadero dueño de la misma y, por tanto, domina sus decisiones. Y lo mismo sucede con el administrador de hecho en el delito de administración desleal, pues, si no hay algún tipo de deber de lealtad respecto a la sociedad difícilmente puede cometer dicho delito. El problema que tiene una consideración puramente fáctica de la figura del administrador de hecho es que se transforma el delito especial en un delito común de dominio, en el que la necesidad de que se infrinja el deber específico que incumbe jurídicamente a una determinada persona se sustituye por el control o dominio efectivo que esa persona ejerce sobre otra, sea física o sea jurídica; pero, incluso admitiendo esta concepción del administrador de hecho, es evidente, como ya hemos dicho al inicio de este apartado b), que el mismo debe tener algún tipo de legitimación jurídica para poder llevar a cabo las acciones típicas⁵⁷.

No hay que olvidar, por tanto, que esta consideración fáctica que ahora permite el art. 31 debe tener algún tipo de similitud con la situación jurídica de deudor, que sigue exigiendo el delito de alzamiento de bienes, o con la de administrador de derecho a que se refieren los delitos societarios, y que en la medida en que esta similitud real no exista, habrá que buscar la solución a las lagunas de punibilidad que surjan por la vía de la participación (p. ej., por cooperación necesaria o com-

56. Ob cit., p. 266.

57. En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit. en nota 20, p. 107, criticando el carácter unitario que pretende darle el legislador tanto en el art. 31 como en los delitos societarios al administrador de hecho. De esta opinión expresamente, tanto en referencia al delito de alzamiento de bienes, como a la administración desleal, GARCÍA CAVERO, ob. cit. en nota 43, pp. 185 y ss., 242 y ss., quien, aunque considera que tanto el alzamiento de bienes, como la administración desleal son delitos de dominio, dice expresamente que el "dominio social debe entenderse aquí como la posibilidad de disponer del patrimonio de la empresa a través de ciertas competencias reales que no están sujetas al control directo de terceras personas" (p. 186). De la misma opinión, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza 1986, tomo I, p. 383: "Sólo quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tengan la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico -el derecho de crédito- el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos". Incluso en relación con el art. 15 bis del anterior Código penal se pronunció en contra de la inclusión en dicho precepto de los administradores de hecho, BACIGALUPO ZAPATER, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro), en Comentarios a la Legislación penal, Madrid 1985, t. V, vol. I, pp. 328 y ss.: "En consecuencia, tanto para los órganos como para los representantes resultará insuficiente el mero ejercicio de hecho de las funciones o de la representación"; lo que obviamente ya no se puede mantener a la vista de lo que dispone el art. 31, pero qué explica con cuánta reserva debe admitirse una consideración puramente fáctica de la figura del administrador de hecho. En todo caso, lo que parece obvio es que la cualidad de administrador de hecho o de derecho no fundamenta sin más una responsabilidad objetiva sin una prueba de su intervención, no necesariamente ejecución, de las acciones constitutivas del delito y de la culpabilidad por los mismos (en este sentido STC 20 julio 1993; cfr. también STS 3 julio 1992, ponente Bacigalupo Zapater, y el comentario a la misma de GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit. en nota 20, pp. 114 y ss.). Cfr. también, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, citado en 50, pp. 193: "Lógicamente, esta condición provoca que el concepto de administrador de hecho sea distinto en cada figura delictiva".

plicidad en el hecho del verdadero autor) o castigando al sujeto por la vía de otros delitos que no exigen ninguna cualificación especial en el círculo de sus posibles sujetos activos, como por ejemplo, falsedades documentales, estafas, simulación de contrato en perjuicio de terceros, etc.⁵⁸.

Lo que no puede admitirse es que, en aras de una justicia material, a veces discutible, se extienda desmesuradamente la punibilidad a conductas o personas que ni siquiera con la interpretación más extensiva posible entran dentro del círculo de la autoría o de las distintas formas de participación recogidas en los arts. 28 y ss. del Código penal.

La ampliación del círculo de "*obligados*" que, a veces en otros ámbitos extrapenales, como el mercantil, civil o fiscal, viene determinada por preceptos que específicamente permiten esa ampliación, es muy peligrosa para la seguridad jurídica sin una referencia legal que la permita. En la medida en que las distintas formas de interpretación admisibles en Derecho penal (por tanto, sin incurrir en *analogía in malam partem*) de la expresión "administrador de hecho" usada en el art. 31 permita su aplicación a supuestos fácticos de control o dominio de una persona jurídica (y hasta cierto punto de una persona física también) podrá aplicarse la figura del delito en cuestión, por ejemplo, un alzamiento de bienes o cualquier otra de insolvencia punible a quienes sin ostentar la cualidad de deudor lo sean de hecho o actúen en nombre o representación del verdadero deudor; y/o, en su caso, la de administración desleal, cuando el administrador de hecho tenga la apariencia y la posibilidad de representar a la sociedad frente a terceros. Ello, obviamente, es más fácil en el delito fiscal, porque el círculo de "obligados fiscales", con figuras como la del "sustituto del impuesto" y otras similares, es más amplio o abarca a más personas que el círculo de "obligados civiles", lo que no obstante en algunos casos puede llegar demasiado lejos con teorías como la del "levantamiento del velo" o el "fraude de ley"⁵⁹. Pero, en ningún caso, se puede admitir una total y absoluta desconexión entre las normas del Derecho civil, mercantil o fiscal y las del Derecho penal, pues ello podría

llevar a una total inseguridad jurídica e incluso a soluciones contradictorias entre las distintas ramas del Derecho, y a que se atribuya la cualidad de sujeto activo de un delito a quien conforme a los preceptos extrapenales que sirven de presupuesto al tipo delictivo no tienen ni directa, ni indirectamente, ninguna obligación jurídica. Las exigencias preventivas del "moderno" Derecho penal para sancionar estas conductas no deben hacernos renunciar a criterios de formalización de la respuesta jurídica que son propios del Derecho penal, del Estado de Derecho, y que en esta materia pasa por una determinación previa de las facultades de representación, administración o disposición que tiene el sujeto en el caso concreto. Cosa distinta es, naturalmente, que por la vía que permite hacer extensiva la punibilidad a los "*extranei*" que participan en los delitos especiales, se puedan también resolver muchos problemas de participación de personas ajenas al círculo de los sujetos que pueden ser autores en sentido estricto de los delitos económicos especiales cometidos en el ámbito empresarial y de decisión de los órganos colegiados. De este problema nos ocupamos seguidamente.

2. Distintas formas de autoría y participación en los delitos económicos especiales

Seguidamente paso a ocuparme de algunos problemas concretos de autoría y participación que son de importancia práctica en los delitos económicos especiales realizados en el ámbito empresarial.

a) La distinción entre cooperación necesaria y la complicidad

Cuando junto con el deudor (o deudores), o administrador (o administradores), de hecho o de derecho, intervienen, por ejemplo, en la realización de una insolvencia punible o una administración desleal, otras personas que no tienen esa cualidad y, por tanto, no pueden ser calificados directamente como autores en sentido estricto, el

58. Por esta solución me pronuncié ya en mi artículo citado en nota 44, pp. 168 y ss.; tesis que también mantengo en *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999, pp. 105, 185 y ss. Sobre los problemas de autoría y participación véase infra 2.

59. Una interpretación favorable a una consideración fáctica del concepto de deudor en este ámbito, que incluso puede ir más allá que la teoría del levantamiento del velo, mantiene SILVA SÁNCHEZ, comentando algunas sentencias del TS, como la STS 20 mayo 1996 ("caso Bertrand de Caralt"). En este ámbito la cualidad de "deudor tributario" viene muchas veces fundamentada por el propio Derecho tributario, que tiene particularidades que lo distinguen del derecho privado de obligaciones (véase SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, citado en nota 24, pp. 47 y ss., y p. 56; el mismo, "Ingeniería financiera y Derecho penal", en Cuadernos de Derecho judicial, IX-1999, número sobre "Fenómenos delictivos complejos", p. 165 y ss. También GARCÍA CAVERO, ob. cit. nota 43, pp. 193 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, Levantamiento del velo y delito fiscal, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 264, 1996).

primer problema que debe tratarse es el de la distinción entre la complicidad del artículo 29 y la cooperación necesaria del art. 28, b). Éste es normalmente el problema con el que se ha enfrentado tradicionalmente la jurisprudencia sobre todo en relación con el delito de alzamiento de bienes, hasta el punto de que las otras cuestiones de las que nos vamos a ocupar más adelante (B y C) apenas han sido objeto de tratamiento jurisprudencial. Ello es lógico, ya que en la práctica este extremo preocupa mucho más que las cuestiones teóricas sobre cómo conceptualizar dogmáticamente las distintas contribuciones a la realización del delito, pues una vez probada la contribución a esa realización, lo que realmente interesa desde el punto de vista práctico es si la misma puede ser incluida en la cooperación necesaria calificada como autoría en el art. 28 b), o en la complicidad prevista en el art. 29. La inclusión en uno u otro supuesto determina una distinta gravedad de la pena: Al cooperador necesario, aun siendo considerado un partícipe, se le aplica la pena del autor, mientras que la pena del cómplice es la inferior en grado a la prevista para los que el art. 28 denomina "autores" entre otros el cooperador necesario (cfr. art. 63).

Una vez acogida por el legislador esta distinción, que también se acogía en los Códigos penales anteriores, el problema que se plantea en la práctica es, pues, el de delimitar cómo se puede distinguir entre uno y otro supuesto. Si en el apartado b) del artículo 28 se comprenden todos los que "cooperan a su ejecución (del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado", y en el artículo 29 todos los que "sin estar comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos", tendremos que la diferencia entre uno y otro caso radica en que se considere o no *necesario* el acto de cooperación en el hecho.

La primera cuestión será, por tanto, determinar hasta qué punto puede considerarse un acto de tal modo necesario que tenga que ser subsumido en el art. 28, y, en consecuencia, ser castigado con la pena del autor. El problema sólo puede dilucidarse con respecto a cada delito y en cada caso concreto, y aún así muchas veces se dudará en encuadrar el supuesto, observándose en la práctica vacilaciones y oscilaciones que perjudican grave-

mente la seguridad jurídica hasta el punto de que prácticamente pocos son los que, siguiendo únicamente los criterios jurisprudenciales, pueden establecer con claridad y certeza unas líneas de demarcación entre una y otra forma de participación delictiva⁶⁰.

El problema se ha planteado muchas veces en relación con el delito de alzamiento de bienes, pues en la mayoría de los supuestos el deudor sustrae sus bienes a la acción de los acreedores poniéndose de acuerdo con otra persona, generalmente un amigo de confianza o un pariente, para simular enajenaciones, fingir obligaciones, etc. En estos casos, el TS ha considerado tradicionalmente al no deudor como cooperador necesario. Así, por ejemplo, la STS de 4 de junio de 1957 dice que "cuando la ocultación de los bienes se verifica mediante el desplazamiento del patrimonio del deudor al de otra persona, resulta precisa la concurrencia de este segundo sujeto hasta el punto que sin su cooperación el delito no podría realizarse, por lo que este auxilio o cooperación no puede enmarcarse en el ámbito de la complicidad, sino en el de la autoría del número 3 del artículo 14"; la STS de 17 de noviembre de 1960 habla de "actos indispensables para realizar la insolvencia y consumar el delito, que le coloca en la situación de coautor del número 3 del artículo 14"; en el mismo sentido también la SSTS de 5 de noviembre de 1963. En otras sentencias sin decirse tan expresamente se aplica a este tipo de intervención necesaria el número 3º del artículo 14 del anterior Código penal, así, por ejemplo, STS de 2 de octubre de 1929, 10 de abril de 1935 y 24 de mayo de 1967. Sólo cuando la intervención del tercero o deudor se trata de conductas de tipo más bien pasivo, como el prestarse a que se le pongan a su nombre determinados bienes, sin tener una intervención directa en las maniobras fraudulentas, han sido calificadas en algunos casos de complicidad. Así, por ejemplo, en STS de 4 de abril de 1963, aunque en esta sentencia se aplica a estos cómplices las normas previstas en el artículo 522 del anterior Código penal para la quiebra fraudulenta.

En todas estas sentencias de los años sesenta y setenta se les llama a los auxiliares o cooperadores necesarios autores o coautores, olvidando que, en los delitos especiales, como es el alza-

60. Sobre este problema véase, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito* cit. en nota 17, pp. 407 y ss., quien propone un interesante criterio de demarcación según que la intervención tenga lugar antes de la fase ejecutiva (complicidad) o en la fase ejecutiva misma (cooperación necesaria). También PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)* en *Derecho penal* cit. nota 17, p. 87 y ss., 327 y ss., propone un criterio similar. Para una exposición resumida de las tesis jurisprudenciales, véase QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Código penal*, Pamplona 1996, pp. 307 y ss. (críticamente, MUÑOZ CONDE, "Una nueva imagen del Derecho penal español", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1998, pp. 368 y ss.).

miento de bienes, autor en estricto sentido sólo puede ser el cualificado, en este caso el deudor, y que los demás, es decir, los que intervienen en la realización del delito sin tener esta cualidad, todo lo más, pueden ser considerados sólo como partícipes. Pero incluso tanto en la redacción del anterior Código penal, como en la del actual de 1995, un sector de la doctrina española considera que la cooperación necesaria es en todos los delitos de un modo general, tanto en los especiales, como en los comunes, un supuesto de participación (de complicidad necesaria hablan algunos), y no de autoría⁶¹. No obstante, el TS emplea el término de coautoría para calificar supuestos de cooperación necesaria del no deudor en la realización de un alzamiento de bienes. Así, por ejemplo, se dice en STS de 22 de noviembre de 1963 que "el previo concierto entre los procesados, uno de ellos sin ser deudor, para defraudar al perjudicado, constituye a todos los encausados en *autores* del delito de alzamiento de bienes, cualquiera que fuera la participación material que cada uno tuviere para la consecución del fin", y en el mismo sentido la STS de 24 de mayo de 1967. Más recientemente, el TS ha acogido una terminología más actualizada y califica al cooperador necesario como partícipe (cfr. SSTs 16 octubre, 11 noviembre 1991, 15 julio 1992).

La mayoría de los supuestos que la jurisprudencia ha calificado como cooperación necesaria son casos en los que la esposa ha otorgado capitulaciones matrimoniales, o se ha prestado a algún tipo de negocio fraudulento para facilitar la insolvencia del marido⁶², o bien se trata de amigos y familiares que aceptan que se ponga a su nombre bienes propiedad del deudor a través de compraventas simuladas (STS 13 febrero 1992). Lo importante en estos casos es, aparte de probar que el negocio jurídico es simulado, demostrar que el cooperador actuaba dolosamente y sobre todo con conocimiento de que participaba en una maniobra del deudor en perjuicio de sus acreedores, aunque lo haga por razones de amistad, sin que sea necesario que tenga un especial interés en ello o que se lucre con la operación. Ello, como es obvio, tiene también repercusión en el ámbito de la responsabilidad civil, pues al cooperador necesario (o en su caso cómplice), nunca se le puede considerar como "tercero de buena fe". También pue-

de calificarse de cooperador necesario el que adquiera los bienes (por ejemplo, un inmueble) en una segunda enajenación, después de haberse realizado la primera enajenación constitutiva ya de por sí de un delito consumado de alzamiento de bienes, en la medida en que este segundo o tercer adquirente esté de acuerdo desde el primer momento en colaborar y prestarse a esta segunda (o tercera) enajenación, como forma de perfeccionar o disimular aún mejor el fraude. En estos casos también cabe una determinación alternativa con la receptación, si, aún no pudiéndose demostrar el acuerdo con el deudor desde el primer momento, sí se demuestra que conocía la procedencia ilícita del bien que adquirió.

b) La pena del cooperador necesario

Una segunda cuestión que justamente por esa equiparación penal entre cooperador necesario y autor en sentido estricto surge con especial relevancia en los delitos especiales y sobre todo en los delitos económicos especiales, es si, a pesar de esta equiparación, a efectos de pena, entre autor en sentido estricto y cooperador necesario, cabe hacer todavía alguna distinción entre la pena que merece el verdadero autor (el sujeto que tiene las cualidades exigidas en el correspondiente tipo delictivo) y el que no lo es, por más que con su conducta haya contribuido de forma importante a la realización del delito.

Así, por ejemplo, autor de una insolvencia punible sólo puede serlo el deudor, o persona que actúe en su nombre o representación, por lo que estos delitos pertenecen al grupo de los delitos especiales en sentido estricto, ya que además no tiene correspondencia con un delito común. En consecuencia, el que no tenga la cualidad de deudor sólo podrá ser castigado como partícipe, pero en la medida en que esa participación (inducción o cooperación necesaria) lo sea por una de las formas de participación equiparadas penalmente a la verdadera autoría, la pena que se aplique al partícipe debe ser la misma que la del autor en sentido estricto. Constituye una tradición de la Codificación penal española, por lo demás bastante extendida en el Derecho comparado, que el supuesto de participación llamado de cooperación necesaria

61. Véase bibliografía citada en nota anterior, y, por todos, PÉREZ ALONSO, ob. cit, pp.15 y ss., respecto a la situación en el Código penal de 1995, p. 409, quien en las páginas 426 y ss., se inclina por afirmar su conceptualización como un supuesto de participación. A favor de su consideración como coautoría, por lo menos en los casos de dominio funcional del hecho, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, 4ª ed., citada en nota 1, p. 512 y ss.

62. Cfr. SSTs 6 noviembre 1987, 17 mayo 1989, 12 febrero 1990, 16 marzo 1990, 23 diciembre 1992, 25 febrero 1993, 26 marzo 1993; sobre este problema y otros relacionados con la transferencias de bienes entre cónyuges, véase OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes*, Madrid 1997, pp.105 y ss.

(en la medida en que sea una forma de participación, y la inducción que claramente lo es) sea castigado con la misma pena que la prevista para el autor. Esto no quiere decir que el Código penal admita un "concepto unitario de autor" y que mida por el mismo rasero todas las contribuciones al delito, independientemente de su importancia o caracterización dogmática. No sólo la menor pena con que se castiga la complicidad, sino también la presencia de los delitos especiales demuestran que, aunque puedan castigarse con la misma pena, autor en sentido estricto en estos delitos no puede ser más que el que tiene las cualidades exigidas en el tipo y sólo en base a él pueden atribuirse otras cuotas de responsabilidad individual. Pero parece en cierto modo injusto o por lo menos no del todo coherente con las razones que motiva a configurar un delito como delito especial que quien sin tener la cualificación requerida participa en la realización de un delito de esta clase tenga la misma pena que el autor en sentido estricto, que está especialmente obligado a observar una conducta correcta. Esta equiparación punitiva ha motivado que en el ámbito doctrinal y a veces expresamente en algún Código penal⁶³, se haya planteado la conveniencia de que en los delitos especiales el que no tiene las cualidades exigidas en el tipo y no puede ser, por tanto, considerado como autor en sentido estricto sea castigado con una pena inferior a éste. Las razones de Justicia material parecen evidentes, pues el no cualificado no tiene las obligaciones específicas que incumben al que tiene una posición jurídica especial que le lleva precisamente a ser él y sólo él el único que puede cometer el delito en concepto de verdadero autor.

Ésta es la solución que finalmente acogió el parágrafo 28.1 StGB, que obliga a atenuar la pena del partícipe que no tiene las cualidades personales específicas que fundamentan la responsabilidad penal del autor⁶⁴.

En España, la laguna que a este respecto existía en el Código penal anterior no ha sido colmada tampoco por el Código penal de 1995. Su solución por vía interpretativa es, por tanto, especialmente

difícil, si es que se quiere respetar el tratamiento penal unitario que le da el artículo 28 a todas las formas de intervención en el delito que califica de autoría, propia o impropia. Los artículos 522 y 525 del anterior Código penal castigaban, como supuestos de complicidad en la quiebra o el concurso fraudulento, conductas que podían ser consideradas sin duda con más propiedad como cooperación necesaria, lo que de algún modo venía a ser una solución satisfactoria y una excepción especialmente prevista por el legislador, para castigar a los que no siendo deudores habían intervenido, incluso con actos necesarios, a provocar la insolvencia fraudulenta del deudor. De este modo, la participación de los no cualificados, por lo menos en los casos mencionados expresamente en dichos preceptos, se castigaba siempre con menor pena que la que se preveía para el autor de estos delitos. No ocurría esto, sin embargo, en el alzamiento de bienes, y si ya entonces era difícil sostener una aplicación analógica de los artículos 522 o del 525 del anterior Código penal al alzamiento de bienes, mucho más lo es ahora que ni siquiera se prevé tampoco esta posibilidad para las otras formas de insolvencia punibles. La situación paradójica, de la que hablaba QUINTANO RIPOLLÉS, "de un mayor rigor para el copartícipe en el alzamiento", ha sido eliminada y definitivamente ha desaparecido cualquier posibilidad de castigar al partícipe no deudor con una pena inferior a la del autor propiamente dicho (es decir, el deudor), cuando la participación sea encuadrable en una de las formas previstas en el art. 28 a) y b) (inducción, cooperación necesaria). La tesis de la impunidad que, según algunos, habría que aplicar cuando el partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice) no ostenta los "especiales elementos personales" requeridos por el tipo de delito en el que participa, desconoce el carácter accesorio de la participación y la necesidad, no sólo dogmática, sino también política criminal, de que el título de imputación por el que responden los diversos intervinientes en la comisión de un delito sea el mismo para todos, sobre todo en los delitos es-

63. Como, por ejemplo el art. 65 del Código penal japonés de 1905, contiene una disposición para la pena del delito básico a los no cualificados que participan en delitos especiales: "Los partícipes en un delito, cuya penalidad dependa de la posición personal del autor, serán igualmente castigados aunque no concurren en ellos la posición personal exigida en el respectivo tipo de delito. 2. Cuando la gravedad de la pena dependa especialmente de relaciones personales, se aplicará a los partícipes en quienes no concurren esas relaciones personales la pena del delito básico". Pero esta disposición, por su propio sentido literal sólo es aplicable en los delitos especiales impropios, es decir, en los que tienen correspondencia con uno común (Traducción e introducción a la Parte General de MUÑOZ CONDE, en Revista Penal 1999).

64. "Cuando no concurren en el partícipe (inductor o cómplice) los elementos personales especiales (parágrafo 14, 1) que fundamentan la penalidad del autor, se atenuará la pena del partícipe conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, 1". Para una exposición sobre la problemática que plantea la interpretación de este precepto en la dogmática alemana, véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, citado en nota 15, pp.134 y ss.

peciales propios que no tienen correspondencia con uno común⁶⁵. La única solución de cara a la praxis es considerar que, a pesar de la importancia de la contribución del no deudor, su conducta sólo merece la pena del cómplice y estimar, en consecuencia, que no es una contribución *necesaria*; lo que, de algún modo, confirmaría que las diferencias entre cooperación necesaria y complicidad reflejan más criterios de merecimiento de pena, que estrictas consideraciones dogmáticas⁶⁶. De este modo el que coopera con un acto necesario al alzamiento de bienes de un deudor (prestándose, por ejemplo, a que figuren a su nombre bienes del deudor, o a realizar con éste un contrato simulado en perjuicio de los acreedores de éste), podría ser castigado con la pena del cómplice, inferior en un grado a la del verdadero autor. Esto es lo único que puede explicar esas oscilaciones que a veces se observan en la jurisprudencia a la hora de calificar las cooperaciones de los no deudores en un alzamiento de bienes, aunque la satisfacción del sentimiento de Justicia material se haga a costa de una enorme inseguridad jurídica, que deja malparados los esfuerzos doctrinales que pretenden diferenciar las dos formas de cooperación (necesaria y complicidad) en base a criterios más o menos ingeniosos como la escasez de la contribución, la sustituibilidad de la misma, que tenga lugar en fase ejecutiva o preparatoria, que poco tienen que ver con las peculiaridades de la realización de un alzamiento de bienes⁶⁷.

Lo dicho respecto al alzamiento de bienes y otras insolvencias punibles vale también para otros delitos económicos especiales, en los que a pesar de que los posibles sujetos activos pueden

ser también, además de los administradores de hecho o derecho, los socios, lo normal es que tantos con unos, como con otros cooperen técnicos, contables, etc., que pueden responder por la vía de la cooperación necesaria o complicidad, según la importancia de su contribución, pero que de hecho ni siquiera son acusados penalmente, estimándose meros ejecutores ciegos de las órdenes que les imparten los sujetos cualificados⁶⁸.

Recientemente, la jurisprudencia viene apreciando en estos casos una especie de atenuante por analogía para el no cualificado, basándose para ello en consideraciones de Justicia material (cfr. por ejemplo SSTs 12 febrero 1992, y 18 enero y 24 junio 1994)⁶⁹.

c) La coautoría

Ningún problema hay, en cambio, para admitir una coautoría, cuando los sujetos que intervienen en la realización de una insolvencia punible o de una administración desleal, tienen, directa o indirectamente (vía art. 31), la cualidad de deudores o, en su caso, la de administradores o socios, y pueden ser, por tanto, cada uno de ellos autores perfectamente idóneos de estos delitos. A este respecto cabe distinguir diversos supuestos:

1º) Una coautoría entre varios deudores, o administradores o socios.

2º) Una coautoría entre el deudor y su administrador, de hecho o de derecho.

3º) Una coautoría entre los diversos administradores del deudor o de la sociedad.

Por lo que respecta a los administradores, una vez afirmada la posibilidad de que el administra-

65. Claramente advierte GÓMEZ RIVERO, ob. cit., p. 163 y ss., que el carácter accesorio de la participación obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en la comisión de un delito que sean partícipes en el mismo.

66. En este sentido MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed., citado en nota 1, p. 513; también MUÑOZ CONDE, Prólogo a la obra de LÓPEZ PEREGRÍN, ant. cit., y esta misma autora, *La complicidad* cit., p. 435 ss.

67. El problema se planteó muchas veces en la jurisprudencia en relación con la agravación que en el anterior Código penal se preveía para el caso de que el autor del alzamiento de bienes fuera un comerciante. Como señala OCAÑA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 116, "la doctrina del TS no era muy uniforme y clara en este apartado, aunque se debe tener en cuenta que muchas veces ha estado condicionada por la previa calificación de las partes, por lo limitado del recurso de casación y por la prohibición de la *reformatio in peius*. La STS de 19-3-90 no aplicó la cualificación de "comerciante" a la esposa cooperadora del alzamiento por ser dudosa la condición de comerciante del marido y porque no constaba se hubiera representado tal carácter". También cita otras, como la de 30 abril 1990, en la que se aplicó por analogía favorable al reo el art. 60 del anterior Código penal (actual art. 65.1). A mi juicio, no era preciso utilizar la analogía favorable, sino simplemente aplicar directamente el art. 60.1, ya que, al tratarse la cualidad de "comerciante" de una causa personal de agravación de la pena no puede computarse más que en quien concurra (dudoso OCAÑA RODRÍGUEZ, lug. cit., para quien con ello "se rompe el título de imputación y el principio de accesoriedad"). Para más detalles sobre la comunicación de estas "cualidades personales" que no fundamentan la responsabilidad ni van referidas al hecho, sino al autor, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, 4ª ed. cit. nota 1, p. 531.

68. Recuérdese lo dicho supra en nota 33 sobre la posibilidad de que estos sujetos sean incluso utilizados procesalmente a cambio de la promesa, tácita o expresa, de impunidad como testigos de cargo contra los principales responsables.

69. Véase CHOCLÁN MONTALVO, "La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio", en *Actualidad Penal*, 1995; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales*, en *Actualidad Penal*, 1996.

dor, de hecho o de derecho, pueda ser considerado autor en sentido estricto de una insolvencia punible en base al art. 31, o directamente de una administración desleal en base al art. 295, no hay ningún problema en admitir también la coautoría cuando se trate, por ejemplo, de diversos administradores o socios en un delito de administración desleal, o de la intervención de éstos junto con el deudor propiamente dicho en la comisión de una insolvencia punible. Es más se puede decir que este caso se dará la mayoría de las veces, cuando, como sucede en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas, la decisión de llevar a cabo acciones constitutivas de una administración desleal o de una insolvencia punible, se adopta por los miembros de un Consejo de Administración, que actúan en nombre o representación de la sociedad.

Imaginemos que los miembros de un Consejo de Administración deciden, por unanimidad, o por mayoría (y en este caso, habrá que dejar a salvo la responsabilidad de los que voten en contra de la decisión, salvo que se trate de una maniobra para ocultar la responsabilidad después de haberse asegurado la mayoría) la ocultación fraudulenta de activos de la sociedad o el aumento ficticio del pasivo de la misma, a través de diversas operaciones jurídicas como falsificaciones contables, creación de sociedades de fachada a las que se transmiten activos, etc. No cabe duda que con esta decisión se cumple el primer y principal requisito de la coautoría: el acuerdo común en la realización del delito (parto, naturalmente, de que todos los que toman parte en el acuerdo actúan con conocimiento y voluntad de realización del tipo de delito que luego se ejecuta, es decir, dolosamente).

Sin embargo, se plantea aquí un problema dogmático adicional, que no debe ser menospreciado, si no se quiere desvirtuar el concepto tradicional de coautoría o romper una concepción unitaria de la misma válida para todos los delitos.

Efectivamente, el segundo requisito que, como ya hemos visto anteriormente, tradicionalmente se exige para la coautoría, la presencia de los coautores en la fase ejecutiva del delito⁷⁰, se compadece mal con las peculiaridades de la forma de realización de los delitos económicos en el ámbito empresarial. Si imaginamos, por ejemplo, una administración desleal o una insolvencia punible en el ámbito de grandes empresas con forma de sociedades mercantiles, de responsabilidad limitada o anónimas, principalmente, es imposible que la realización de las acciones constitutivas de

los respectivos delitos no vaya precedida de decisiones adoptadas por el Consejo de Administración, pero luego son otras personas (gerentes, apoderados, contables) que generalmente no tienen, ni directa ni indirectamente, las cualidades jurídicas exigidas por estos delitos, las que ejecutan las correspondientes acciones. Independientemente de la calificación que merezca la intervención de estos ejecutores, en todo caso parece que el verdadero centro de estos hechos y, por tanto, la principal responsabilidad debe recaer en las personas que integran los órganos de decisión y que dolosamente decidieron la realización de los delitos, aunque posteriormente no intervengan en su ejecución. Pero, salvo que se trate de una autoría mediata (sobre ello *infra*), no hay otra forma de fundamentar esta responsabilidad que acudir, si se quiere mantener la concepción de la coautoría como coejecución, a formas indirectas de participación que no se ajustan a la importancia de la conducta de los dirigentes que realmente son los que dominan y deciden la realización del hecho. Por otra parte, por las razones ya dichas anteriormente, cuando los meros ejecutores son irresponsables penalmente, no siempre es posible aplicar en estos casos la figura de la autoría mediata y mucho menos las formas de participación, que conforme a la regla de la accesoriedad de la misma exige que el hecho del ejecutor sea por lo menos típico y antijurídico.

Para resolver este problema tenemos que recordar lo dicho anteriormente respecto a que la coautoría no requiere necesariamente la coejecución. A favor, de esta postura habla, en primer lugar, una consideración amplia del concepto de fase ejecutiva del delito (téngase en cuenta que el tenor literal del art. 28 habla sólo de "realización del hecho"), lo que permite incluir en la misma también la decisión de llevar a cabo un hecho constitutivo de un delito económico adoptada en el seno de un Consejo de Administración, aunque aún no se hayan puesto todavía en marcha las acciones fraudulentas mismas. Como ya se ha dicho repetidas veces a lo largo de este trabajo, la fijación del concepto de coautoría a la intervención de los coautores en la ejecución material del delito está pensada para los delitos clásicos contra la vida o contra la propiedad, en los que la fase de ejecución material de los mismos puede ser claramente diferenciada de la fase decisoria o de planificación de esa ejecución, y aún en ellos, también es discutible como ya hemos visto en el epígrafe B) hasta qué punto la coautoría requiere una in-

70. Véase *supra* notas 9 y 39, y bibliografía en ellas citadas.

intervención de los coautores en la ejecución misma. Pero, desde luego, en todo caso, carece de sentido mantener a rajatabla la misma estructura y conceptualización de la coautoría en los delitos que se cometen en el ámbito de una empresa o en el seno del Consejo de Administración de una sociedad mercantil. Normalmente, en este ámbito, el reparto de papeles, el carácter jerárquico y las distintas funciones y competencias que hay dentro del organigrama empresarial, condicionan que sean unos los que toman las decisiones y otros los que las ejecuten⁷¹. Sería absurdo decir que los primeros, que, probablemente, en el ámbito empresarial son los más importantes, todo lo más son inductores o cooperadores necesarios de los actos que otros subordinados llevan a cabo, cuando precisamente éstos actúan siguiendo las instrucciones y el plan diseñado por aquéllos. Esto es mucho más absurdo, e incluso podría abrir peligrosas lagunas de punibilidad, en los delitos especiales, cuando, como sucede en el alzamiento de bienes, el que realiza la acción típica no tiene la cualidad exigida por el tipo y, por tanto, todo lo más puede ser considerado a su vez como cooperador necesario. Curiosa forma de comisión sería ésta de un delito en el que todos sus intervinientes pueden ser considerados cooperadores necesarios, pero ninguno autor en sentido estricto.

Para evitar esta situación paradójica no hay más remedio que renunciar, una vez más pero con especial importancia en este ámbito, al concepto estricto de coejecución como requisito fundamental de la coautoría y sustituirlo por el de "realización conjunta" basado en un "dominio funcional del hecho", en el que lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o el dominio que uno o varios sujetos tengan sobre la ejecución del delito; de acuerdo con ello, no es necesaria ni la presencia física (la presencia en la Notaría donde se documenta la transmisión fraudulenta), ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica (la falsifica-

ción contable). El mismo concepto de "realización del hecho" al que se refiere el art. 28 para caracterizar las distintas formas de autoría (y, por tanto, también la coautoría), excede de la simple ejecución de la acción típica. Y ello vale para todos los delitos, pero especialmente para los delitos que aquí nos ocupan cuando se cometen en el seno de una persona jurídica, cuyo Consejo de Administración haya decidido llevar la acción delictiva, que otros ejecutan siguiendo sus directrices. En el ámbito empresarial la relación entre sí de los que planifican y deciden la realización de un delito puede clasificarse, por tanto, de acuerdo con este esquema, de coautoría, aunque no intervengan luego en la ejecución del delito.

Otra cosa sucede con la responsabilidad de los meros ejecutores que actúan con conciencia y voluntad, es decir, dolosamente en la realización de algún delito económico especial. Éstos, si no tienen la cualidad de deudor o administrador de hecho o de derecho o socio exigida para ser autor en sentido estricto del respectivo delito, no pueden ser ni autores, ni coautores. Para exigirles responsabilidad por el delito que ejecutan directamente habrá que recurrir a la figura del cooperador necesario (es difícil imaginar que se trate de conductas de mera complicidad, salvo que sean meros agentes subalternos sin ningún tipo de conocimiento o atribuciones, aunque, por las razones ya dichas de Justicia material, también algunos actos ejecutivos no especialmente importantes pueden ser catalogados dentro de la complicidad). Ello por lo demás sólo será posible si se parte de la accesoriedad de estas formas de participación (cooperación necesaria o complicidad), que, precisamente por serlo, requiere de un hecho principal realizado por un autor o varios coautores con las cualidades jurídicas especiales (deudor, administrador) requeridas en el tipo. Un argumento más a favor de considerar que los verdaderos autores son los que, ostentando las cualidades exigidas en el tipo delictivo, deciden su realización.

71. Véase, por ejemplo, el interesante supuesto de la STS 10 abril 1992 ("caso SAVE"), comentado por SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, citado en nota 24, quien a este respecto dice, p. 32: "A diferencia de lo que es usual que suceda en las modalidades más clásicas (delitos contra la vida, la libertad, etc.) en los delitos patrimoniales o socio-económicos que tienen lugar en estructuras jerárquicamente organizadas lo más frecuente es que el ejecutor inmediato no se revele como el principal protagonista del hecho" (en este caso se trataba de una sociedad concesionaria de los servicios de aparcamiento de los aeropuertos, cuyos directivos y propietarios habían organizado una trama en la que colaboraban contables y empleados de la empresa para simular, a través de diversas falsificaciones llevadas a cabo en las cintas registradoras, un menor número de aparcamientos y, por tanto, una menor cantidad de ingresos de los verdaderamente habidos). También PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de sociedades, citado nota 24, pp. 421 y ss., quien, no obstante, destacar las peculiaridades que presenta la coautoría en el ámbito de la administración de empresas, sigue manteniendo la exigencia de la intervención de los que toman el acuerdo en la fase ejecutiva, si bien entiende ésta de forma más amplia como "realización del hecho típico", distinguiendo según que la ejecución del acuerdo la lleve a cabo uno de los que intervinieron en su adopción (entonces coautoría), o un tercero (entonces coparticipación inductiva). Este planteamiento no puede admitirse, sin embargo, en lo que respecta al caso de que sea el tercero ejecuta el hecho, en los delitos especiales, como el alzamiento de bienes.

d) *Autoría mediata*

Otro problema hace referencia a la posibilidad de autoría mediata. Por autoría mediata debe entenderse, conforme dispone el art. 28 del Código penal, la realización de un hecho punible, sirviéndose de otro como instrumento.

El carácter especial de algunos delitos económicos como las insolvencias punibles, la administración desleal o el delito fiscal, no plantea ninguna dificultad para admitir la autoría mediata, ya que los "delitos especiales" al contrario de los llamados "delitos de propia mano" no necesitan ser realizados directa-corporalmente por su autor, sino que éste puede servirse como mediador de otra persona⁷². Así, por ejemplo, cabe insolvencia punible en autoría mediata: El deudor para frustrar la reclamación de sus acreedores ordena a su apoderado o administrador, que nada sabe, que enajene todos sus bienes. Igualmente cabe la autoría mediata en la administración desleal: El administrador de la sociedad ordena al cajero de la misma que realice unos pagos a una determinada persona.

En general, en los delitos económicos que se cometen en el ámbito empresarial los ejecutores de las acciones constitutivas de delitos son meros instrumentos irresponsables. En este sentido, cabe considerar como tales los que ejercen funciones puramente burocráticas, o técnicas que requieren alguna cualificación (como la de contable, informático, etc.) que sólo tienen relevancia penal en la medida en que son utilizadas como integrantes de un plan decidido por otros.

Estos casos no plantean ningún problema respecto a la ejecución misma, porque en la autoría mediata lo característico es precisamente que el instrumento es el que ejecuta la acción típica y que éste no es responsable del delito que realiza.

Por supuesto, que si son varios los deudores o los administradores que dan las instrucciones a las personas meramente ejecutoras que actúan sin saber que cooperan en la realización de una insolvencia fraudulenta, un fraude a Hacienda o una administración desleal, podrá hablarse de una "coautoría mediata", en la medida en que, como sucede en el ámbito de los órganos colegiados de las personas jurídicas, sean varios los que, teniendo las cualidades exigidas para ser autor del tipo delictivo, decidan la realización del hecho.

Cabe también que el ejecutor de la acción típica actúe conociendo el carácter delictivo de la acción que realiza, pero siguiendo las instrucciones y los planes aprobados por los miembros del Consejo de Administración, administradores, directivos, etc., de la empresa. Así, por ejemplo, puede suceder que el que, sin ser deudor ni administrador de hecho o de derecho, ejecuta la acción típica, sea consciente de que coopera en la realización de una insolvencia fraudulenta de la empresa para la que trabaja o de un delito fiscal o de cualquier otro delito especial, y que su actuación, por sus especiales conocimientos en materia fiscal o de contabilidad, etc., sea especialmente relevante para la comisión del delito que sea, por lo que además cobra una importante suma. En este caso su responsabilidad deberá determinarse en base a la figura de la cooperación necesaria; mientras que la responsabilidad de los que, teniendo las cualidades de deudor o de administrador de hecho o de derecho, deciden, planifican y organizan la creación de un estado de insolvencia en fraude de los acreedores, o una administración desleal en perjuicio de la sociedad, o un fraude a la Hacienda pública se debe exigir por la figura de la coautoría, aunque no intervengan directamente en la fase ejecutiva del delito⁷³.

72. Opinión dominante: véase, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Barcelona 1998, p. 381.

73. También podría apreciarse en estos casos una (co)autoría mediata sirviéndose de un "instrumento doloso no cualificado", pero esta construcción sigue planteando en el ámbito empresarial el mismo problema que la figura del "autor tras el autor" o la autoría mediata a través de un aparato de poder, no ya tanto porque el "instrumento" que ejecuta el hecho responsablemente choque con la idea misma de autoría mediata, sino porque en el ámbito empresarial el "instrumento no cualificado", por las razones ya dichas, no puede ser considerado como autor en sentido estricto de un delito especial, si carece de la cualificación requerida por el tipo. Como dice GÓMEZ RIVERO, ob. cit., pp. 147 y ss.: "no es... difícil imaginar la dificultad que plantea el reconocimiento de esta posibilidad: la consideración como mero instrumento del ejecutor material que aparece, sin embargo, como un sujeto totalmente imputable, libre y plenamente consciente del alcance de sus actos". No obstante, no creo que, como afirma la citada autora (p. 152) haya que admitir, por eso, la impunidad del sujeto cualificado y tampoco la del sujeto no cualificado actuante. Generalmente, cuando el legislador ha querido resolver este problema lo ha hecho expresamente, como ocurre por ejemplo en el delito de malversación de caudales públicos (art. 432, 1: "La autoridad o funcionario público que...sustrajere o consintiere que un tercero... sustraiga los caudales"), o en la infidelidad en la custodia de documentos del art. 414, en el que además de castigar a la autoridad o funcionario que destruyere o consintiera la destrucción de los documentos (apartado 1), castiga también al particular que los destruyere. Pero cuando el legislador no se ha pronunciado expresamente, hay que recurrir a las reglas generales de imputación y, en la medida en que sea posible y compatible con la estructura y naturaleza del delito en cuestión, exigir una responsabilidad penal a todos los intervinientes en la realización del delito conforme a esas reglas generales que se conti-

D) A modo de conclusión

Con estas consideraciones doy por terminado este trabajo, en el que se ha pretendido exponer global, aunque no unitariamente, un problema que es común a los delitos que se realizan en el ámbito de grandes organizaciones, sean éstas desde un principio delictivas o no. La necesidad de conseguir atribuir la principal responsabilidad a los que realmente deciden en ellas la realización de los hechos delictivos, aunque luego no intervengan en la ejecución de los mismos, no es sólo una cuestión puramente técnica o dogmática, es también una necesidad político-criminal generalmente sentida, que al mismo tiempo tiene también una función preventiva importante al dirigir la intervención del Derecho penal a los centros en los que realmente se deciden la realización de delitos que tienen una enorme repercusión en la actual sociedad. Nuestro trabajo se ha limitado, sin embargo, al análisis de este problema en los delitos dolosos, y especialmente a los delitos económicos que se realizan en el ámbito empresarial. Naturalmente hay otras posibilidades de solución del problema en el marco de la actividad empresarial en sectores de la criminalidad como son los delitos medioambientales y la responsabilidad por el producto. Así, por ejemplo, en estos sectores cabe imputar a los dirigentes y responsables de las decisiones que pueden llevar a la comisión de un delito contra el medioambiente o la salud de los consumidores, como autores en base a la figura de la comisión por omisión, lo que también es posible en el ámbito de los delitos económicos⁷⁴, pero en ellos esta figura no tiene la trascendencia y complejidad que tiene en los delitos contra el medio ambiente y en la responsabilidad por el producto, porque normalmente la realización dolosa de un delito económico en el ámbito empresarial exige la realización de complejas maniobras, en las que, por supuesto, también se dan omisiones (contables, de pagos, de información), pero como partes de un complejo que debe ser analizado co-

mo un todo. Aparte de la posición de garante que viene sobre todo fundamentada por la cualidad del sujeto activo en los delitos especiales, se da también la equivalencia entre las conductas activas y omisivas, ya que necesariamente de ambas formas se realizan los tipos delictivos (un buen ejemplo puede ser el delito de estafa). Lógicamente, más complejo es el problema (y aquí sí tiene la figura de la comisión por omisión una enorme importancia) en los delitos contra el medio ambiente y la responsabilidad por el producto que se cometen en el ámbito empresarial, sobre todo porque aquí puede venir también en consideración una responsabilidad por imprudencia. Pero esta forma de imputación de la responsabilidad subjetiva, salvo en el supuesto del blanqueo de capitales del art. 301.3 del Código penal, no es punible en los delitos económicos, en los que muchas veces hay que demostrar además la existencia de especiales elementos subjetivos y en todo caso la del dolo, siquiera sea en su forma de dolo eventual. Ello elimina del ámbito de la responsabilidad penal muchos casos de incumplimientos negligentes de deberes empresariales, de decisiones empresariales arriesgadas, o de gestiones desastrosas que en relación con el medio ambiente y sobre todo con la elaboración, distribución y venta de productos pueden fundamentar una responsabilidad penal por resultados que afectan a bienes jurídicos de carácter individual o, por lo menos, de mayor trascendencia que los puramente económicos, como son el medio ambiente y la salud pública. En todo caso, hay que señalar, como ya se ha advertido repetidas veces, que en estos sectores del "moderno" Derecho penal que son los delitos de peligro y los delitos de lesión a los que los mismos dan lugar, generalmente por imprudencia, la jurisprudencia y un sector de la doctrina muestran 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, selec-

enen en la Parte General, en los arts. 28 y 29. Esto es especialmente importante y necesario en los delitos que se cometen en el ámbito empresarial, como son la mayoría de los económico-patrimoniales, en los que no siempre el legislador ha arbitrado soluciones específicas sobre los casos en que se utiliza para la ejecución del delito especial personas interpuestas que carecen de las cualidades personales exigidas en los tipos (cfr., sin embargo, los artículos 268: "de forma indirecta o por persona interpuesta"; 305.1, a), 307 1, a) : "utilización de personas o personas interpuestas"). Precisamente en estos casos la figura de la cooperación necesaria (o, en su caso, la de la complicidad) permite atribuir en base a esta forma de participación una responsabilidad penal al sujeto no cualificado que ejecuta la acción típica, y colocar el centro de gravedad y, por tanto, la autoría o coautoría en la decisión de los sujetos cualificados que son los verdaderos autores del delito, no sólo porque dominan su realización, sino también porque sólo a ellos incumben los deberes especiales que fundamentan la (co)autoría. Sobre otros problemas dogmáticos que plantea la figura de la autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado, véase GÓMEZ RIVERO, ob. cit., pp. 147 y ss.

74. Sobre las posibilidades de esta forma de imputación en el ámbito de los delitos económicos, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ob. cit. en nota 23, pp. 201 y ss.

ción, 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. Esta tendencia que no parece criticable cuando se trata de delitos dolosos de dominio, porque en estos casos la superioridad de los que deciden en la cúspide su ejecución es evidente y puede fácilmente fundamentarse su autoría; ya no lo es tanto, cuando esa responsabilidad se deriva de una conducta meramente omisiva, y mucho menos cuando esa omisión ni siquiera es imputable a una actitud dolosa. Desde luego, hay que advertir en todo caso contra el trasplante automático de las estructuras de responsabilidad del Derecho civil o 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, para en base a ellas establecer una responsabilidad civil de carácter incluso puramente objetivo, es decir, de indemnización de los daños y perjuicios producidos; en el Derecho penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción⁷⁵, basándose para ello además en el principio de culpabilidad o de responsabilidad individual. Si no se diferencia adecuadamente entre la responsabilidad civil y la penal, existe el peligro de imputar una responsa-

bilidad penal puramente objetiva o de ignorar las diferencias, claramente establecidas y admitidas para el resto de los delitos, entre autoría, inducción y complicidad⁷⁶, lo que puede conducir 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. La idea que ha presidido la realización de este trabajo y que, provisionalmente, se acepta como punto de partida para otros trabajos que se realicen sobre la materia en el futuro, es la de seguir manteniendo, también en estos ámbitos característicos del "moderno" Derecho penal, una concepción de la autoría penal que, respetando el principio de responsabilidad individual, permita diferenciar lo que realmente debe considerarse como verdadera autoría y, por tanto, como eje central de la responsabilidad penal, de lo que, incluso mereciendo la misma cantidad de respuesta penal, constituye una participación secundaria (y, por tanto, accesorio) en la realización de un hecho delictivo. En todo caso, ni siquiera un concepto unitario de autor, que haga tabla rasa con la distinción entre autoría y participación, puede prescindir en el ámbito de la determinación de la pena de una graduación de la misma que atienda a la distinta gravedad e importancia de las distintas conductas que contribuyen a la realización de un delito.

75. Cfr. HASSEMER, Produktverantwortung, ob. cit. en nota 21, pp. 65 y ss. (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto, ob. cit. en nota 21, p. 178).

76. Así, por ej., JAKOBS (ob. cit. en nota 38). En la misma línea se mueve su discípulo SÁNCHEZ VERA (Pflichtdelikt und Beteiligung, Berlin 1999), que a través de la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber considera siempre autor al que estando personalmente obligado al cumplimiento de un deber, lo incumple también personalmente, bien sea dañando el bien jurídico él mismo, o no salvándolo frente a ataques de tercero. De este modo fundamenta, por ejemplo, la responsabilidad como autor de un delito de daños del Alcalde de un pueblo que convocó y encabezó una manifestación ilegal de vecinos en el trascurso de la cual algunos vecinos produjeron daños en viviendas de familias de raza gitana (cfr. STS 2 junio 1994, y comentario a la misma de SÁNCHEZ VERA, en Revista Canaria de Ciencias penales, número 5, julio 2000, pp. 67 y ss.). Frente a esta opinión cabe señalar que de acuerdo con la teoría de la responsabilidad en comisión por comisión, además de la posición de garante, es decir, de la existencia de un deber jurídico de impedir el resultado, se requiere para imputar el mismo una equivalencia entre la omisión del deber y la causación del resultado, lo que no es fácil de admitir en situaciones de este tipo. ¿Hubiera cambiado la calificación de la conducta del Alcalde, si la manifestación hubiera sido una manifestación legal? Diariamente sucede que en manifestaciones y demostraciones colectivas, legales o no, algunos manifestantes proceden por su cuenta y riesgo a realizar actos delictivos con-

cretos de daños, lesiones, etc., ¿deben responder también de ellos los convocantes o directores de las mismas, sin más exigencias de prueba de conocimiento o conformidad, simplemente por el hecho de que tengan el "poder institucional" o el deber de procurar que los manifestantes se comporten correctamente? Este proceder es frecuente en la jurisprudencia, pero, a mi juicio, fundamenta una especie de responsabilidad objetiva, bien basándola en una especie de *versari in re illicita*, cuando la manifestación es ilegal, o en una exacerbación de las obligaciones de los convocantes y dirigentes de la manifestación del control del orden y del comportamiento de los manifestantes. Naturalmente, ningún problema hay si se prueba que la conducta del Alcalde puede incluirse en el concepto de coautoría que aquí se mantiene, o, más difícilmente en este tipo de hechos espontáneos, en el de autoría mediata propuesto por ROXIN, o de "autor tras el autor" que aplicó el Tribunal Supremo en el caso comentado por SÁNCHEZ VERA (véase comentario citado, pp. 76 y ss.). Obviamente nos referimos aquí a la imputación de responsabilidad a título de dolo. Menos dificultades habría en aceptar la tesis de SÁNCHEZ VERA si se trata de imputar la responsabilidad en el delito de daños del Alcalde en base a una conducta imprudente del mismo (y en la medida en que ella sea punible). Lo que en ningún caso se puede admitir es que la mera constatación de un deber o poder institucional fundamente ya sin más la autoría y el dolo, que es lo que, a mi juicio, hace el citado autor (cfr. por ej.; p. 80 de su comentario, citado a su favor la opinión de ROGÉS I VALLÉS en su monografía sobre el dolo eventual; respecto a esta concepción del dolo eventual me he pronunciado ya críticamente en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN; Parte General, 4ª ed., ob. cit. en nota 1, pp. 312 y ss. A mi juicio, la tesis que mantienen algunos autores en la más reciente doctrina española, como ROGÉS, FEIJOO y LAURENZO COPELLO, de apoyar la calificación de dolo eventual en elementos de carácter cognoscitivo, prescindiendo de exigir referencias volitivas al resultado, facilita sin duda la praxis judicial en materia de prueba, pero a costa de sacrificar principios elementales de carácter jurídico-material (como el de legalidad y culpabilidad) y procesal-constitucional (como la presunción de inocencia).