

XX SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 1- viernes 2/06/2017

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: ¿AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZATIVOS DE PODER?, del Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo

Viernes 2 de junio de 2017, 16:30 h.

Ponente: Prof. Dra. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Moderador: Prof. Dra. D^a. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN

Relator: Prof. D. Alfredo ALPACA PÉREZ



¿AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZATIVOS DE PODER?

Ponente: Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

Moderador: Prof. Dr. D^a. María Ángeles Rueda Martín. Profesora Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. Juan Oberto Sotomayor Acosta, D. Enrique Peñaranda Ramos, D. Diego-Manuel Luzón Peña, D. José Manuel Paredes Castañón y D. Mario Maraver Gómez.

Relator: Prof. D. Alfredo Alpaca Pérez. Investigador predoctoral de la Universidad de León

Una vez concluida la ponencia del Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Díaz y García Conlledo, la Prof. Dr. D^a. María Ángeles Rueda Martín declara abierto el debate y toma la palabra el Prof. Dr. D. Juan Oberto Sotomayor Acosta, quien después de felicitar al ponente y señalar que comparte plenamente los contenidos desarrollados en la presentación, hace referencia a la aplicación de la teoría de Roxin al ámbito de la empresa, ámbito que le ha parecido dudoso, pues cuando se dice que la empresa inicialmente no está al margen de la ley, si se realiza una comparación con la criminalidad estatal, el Estado normalmente tampoco estaría al margen de la ley, esto es, no sería un estado criminal. El hecho de que haya un caso aislado, dice Sotomayor Acosta, no quiere decir que esté al margen de la ley. Pues este caso concreto (en el que un superior da una orden antijurídica, por ejemplo) podría repetirse en el ámbito empresarial (un miembro del directorio de una orden antijurídica, por ejemplo). Esto no quiere decir –sigue Sotomayor Acosta– que se deba trasladar la tesis de Roxin a ámbito de la empresa, pero sí quiere resaltar las inquietudes que tiene de la aplicación de la mencionada tesis al ámbito empresarial. Díaz y García Conlledo responde con la idea de que cuando un directivo emite una orden (estando el subordinado obligado), ya no estamos ante el escenario que plantea Roxin. Díaz y García Conlledo señala que un Estado en principio no es un aparato criminal, pero que poco importa que la entidad colectiva se llame “Estado” o “empresa”, pues lo importante es que aquella se dedique a cometer delitos. Si esto es así, hay Estados que se dedican a cometer delitos (estructura criminal), ocurriendo lo mismo en la empresa. Por esto, si la empresa es una organización criminal encubierta, Díaz y García Conlledo admite la posibilidad de aplicar la construcción

roxiniana (en caso de que se considere a esta como correcta). En realidad, Díaz y García Conlledo se refiere a los casos que denomina “normales”, por ejemplo, un caso en el que una empresa realice vertidos contaminantes, supuesto es en el que, en su opinión, no cabría aplicar la construcción de Roxin. Sotomayor Acosta interviene nuevamente poniendo como ejemplo el caso de los GAL, en España, preguntando al respecto si podría aplicarse la teoría de Roxin. Díaz y García Conlledo señala que en este caso el Ministerio del Interior actuaría como organización criminal, pese a estar amparada por el Estado.

Seguidamente toma la palabra el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, quien señala que la construcción de Roxin es una construcción brillante, que tiene un enorme poder de atracción y que ha tenido éxito, precisamente, por la potencia con la que se presenta. Sin embargo, Peñaranda Ramos señala que, como pasa con otras construcciones de Roxin, una vez desvanecida esa primera impresión, al ser analizada con mayor profundidad, se notan ciertos grados de artificio. Según Peñaranda Ramos, Roxin trata de alcanzar una conclusión y para ello busca los ingredientes más potentes para fundamentar aquella de un modo convincente. Por ejemplo, Roxin parte de un caso (Eichmann) y trata de encontrar los ingredientes que permitan considerar a Eichmann como autor mediato (y lo mismo con todos aquellos que se encuentran en la cadena de mando “hacia arriba”). Peñaranda Ramos dice entonces que Roxin, para fundamentar su teoría, encuentra una serie de rasgos distintivos frente a otros. Los ingredientes que encuentra Roxin son: existencia de un aparato organizado (algo que según Peñaranda Ramos es tautológico) y, luego, dos ingredientes que permiten distinguirlo de otros aparatos organizados: la fungibilidad de los instrumentos últimos y la desvinculación de la organización como tal del derecho. Sin embargo –sigue Peñaranda Ramos– cuando uno ve qué es “fungibilidad” y qué es “desvinculación del derecho”, es cuando comienzan las dudas. Por ejemplo, Peñaranda Ramos no ve la fungibilidad de los tiradores del muro (basta que el que está en el muro no dispare para que el que va a escapar lo haga), ni mucho menos la fungibilidad del guardián del campo o del conductor del tren. Peñaranda Ramos duda mucho de la fungibilidad en el plano fáctico y en el plano normativo. Por otro lado, con respecto a la “desvinculación de derecho”, Peñaranda Ramos alude al Estado nacionalsocialista, el que era totalmente desvinculado al Derecho. Cree que la clave es la contraria: la forma de resolver esto partiría de una estructura que a grandes rasgos está sometida al derecho y que se rige por las reglas del

derecho. En definitiva, Peñaranda Ramos sostiene que la construcción roxiniana no le convence, afirmando además que los tribunales que han aplicado la mencionada teoría no se inspiran tanto en Roxin, sino en F. C. Schröder y en la idea de la “disposición del sujeto al hecho” (aunque la construcción de este último lleva demasiado lejos: considerar al sicario como autor directo y al que paga por el asesinato como autor mediato). Por lo dicho, Peñaranda Ramos sostiene la existencia de fisuras en la construcción roxiniana, manifestando su preferencia por el planteamiento de la comisión por omisión. Díaz y García Conlledo responde señalando que la fungibilidad es algo que habría que analizar en el caso concreto, pues en muchos escenarios estaríamos ante verdaderos casos de coacción. En todo caso, Díaz y García Conlledo, que ha querido concentrar su crítica en los postulados originales de Roxin, dice que los puntos de partida no le parecen tan evidentes. En cuanto al carácter criminal o no, no todas las cosas que hace el aparato organizado no están amparadas por el propio ordenamiento (luego eran criminales). Al respecto aparecen consideraciones –que exceden a lo que se ha querido plantear en la ponencia– relativas al “derecho justo”. Díaz y García Conlledo señala que existen muchos autores que han adoptado –inclusive expresamente– la “disposición al hecho”, aunque esta comprensión (si bien podría ser más coherente) lleva a un concepto tan amplio de autoría mediata que no resulta operativo. En todo caso, hay otras alternativas, entre ellas, la de comisión por omisión, que no habría que descartar, aunque Díaz y García Conlledo asuma un concepto bastante estrecho de comisión por omisión.

Toma la palabra el Prof. Dr. D. Diego-Manuel Luzón Peña, quien señala que querer fundamentar la autoría mediata en la existencia de personas totalmente dispuestas a actuar (pues son voluntarios), y por tanto, en la seguridad casi absoluta que tiene el autor en que se realizará el hecho, cree que por sí sola no sería mucho menos suficiente para esta forma de autoría, coincidiendo con el ponente. Luzón Peña menciona el caso del omnimodo facturus, que es una persona que está resuelta a cometer un delito. La discusión en este caso sería si se puede hablar de auténtica inducción o no (cooperación psíquica, por ejemplo), pero nadie dice que habría autoría mediata. Bastaría con hacer un gesto, para tener la seguridad de que se cometerá el hecho, precisamente, por la total predisposición (idea de Schröder). En este caso, dado que no habría dominio del hecho del superior jerárquico, entonces no podría haber autoría mediata. A diferencia de este escenario, Luzón Peña señala que el caso en el que el autor directo es un perturbado, sí

habría autoría mediata por dominio de la voluntad, pero en el caso del omnímodo facturus, no. Por otro lado, Luzón Peña señala que el inductor es el que incita a otro que tiene tan plena responsabilidad y capacidad de decisión, que el incitador no puede contar mínimamente con que él está manejando al inducido. Luzón Peña tiene la vieja idea de que quien da una orden y es jefe (supremo o intermedio), tiene una cierta capacidad de presión. Aunque no haya presión ni coacción, no hay relación de igualdad. Luzón Peña piensa que en una organización (criminal o no), los subordinados están para obedecer: es por esto que hay seguridad de que la orden se va a cumplir, no porque hay muchos dispuestos, sino porque hay subordinados para cumplirla (el subordinado, por definición, recibe órdenes). El asunto radica en determinar qué grado de coacción se elige para señalar que estamos ante un caso de autoría mediata y no de inducción. Por tanto, el inferior nunca decide con plena libertad (hay un cierto grado de presión). Entonces, Luzón Peña, a diferencia de Díaz y García Conlledo, señala que el mínimo de presión es suficiente para considerar al superior como autor mediato y no como inductor. Con esta perspectiva, según Luzón Peña, ya no sería necesario recurrir a criterios como el de la fungibilidad. Díaz y García Conlledo responde señalando que se maneja el ejemplo del omnímodo facturus, que para algunos es un caso de autoría mediata (posición con la que el ponente no está de acuerdo). Luego, comentando la posición de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo señala que no se ha establecido (por lo menos en la legislación española) un parámetro de “presión” como el del estado de necesidad exculpante (existente en Alemania). En todo caso, Díaz y García Conlledo señala que le resulta bastante dudoso que en el caso que a una persona subordinada se le dirija una orden antijurídica, aquella la cumpla, aunque quien la haya emitido sea un superior jerárquico. No se trata de un escenario muy claro, para el que habría que buscar un parámetro que podría ser el de la obediencia debida (o el del estado de necesidad exculpante, en caso se fundamente). Díaz y García Conlledo reitera que intenta hacer la crítica desde dentro, desde los propios postulados de la teoría de Roxin. Señala que no todo puede ser llamado “orden”: debe tener un carácter vinculante para ser una orden. En la empresa, es cierto que existe una cierta presión de arriba hacia abajo, pero tampoco se puede afirmar que los subordinados cumplan cualquier tipo de mandato. En todo caso, sostiene Díaz y García Conlledo, esto merecería un estudio más profundo sobre la delincuencia de organizaciones. La realidad es mucho más compleja, por lo que no cabe reformular la realidad para que “calce” la teoría que se defiende. Díaz y García

Conlledo, está de acuerdo con la idea de que la magnitud (o los niveles) de la presión, para ser entendida como criterio que fundamenta el dominio, está por determinar.

Peñaranda Ramos toma nuevamente la palabra, señalando que cuando Luzón Peña alude al término “presión”, está haciendo referencia a un “poder de organización” o “poder de dirección”, y que no hace falta medir la presión exacta que ha tenido sobre el individuo, lo que enlaza con la perspectiva de quien controla el ámbito organizativo (asignando roles conforme a la división de trabajo, por ejemplo). Si esto ocurre, el sujeto “domina la organización”. Esto, sin embargo, según Peñaranda Ramos, no convierte en algo equivalente a un autor mediato al sujeto (por lo menos no fundamentaría el título de autor mediato), ya que los casos de autoría mediata implican siempre el aprovechamiento, por parte del autor mediato, de un déficit que se ha creado o generado. Lo que se discute, al parecer, sería otra cosa, que puede ser autoría, pero no necesariamente autoría mediata (Peñaranda Ramos habla de una mezcla de acción y omisión). Sobre estas reflexiones, Díaz y García Conlledo señala que la idea de la comisión por omisión le parece buena (y otras interesantes, como la que consiste en la creación de tipos de omisión pura), aunque hay algo que a menudo se olvida: que también existe la intervención en el hecho como partícipe. En todo caso, Díaz y García Conlledo señala que se debe desarrollar una teoría que tenga en cuenta algunos elementos, como la mayor visión del superior en comparación a la del subordinado (distintos grados de conocimiento) y una cierta presión (que no ejerce directamente el superior, pero que existe).

Toma la palabra el Prof. Dr. Paredes Castañón, quien también destaca la existencia de la participación. Asimismo, señala que en los casos en los que existe coacción ya tenemos la autoría mediata común y corriente. También comparte con el ponente la idea de que en la mayoría de los casos en que existen órdenes delictivas no hace autor mediato a quien las imparte, si es que quien la desempeña es absolutamente consciente de lo que está haciendo y libre en su decisión de actuar. Paredes Castañón pregunta por los casos en los que pueda tener trascendencia práctica: los casos en los que la imputación subjetiva del ejecutor es muy limitada, bien sea porque su dolo no alcanza a todo el impacto de la acción, le falta algún elemento subjetivo o, en el caso de la imprudencia, su nivel de cuidado es menor que el del superior. Díaz y García Conlledo responde señalando que el hecho de que las construcciones de Roxin o Schröder se hayan

forjado en una legislación en la que solo hay autores y cómplices, genera problemas en el ámbito español, donde existe también la cooperación necesaria. Díaz y García Conlledo señala que en casi todos los supuestos de falta de accesoriedad probablemente se pueda construir otra forma de autoría mediata. Por ejemplo, Roxin no tendría ningún problema, según el ponente, en señalar que en aquellos casos que el “de arriba ve más que el de abajo” (aunque no haya un error, propiamente dicho) sería un caso de autoría mediata. Díaz y García Conlledo no olvida destacar que en la legislación alemana, donde solo se puede castigar penalmente a título de autor o cómplice, parece ser que no resultaba materialmente justo que se reprima a sujetos tan importantes en una organización con solo la pena del cómplice, por lo que se decidió considerarlos como autores, aunque esto suponga que el concepto restrictivo de autor pierda sus ventajas (aunque esta consecuencia trató de ser limitada con los criterios de la contribución esencial en fase ejecutiva).

Al hilo de la respuesta de Díaz y García Conlledo, Luzón Peña interviene para explicar por qué tiene trascendencia calificar a una persona como “autor” o como “cómplice”. Primero, llamar a una persona como “partícipe” de otro es reconocer que la figura central es el otro y no aquel, lo cual tiene una importancia, entre otras cosas, frente a la opinión pública. Esta es una cuestión simbólica. Segundo –y esta es una cuestión técnico-dogmática–, si se aplica un concepto de participación (accesoriedad de la participación), da lugar a que si hay una causa de exclusión de la antijuridicidad por un estado de necesidad justificante en el subordinado, podría señalarse que el inductor (el superior) no respondería penalmente. Si no hay un hecho principal típico (cuando el autor no ha pasado la fase de tentativa), entonces no hay participación. Por ello, al parecer, se pensó que sería mejor considerar al superior jerárquico como autor (y no solo como cómplice). Esto tiene relevancia, por ejemplo, en supuestos de criminalidad empresarial: si el directivo de una empresa emite una directiva para la comisión de un delito laboral o contra el medio ambiente y el subordinado no la ejecuta, al no haber un hecho principal típico (no inicia la fase ejecutiva), la conducta del directivo quedaría impune (pues no se podría castigar, por ejemplo, mediante un acto preparatorio punible, de alcance muy limitado en el Derecho penal español). Si al directivo se le considerara autor mediato, respondería únicamente por una tentativa (lo cual conduce a la discusión sobre el inicio de la ejecución de delito para el autor mediato). En todo caso, Luzón Peña considera que no se trata de una discusión meramente teórica, sino que también

puede tener impacto ante la opinión pública. Comentando esta última intervención, Díaz y García Conlledo señala que en el caso de que el subordinado actuara en estado de necesidad probablemente habría autoría mediata. Por otro lado, el ponente afirma (y esto es algo que, al parecer, están de acuerdo los intervinientes en el debate) que los casos prácticos en España no son tantos.

Finalmente, toma la palabra el Prof. Dr. Maraver Gómez, quien señala que le sabe a poco que responda solo como partícipe el director de una organización empresarial. Por esto, pregunta al ponente si estaría dispuesto a considerar la posibilidad de fundamentar una responsabilidad como coautor o, siguiendo lo señalado por Peñaranda Ramos, utilizando la comisión por omisión. Asimismo, Maraver Gómez plantea un ejemplo: el caso en el que el jefe de una organización (militar por ejemplo) que solamente ve que un subordinado comete un delito. Díaz y García Conlledo responde señalando que las soluciones deben discutirse. En todo caso, admite que puede haber supuestos en los que la coautoría pueda ser “escalonada” (por lo que no considera correcto el argumento de que la diferente posición de quien actúa antes y quien lo hace después impide la coautoría; Díaz y García Conlledo señala que quienes niegan esto luego admiten la coautoría sucesiva, lo que no resultaría consecuente). Díaz y García Conlledo explica que para que haya coautoría hay que verificar que los intervinientes sean codeterminantes en el hecho (criterio utilizado por Luzón Peña y Díaz y García Conlledo). Sobre la comisión por omisión, el ponente señala que, en principio, es una idea que le parece simpática, pero en el caso concreto deben concurrir los presupuestos de la comisión por omisión, concepto que, para Díaz y García Conlledo, debe ser admitida de manera restrictiva (el ponente señala que se adhiere a las posturas restrictivas de esta categoría). Finalmente, con respecto al caso del jefe militar (que simplemente no impide el delito cometido por sus subordinados), probablemente sí se pueda hablar de comisión por omisión (es el hecho de su omisión que el riesgo se dispare), pues siempre se da por sentado que un jefe militar no permite hacer determinadas cosas (torturas, por ejemplo). Díaz y García Conlledo destaca, en todo caso, que no es posible que por el hecho de ser superiores se afirme que siempre son autores mediatos. Para complementar la respuesta de Díaz y García Conlledo, Luzón Peña toma la palabra señalando que el artículo 176 del Código Penal español plantea una autoría en comisión por omisión, precisamente, para resolver los casos como el del

superior jerárquico (autoridad o funcionario) que permita (faltando a los deberes propios de su cargo) a sus subordinados la ejecución de hechos delictivos.