

## **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo**

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de León. Patrono de la FICP. Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

### **~¿Autoría mediata a través de aparatos organizados (u organizativos) de poder?~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

En relación con la brillante concepción roxiniana de la autoría, son conocidos bastantes de mis coincidencias y desacuerdos, en un debate de años con mi maestro alemán, CLAUS ROXIN. En materia de autoría mediata, mi acuerdo con ROXIN es muy amplio. Sin embargo, una de sus más famosas aportaciones en este ámbito, la de la llamada autoría mediata a través de aparatos organizados (o, traduciendo más literalmente de la denominación alemana, organizativos) de poder, me ha suscitado siempre dudas.

#### **II. LA IDEA CENTRAL**

ROXIN publicó por primera vez su idea en un artículo en 1963, al hilo del caso Eichmann, y luego la incluyó ese mismo año en su magna obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (hoy en su 9ª ed. alemana, de 2015, con traducción española de CUELLO CONTRETRAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, en 2016). En el aparato criminal estatal nazi, al igual que en otros, pero también en diversas organizaciones criminales no estatales, resultaría que, sin necesidad de coaccionar o engañar a nadie (formas, digamos, “clásicas” de autoría mediata), sin siquiera conocer o contactar personalmente con el ejecutor, un sujeto con mando o poder directivo podría dar una orden o instrucción de realizar un hecho constitutivo de delito y contar sin más con se llevara a cabo, pues la propia organización, estructura y funcionamiento del aparato criminal, en el que los ejecutores serían fungibles, sustituibles o reemplazables, garantizaría la ejecución por uno u otro sujeto, con lo que al que da la orden o instrucción hay que calificarlo de autor mediato. No entro a discutir la realidad presupuestos propios de la construcción, como la referencia a la ausencia de coacción o engaño.

#### **III. LOS ELEMENTOS DEL DOMINIO DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA EN EL SUPUESTO ESTUDIADO**

Resumidamente, los elementos que, según ROXIN, caracterizan este supuesto y

fundamentan el dominio del hecho y la autoría mediata en él, serían, además del carácter inequívocamente criminal de la organización, la existencia de esta y el dominio del sujeto sobre ella y la fungibilidad o reemplazabilidad o sustituibilidad de los ejecutores, que, como ha precisado ROXIN posteriormente, poseerían un alto grado de proclividad o disposición a realizar el hecho (no discutiré aquí si este último requisito supone algo diferente a los otros, como sostienen algunos autores, que le conceden especial relevancia –a veces hasta el punto de restársela a los otros elementos-, o es una consecuencia de los otros, como viene a sugerir el mismo ROXIN).

#### **IV. PRIMERA VALORACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN**

No cabe duda de que la construcción roxiniana resulta absolutamente original y brillante. ROXIN vislumbró, como nadie había hecho antes, lo peculiar de esta constelación de casos frente a los “clásicos” de autoría mediata y los habituales de inducción.

Pero, además, como ha subrayado MUÑOZ CONDE, fue político-criminalmente valiente, al postular por esta vía el tratamiento como autores de miembros del aparato criminal nacionalsocialista que los tribunales alemanes calificaban habitualmente de cómplices, en virtud de las teorías subjetivas, con la consiguiente rebaja obligatoria de penas

#### **V. EL ÉXITO INTERNACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN**

La idea de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder fue ganando adeptos en la doctrina, primero en la alemana, pero después también en la de otros muchos países.

Pero no se quedó en eso, sino que (con mayor o menor acierto) ha sido utilizada por los tribunales de numerosos países, a menudo en juicios célebres. El primero, a mediados de los años ochenta del pasado siglo, fue el relacionado con la condena de distintos integrantes de las Juntas Militares que habían cometido crímenes durante la dictadura que años antes habían impuesto en Argentina (si bien, finalmente se les condenó como cooperadores necesarios, es decir, como partícipes equiparados en pena a los autores en el CP argentino –figura que existe también en otros CP, como el español, pero no en el alemán). Después, en la propia Alemania en los procesos a jefes de la antigua RDA por crímenes de su época, como las órdenes de disparos en el muro de Berlín). O, en Perú, tanto en el proceso contra Abimael Guzmán, líder de la

organización terrorista Sendero Luminoso, como en el que acabó con la condena del expresidente del autogolpe, Alberto Fujimori. O, por no alargar la relación, en diversos casos de paramilitarismo en Colombia, si bien, en estos o en los relativos a actos criminales de las guerrillas, la construcción convive con la apelación a la llamada “coautoría impropia”, que se relaciona con el criterio también roxiniano del dominio funcional del hecho como caracterizador de la coautoría (traducido con mayor o menor acierto en la práctica). Tal vez por las características de ETA, en España no se utilizó la construcción en el enjuiciamiento de crímenes de esta organización terrorista, pero la jurisprudencia la ha admitido a raíz de los procesos derivados de los atentados del 11-M de 2004 en Madrid.

## **VI. EL “SALTO” DE LA CONSTRUCCIÓN A LAS ORGANIZACIONES “LEGALES”, EN PARTICULAR A LAS EMPRESAS**

Tanto ha sido el éxito de la idea de ROXIN que un sector minoritario, aunque amplio y seguramente creciente, de la doctrina ha creído ver en él una posible herramienta para la atribución de la autoría mediata a los directivos en supuestos de delincuencia empresarial. E incluso se atisba la idea en algunas sentencias alemanas.

## **VII. ALGUNAS CRÍTICAS (INCORRECTAS Y SUPERABLES)**

Algunas de las críticas a que se ha sometido a la construcción de ROXIN son desacertadas, como, por ejemplo, la que señala que en algunos aparatos de poder se requiere la intervención de especialistas, que no serían sustituibles o fungibles, por tanto. Parece claro que la crítica no acierta, pues la falta de fungibilidad hace precisamente que estos supuestos queden fuera del alcance de la construcción, como señala el propio ROXIN. Algo similar sucede con la objeción de que quien da la instrucción no siempre puede estar seguro de que se cumplirá. Ello significaría que no siempre se dan los requisitos de la construcción.

Otras críticas pueden tener más fundamento, como, por ejemplo, la que apunta que en esta constelación de casos el hecho no se realiza a través de o por medio de “otro” (otra persona), como literalmente exigen códigos penales como el alemán o el español, sino que aquí el instrumento no sería otra persona, sino el aparato de poder. Creo que la crítica puede superarse por diversas vías, por ejemplo, señalando que el aparato está compuesto por personas (“otros”) y, por lo tanto, en definitiva el hecho se realiza a través de otro. O la que apunta a que, cuando un eslabón del aparato sustituye a

otro, el hecho ya no es el mismo. Ciertamente el hecho no es el mismo en su ejecución, pero es el mismo proceso y el mismo hecho de, por ejemplo, matar en el sujeto de atrás que, se supone, domina así el funcionamiento del aparato.

En mi opinión, la cuestión central no es si puede haber un autor responsable detrás del autor responsable, cosa que me parece posible en diversos supuestos, sino si admitimos una autoría en que el sujeto de delante no solo es responsable, sino absolutamente libre y consciente.

### **VIII. LA CONSTRUCCIÓN DE ROXIN NO ES APLICABLES EN LAS ORGANIZACIONES “LEGALES”**

Estoy plenamente de acuerdo con ROXIN en que su brillante construcción no es aplicable, como pretende el sector minoritario antes citado, en el caso de organizaciones no netamente criminales, sino que normalmente operan dentro de la ley, como las empresas (siempre, naturalmente, que estas no sean una mera tapadera de organizaciones criminales), puesto que en ellas, aparte de faltar a veces el propio carácter de aparato organizado de poder o la fungibilidad de los ejecutores, no cabe esperar que las instrucciones delictivas de sus directivos se cumplan sin más sin coacción ni engaño, sino que precisamente se ha de esperar lo contrario (como se confirma incluso en el supuesto de alguna resolución judicial que parece hacer uso de la idea).

Otra cosa es si la propia organización de las empresas, con determinadas peculiaridades (algo similar a la coacción por, por ejemplo, la posible pérdida de empleo, la más completa visión de la situación por los superiores, un mínimo grado de fungibilidad, algunos mecanismos de fidelización a la empresa, etc.), ninguna de las cuales fundamentaría por sí sola la autoría mediata de “los de arriba”, pueden hacerlo por su conjunción, cuestión que he sugerido alguna vez y que no puede ser discutida aquí.

### **IX. NO SE PUEDEN DESCARTAR OTRAS FUNDAMENTACIONES DE LA AUTORÍA O LA PARTICIPACIÓN EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER**

Al margen de la construcción de ROXIN, en las estructuras que define, puede haber configuraciones que conduzcan por otras vías a la calificación de quien da la instrucción como autor mediato, coautor, autor yuxtapuesto (o accesorio o paralelo) o partícipe de

alguna clase. En particular, no me parece argumento suficiente para rechazar de plano supuestos de coautoría la apelación a la falta de plan y ejecución común o al carácter horizontal de la coautoría.

## **X. NO TODO VALE PARA CASTIGAR COMO AUTOR AL SUPERIOR, TAMPOCO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

Aunque no es posible analizar las aproximaciones del Derecho positivo penal internacional o de algunos países a la construcción de ROXIN, a veces razonables, se debe subrayar que no tiene sentido ni vale cualquier argumentación para calificar a toda costa de autores a los “superiores”. Un ejemplo particularmente rechazable me parece que lo ofrece en la construcción llamada de la empresa criminal conjunta o común (*Joint Criminal Enterprise*), afortunadamente en declive y que recuerda a las peores versiones de la antigua teoría del acuerdo previo del Tribunal Supremo español, superada (aunque su espíritu siga asomando a veces tras la apelación a otras fórmulas).

## **XI. LAS DUDAS: ENTRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN**

Como ya he señalado, la construcción de ROXIN que se discute es, en todo caso, un gran hallazgo (con una trascendencia político-criminal muy notable cuando se formuló, como expliqué más arriba) de otros de incitación a hechos delictivos constitutivos (según la concepción al uso) de inducción: en los que describe ROXIN el sujeto no tiene que realizar el más mínimo esfuerzo de convicción sobre el ejecutor, al que no precisa siquiera conocer o contactar, para que se realice el hecho delictivo; su esfuerzo es incluso menor que en muchos otros supuestos de coacción o engaño, clásicos de autoría mediata. Ello apunta sin duda a la autoría (mediata) del sujeto de atrás (añadida a la inmediata del ejecutor): ¿qué mayor dominio del hecho que “mover la palanca” o “chasquear los dedos” y poder contar con la realización del hecho por el (por uno u otro) ejecutor?

Sin embargo, el supuesto se distingue de otros más evidentes o clásicos de autoría mediata en que el ejecutor es plenamente libre, vidente y responsable. Al contrario que incluso en otros supuestos de autor tras el autor, no hay déficits de ninguna clase en él. El sujeto de delante es totalmente libre, vidente y responsable, individualmente considerado, un autor idéntico al de los supuestos habituales de inducción (u otra forma de participación) y diferente al sujeto de delante de los casos menos discutidos de autoría mediata.

Es decir, mirado desde el sujeto de atrás, el caso parece de autoría mediata. Visto desde el concreto sujeto de delante, recuerda a la participación.

## **XII. MI OPCIÓN POR LA PARTICIPACIÓN**

Ante esta duda, sin pretender cerrar para siempre la cuestión y no pudiendo encontrar otra fundamentación general (es decir, no solo válida para algunos casos) distinta para la autoría del sujeto de atrás, en una ponderación valorativa creo que es preferible optar por la calificación del sujeto de atrás como inductor (u otra clase de partícipe). Desde una perspectiva combinatoria de elementos ontológicos y psicológicos con otros normativos, que me parece preferible, todas las formas de aparición de la autoría mediata poseen un fundamento: los déficits de libertad y conocimiento del sujeto de delante respecto de los del de detrás. Y, para distinguir plenamente la autoría mediata de la inducción y otras formas de participación, creo que es conveniente – pensando también en la aplicación de las figuras en la práctica- no introducir una forma nueva de autoría mediata que rompa con ese fundamento común.

Ello puede dejar un poso de insatisfacción en atención a la contemplación desde el sujeto de atrás a que antes aludí y que apuntaría a la autoría. Pero, por un lado, podemos encontrar supuestos fuera de organizaciones en que un sujeto puede contar, sin necesidad de coacción, amenaza o engaño, con la consecución (o, al menos, el intento) de sus planes por un tercero, sin que normalmente se plantee la autoría mediata del primero. Piénsese en quien, en un ambiente claramente criminal o de delincuencia habitual, saca una cantidad dinero con la pretensión de que alguien de ese ambiente cometa un hecho criminal, especialmente si este no es muy grave (“dar un susto”), e incluso, según las circunstancias de lugar y tiempo, si es grave. Los autores que (en una senda abierta por F.-CH. SCHROEDER) acentúan la importancia fundamental de la evidente disposición o proclividad a ejecutar el hecho por parte del sujeto de delante, hasta el punto de restar relevancia a la organización y a la fungibilidad del instrumento, muestran probablemente un alto grado de coherencia si admiten la autoría mediata del sujeto de atrás también en estos supuestos, pero, además de abandonar en realidad la posición roxiniana, producen una ampliación aún mayor de la autoría mediata que, en mi opinión, difumina aún más las fronteras entre inducción (como forma de participación) y autoría mediata, lo que no contribuye, según creo, a una mayor precisión en la aplicación jurisprudencial de esta forma de autoría.

Por otro lado, creo que en la materia se menosprecia a menudo el valor de la participación. Es lo más frecuente que en la ley se equipare la pena de la inducción (participación) y la autoría. Desde luego, ello sucede tanto en el CP español como en el StGB alemán. Y, en principio, en nuestros supuestos no se producen problemas de accesoriadad, por lo que la transcendencia práctica material de considerar al sujeto de atrás autor mediato o inductor no es grande. Si, por alguna razón (por ejemplo, por no aceptarse la inducción en cadena, en supuestos de transmisión de la instrucción en varios eslabones del aparato), esta transcendencia crece en ordenamientos como el alemán, pues entonces al sujeto de atrás, si no es autor mediato, no cabría más que calificarlo de cómplice (una figura de cooperación que contempla el StGB), con la consiguiente rebaja obligatoria de pena. Creo que la situación es diferente en el CP español, que, como el de algunos otros países, contempla, junto a la cooperación o complicidad simple o no necesaria, conminada también con pena inferior a la autoría, una figura de participación accesoria de complicidad o cooperación necesaria, que se conmina con la pena de la autoría. Y, de no admitirse la inducción del sujeto de atrás, cabría considerarlo precisamente cooperador necesario. Frente a la objeción de GIMBERNAT ORDEIG de que un Estado al margen del Derecho tiene a su disposición multitud de “ruedecillas” (personas intermedias) en la cadena de mando, por lo que sus aportaciones no constituyen para ese Estado criminal un bien o actividad escasos (criterio que a su juicio caracteriza la cooperación o complicidad necesaria o primaria y que en buena medida comparto); sin embargo y aunque no profundizaré en este tema, precisamente el que existan multitud de “ruedecillas” (eslabones intermedios, con alto grado de disposición a realizar el hecho) es en parte lo que garantiza el éxito de la empresa criminal y, por lo tanto, la abundancia y sustituibilidad de esas “ruedecillas” de la maquinaria criminal estatal poseen carácter esencial para el buen funcionamiento del mecanismo global y, en cuanto contribuyen a él, cada uno de los mandos que en realidad intervienen en el delito realiza una aportación esencial (ello al margen de que esa esencialidad puede proceder, en mi opinión, de criterios añadidos a la escasez de la aportación, aunque esta es uno importante).

No debería hacer falta recordar que el inductor o el cooperador necesario pueden llegar a tener, en el caso concreto, incluso mayor pena que el autor, que el ejecutor. Con ello conecto con mis últimas observaciones.

La frecuente apelación a que la contemplación natural o el lenguaje ordinario o principios sociales, históricos y jurídicos de la imputación como autor contradicen la calificación de partícipe del sujeto que da la orden o instrucción me parece insuficiente aquí para afirmar la autoría mediata, pues supone otorgar un valor excesivo a la idea del autor como “figura central”, que ROXIN y sus seguidores plantean inicialmente como una imagen o principio rector de la autoría.

Me resulta ciertamente llamativo que, cuando se apela abierta o indirectamente a esta idea de la figura central en nuestros supuestos, se cite siempre a sujetos como Hitler, Himmler o Stalin, de enorme poder y relevancia, para mostrar de forma impactante que una solución distinta a la autoría no se correspondería con el verdadero papel de esas “figuras centrales”, pretendiendo demostrar así la falta de correspondencia con la percepción habitual y lógica de la realidad de quienes rechazamos la construcción aquí analizada (o dudamos de ella al menos). Al margen de que resulta cuando menos dudoso (por decir poco) el carácter no coactivo de las órdenes de tales sujetos (y con ello dudosa también la imposibilidad de fundamentar de un modo menos discutible su autoría mediata en los hechos delictivos que ordenaran), no debe olvidarse que la tesis de ROXIN sería aplicable también a mandos intermedios del aparato organizado de poder mucho menos relevantes. ¡Demasiadas figuras centrales, en mi opinión! Tal vez por ello, AMBOS sostiene que los que intervienen por debajo de la cúspide (los eslabones o mandos intermedios) no son autores mediatos, pues solo tienen un dominio incompleto o parcial de la organización. A ello ha respondido ROXIN que esos mandos intermedios (por ejemplo Eichmann) tienen el poder de poner en marcha la maquinaria que les está subordinada, que es lo decisivo. Esta, desde las propias bases de la construcción de ROXIN, es seguramente una réplica correcta. Desde la posición que he adoptado, AMBOS habría superado mi alusión al exceso de figuras centrales, pero no habría explicado (en el mismo sentido en que me he referido a la construcción de ROXIN y manifestando mis dudas) por qué (sin existir coacción o error) la cúspide sí actúa en autoría mediata y no es preferible la figura de la inducción (o la cooperación necesaria, en su caso).