

XVI SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 6- viernes 7/06/2013

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

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: LA AUTORÍA MEDIATA POR
CONTROL DE APARATO DE PODER Y LA ELABORACIÓN JURÍDICA
DEL PASADO**, del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

Jueves 6 de junio de 2013, 16:35-18:00 h.

Ponente: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Relator: Dña. CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**LA AUTORÍA MEDIATA POR CONTROL DE APARATO DE PODER Y LA
ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO**

**Ponente: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Francisco Muñoz Conde. Catedrático de
Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide.**

**Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-Manuel Luzón Peña. Catedrático de
Derecho Penal. Universidad de Alcalá.**

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Luzón Peña (Alcalá), Díaz y García Conlledo (León) y Muñoz Conde (Pablo de Olavide).

Relator: D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Becaria FPI. Universidad de Alcalá.

Finalizada la ponencia del Prof. Muñoz Conde, se inicia el debate actuando como moderador el Prof. Luzón Peña, quien, tras hacer unos breves apuntes sobre la duración del coloquio y dar la bienvenida a los Profs. Dres. García Amado y Gutiérrez Santiago, le concede la palabra al **Prof. Díaz y García Conlledo**.

Este último aprovecha para felicitar al Prof. Muñoz Conde por la brillantez de su ponencia y la forma de hilar cuestiones político-criminales y políticas con la dogmática, con cuyas conclusiones –sostiene– no cabe sino básicamente estar de acuerdo. En este sentido, muestra por ejemplo su asenso con la reflexión del Prof. Muñoz Conde acerca de que, al final, y a efectos de responsabilizar penalmente a este tipo de sujetos, puede dar lo mismo utilizar figuras como la de autor mediato, coautor, inductor o cooperador necesario, sin perjuicio de que se pueda afinar dogmáticamente un poco más.

El Prof. Díaz y García Conlledo admite sin embargo no haber entendido bien la parte final del leitmotiv de la ponencia del Prof. Muñoz Conde, por la que dice estarse aplicando últimamente la teoría de C. Roxin para responsabilizar de modo exclusivo a Fujimori y otros líderes; ello –considera– no casaría bien con esa teoría, que serviría precisamente (como el Prof. Muñoz Conde habría explicado bien) para responsabilizar a más gente, como los eslabones intermedios del aparato organizado de poder.

Dicho esto, el Prof. Díaz y García Conlledo realiza algunas precisiones. En primer lugar, aclara que la teoría subjetiva no sólo se habría utilizado para exonerar o atenuar la responsabilidad penal del malvado criminal nazi que mataba con sus manos u ocupaba un puesto intermedio en el aparato de poder con la excusa de que actuaba con voluntad subordinada o en interés de Hitler, sino también, en ocasiones –y siguiendo una opción político-criminal–, a favor de personas que sufrían una situación muy especial; casos éstos que, sin embargo, deberían haber sido resueltos de otra manera. Uno de ellos y, en particular, uno de los que hizo caer la teoría subjetiva de la autoría –además del caso Staschynskij– fue el caso de la bañera. Gracias a la aplicación de esta teoría se evitó que tanto la madre que propuso dar muerte a su hijo ilegítimo recién nacido como la hermana que ejecutó el hecho con sus propias manos en interés de la anterior fueran condenadas con penas muy graves, que podrían haber llegado incluso a la pena de muerte: y así, la madre respondió como autora de un infanticidio, que constituía un homicidio privilegiado, al ser ella quien tenía animus auctoris según la teoría del interés, y la hermana respondió como mera cómplice del delito, lo que suponía también una menor pena.

El Prof. Díaz y García Conlledo precisa asimismo que, además de C. Roxin, hubo liberales en Alemania que se opusieron a las consecuencias negativas de la teoría subjetiva y que

fueron sobre todo algunos de los defensores de la teoría objetivo-formal. El Prof. **Muñoz Conde** muestra su asentimiento con esta afirmación, pero aclara que no fue el caso de la jurisprudencia, que seguía aplicando la teoría subjetiva. El caso de la bañera –prosigue– fue de los más famosos, pero lamenta que hayan pasado desapercibidos muchísimos casos de criminales brutales del nacional-socialismo a los que la jurisprudencia aplicó la teoría subjetiva y, gracias a ella, la pena del cómplice de asesinato. Al respecto, añade además el siguiente dato: en la Alemania (RFA) de 1968, cuando ya se había acordado que el asesinato no prescribía y que, por tanto, podían ser juzgados los crímenes cometidos por los nazis antes de mayo de 1945, se introdujo en una ley que nada tenía que ver con el tema y según la cual la complicidad en asesinato sí prescribía.

Vuelve a tomar la palabra el Prof. **Díaz y García Conlledo**, en relación ahora con la teoría de C. Roxin. Lo primero que se plantea al respecto es la veracidad de la afirmación de C. Roxin de que los eslabones intermedios del aparato de poder fueran siempre libres, aunque no le cabe duda –pues está documentado– de que en muchos casos lo eran. En un aparato como el nazi –se pregunta–, en el que Hitler dictaba lo que constituía el sentimiento de la comunidad, ¿no había en algunos casos coacción para obedecer esas órdenes, o incluso error? De ser esto último cierto –afirma–, tales supuestos no plantearían problemas desde el punto de vista dogmático para clasificarlos dentro de la autoría mediata.

En segundo lugar, el Prof. Díaz y García Conlledo considera un “hallazgo genial” de C. Roxin la capacidad de ver que, en los casos a los que se refiere la construcción de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, existe desde el punto de vista dogmático algo distinto a la inducción ordinaria o más frecuente: pues, mientras que en esta última resulta necesario un esfuerzo de convicción, ello no tendría lugar en la autoría mediata por aparato de poder, en la que a la hora de ejecutar la orden existiría en cambio automaticidad y el sujeto emisor podría estar seguro de que tal orden siempre se cumpliría por un sujeto u otro. Esa observación dogmática le resulta muy acertada al Prof. Díaz y García Conlledo, tanto que siempre le ha planteado muchas dudas el supuesto, pese a que finalmente se ha inclinado por negar la autoría mediata. En particular, se muestra dubitativo en cuanto a la necesidad de un aparato de poder para contar con la seguridad de que la orden o instrucción se cumplirá, ya que lo mismo sucede también en casos como, por ejemplo, la oferta de dinero en algunos ambientes de ciertas ciudades para que alguien se deshaga de otro (o, más fácil aún, le “dé un susto”): con la simple oferta –prosigue– es seguro que alguien estará dispuesto a aceptar el encargo. Ello, unido al hecho muy importante de que la ejecución del delito pase por la voluntad libre y responsable de otro, le hace en líneas generales ser crítico o escéptico con la teoría de C. Roxin y sostener la solución de la participación (normalmente inducción o cooperación necesaria, en los países en que existe esta figura).

En este momento, el Prof. Díaz y García Conlledo retoma y precisa la cuestión que había dejado inconclusa al principio de su intervención, acerca de la conveniencia de diferenciar entre cooperación necesaria, autoría e inducción en la aplicación del Derecho penal. A su juicio, es cierto que no da exactamente lo mismo utilizar una u otra categoría, pero forzar la figura de la autoría cuando se tienen otras no le resulta tampoco especialmente problemático. Es decir –aclara–, para los casos políticos (y desde una perspectiva política o político-criminal) lo que importa es que respondan, que no suceda como con la teoría subjetiva, con la que se contradiría toda sensatez político-criminal y dogmática. A partir de ahí, señala que cabría realizar matizaciones: y, aunque no discute que hay casos de autoría mediata o de coautoría, reconoce que le convence más la figura de la inducción o la de la cooperación necesaria de España si se perfila un poco mejor de lo que está, lo que a su juicio puede hacerse mediante los elementos de la teoría del dominio del hecho en su faceta de dominio funcional del hecho, aplicados a esta figura de participación y no a la coautoría, para la que cree que debe aplicarse el criterio más estricto de la determinación objetiva y positiva (en este caso conjunta) del hecho.

A esta afirmación se une el Prof. **Muñoz Conde**, quien lamenta que en el Derecho alemán no exista la figura de la cooperación necesaria. El Prof. **Díaz y García-Conlledo** asiente, recordando que en diversas ocasiones ha recomendado su introducción en Alemania, en Colombia y en otros países donde no existe, pero mejor perfilada que en España. Como consecuencia de esa ausencia –añade–, el salto de la pena del autor a la del cómplice resulta demasiado grande en Alemania. Y critica también por otro lado que para la teoría del dominio funcional del hecho de C. Roxin sea necesaria la contribución en fase ejecutiva, cuando existen aportaciones previas de gran importancia. No obstante, entiende que la exigencia de actuación en fase ejecutiva es un reconocimiento tácito por parte de Roxin y sus seguidores de que el concepto de coautoría que deriva sin esa restricción de la teoría del dominio del hecho es demasiado extenso y apartado de la realización típica.

Por último, el Prof. **Díaz y García-Conlledo** subraya que, aunque la teoría de C. Roxin puede ser discutible, las soluciones que se están dando en el ámbito internacional con tesis como la de la empresa criminal común parecen desandar el camino de la distinción de responsabilidades en el que tanto ha trabajado la dogmática y deben rechazarse a pesar de la ventaja de su aparente sencillez.

Retoma la palabra el Prof. **Muñoz Conde**, haciendo una reflexión acerca de la última afirmación del Prof. Díaz y García Conlledo: la dogmática alemana –dice– no habla inglés; mientras ese sea el idioma del Derecho Internacional, la dogmática alemana tendrá menos relevancia, si bien cabría apuntar que el tratado de Werle ha tenido mucho éxito en el ámbito penal internacional y ha sido el único de origen alemán traducido a seis idiomas.

Por otro lado, y a modo de aclaración de la duda del Prof. Díaz y García Conlledo, el Prof. **Muñoz Conde** se remite a los orígenes históricos de la teoría de la autoría mediata por aparato de poder de C. Roxin. Al respecto –señala–, debe tenerse en cuenta que C. Roxin la desarrolló durante el año 1962, en pleno apogeo del juicio de A. Eichmann en Jerusalén, y que demostró un gran valor al intentar publicarla cuando aludía a un tema tan candente: tanto como para que la *Juristen Zeitung* se lo rechazara. Dado que en aquella época los principales líderes del nacional-socialismo (A. Hitler, H. Himmler, J. Goebbels) habían fallecido, para el Prof. **Muñoz Conde** C. Roxin opinaba lo siguiente: «Eichmann es el aparato burocrático». A su juicio, eso es lo que no habría sabido hacer la jurisprudencia, aunque con el caso Fujimori se habría abierto la posibilidad. Cuando se tienen determinadas realidades históricas –continúa–, el que se condene a una persona como chivo expiatorio no arregla lo que C. Roxin quería solucionar, pues en aquella época se desarrollaban los juicios contra todos los que estaban en el aparato de poder a un nivel más o menos intermedio: en la judicatura, en la administración o en la política. Y eso es lo que no se habría hecho después en ningún país, apunta el Prof. Muñoz Conde, matizando que en Argentina se estaría haciendo justo ahora, para algunos casos (sobre todo los de los secuestros de menores) y, entre otros motivos, porque se ha conseguido declarar inconstitucional la Ley de Punto Final. C. Roxin no disponía de la figura del cooperador necesario en el Código Penal alemán, y sabía que si no clasificaba estos supuestos dentro de la autoría se les aplicaría la pena del cómplice, irrisoria incluso en casos de asesinato. Esa realidad –insiste– habría que tenerla en cuenta también. Dicho esto, sostiene que la tesis de C. Roxin se aplicaba a las SS y por ello resulta muy difícil extrapolarla, aunque cabría pensar en ETA, en el crimen organizado o en la mafia.

A continuación, el Prof. Muñoz Conde afirma haber aprendido en los últimos años cuán valiosa es la dogmática como instrumento, como también lo sería la gramática; sin embargo, da a entender que tampoco resulta imprescindible, como tampoco lo sería la gramática en el idioma chino. El mundo anglosajón –sostiene– es muy complejo, y a veces su Derecho penal es discutible, pero tiene por ejemplo la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*corporate crime*). A grandes rasgos, lo ideal para el Prof. Muñoz Conde sería que se pudiera ejercer influencia en el mundo anglosajón por parte de la doctrina continental.

Seguidamente, el Prof. Muñoz Conde realiza una reflexión sobre la importancia de la justicia transicional (*transitional justice*), que habría demostrado que en el paso de una

dictadura a una democracia caben muchos modelos: el sudafricano, el rumano, el español, etc. En esos modelos –añade– el Derecho penal puede ser utilizado como un pretexto, ya que en ocasiones tampoco se puede juzgar a los implicados. Si en España hubiera sido posible desde el punto de vista del Derecho Penal juzgar a todos los responsables de la dictadura desde 1939 hasta la muerte del general Franco, no hubiera habido tribunales suficientes ni hubiera sido posible por otras muchas razones. Además, el Prof. Muñoz Conde sostiene que en la práctica resulta muy difícil individualizar responsabilidades cuando tal aparato es sistémico: se tiende a atribuir responsabilidad a algunos, a los más destacados. Y –apunta–, como el aparato de poder genocida nazi no hubo ninguno, tan amplio y cuyas características se ajustan tan perfectamente a los requisitos de C. Roxin. Dicho esto, añade que también resulta muy difícil hacer ese ejercicio de reconducción a categorías jurídicas cuando se trata de auténticas barbaridades y, aunque muchas dictaduras las habrían cometido, el Holocausto las habría superado a casi todas.

En ese sentido, el Prof. Muñoz Conde reconoce haber hecho un esfuerzo de comprensión y contextualización del problema, más allá del cual entiende que se podría seguir discutiendo y perfilando. Por último, dice haber querido también relativizar un poco sobre la dogmática alemana, y añade que sus 40 años de vinculación con Alemania le permitirían hablar con cierto conocimiento de causa sobre algunas de sus ventajas y defectos: por ejemplo, el Prof. Muñoz Conde se muestra crítico con el mimetismo que existe en España a la hora de incorporar algunas categorías alemanas, como por ejemplo la custodia de seguridad, y entiende que se debe a que se desconocen realmente las razones por las que esas categorías surgieron.

Finalmente, toma la palabra el Prof. **Luzón Peña** dando las gracias por la ponencia y el debate y, dada la premura de tiempo, renuncia a hacer una reflexión como moderador y a conceder más turnos de palabra.