

*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*¹ ...

Claus Roxin

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Munich*

I

Las complejas cuestiones que están vinculadas con este tema, se manifiestan en Alemania ante todo respecto de la criminalidad estatal y, con relación a este ejemplo, desarrollaré mi tesis. En efecto, un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de la criminalidad organizada, porque normalmente la organización del Estado en el ámbito dominado por el aparato se muestra como su más completa y efectiva forma.

Mi solución al problema de la intervención de varias personas en el delito, aceptada hace cuatro años por la jurisprudencia alemana², reza así: cuando, en base a órdenes del Estado, soldados u otros funcionarios públicos cometen delitos, como por ejemplo disparar o intentar matar con explosivos a opositores del régimen o a quienes pretenden escapar a otros países, entonces, los ejecutores directos deben ser castigados como autores de un delito de homicidio. Esto vale, pues, incluso cuando creyeron en la conformidad con el Derecho de la orden de matar. La jurisprudencia considerará en tales casos que el error de prohibición era evitable –aunque ciertamente esto depende de cada supuesto particular–, por lo que, ante este error, aún existirá un delito de comisión doloso. Y, no sólo eso: serán también autores, y precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores.

La cuestión, a saber, si cabe la construcción del “autor detrás del autor”, es muy controvertida en Alemania y, en mi opinión, cabe plantearla de la

misma manera respecto del Derecho español. Efectivamente, también el artículo 28 del Código Penal español conoce la autoría mediata, delimitándola como un supuesto en el que alguien se sirve de otro como instrumento. Partiendo de la autoría del ejecutor, debe explicarse cómo alguien puede responder como autor y al mismo tiempo ser instrumento de otros. Hay que hacerlo porque, en cambio, se habla normalmente de que la propia responsabilidad penal del ejecutor se opone a su calificación como instrumento, obstaculizando la autoría mediata. Sin embargo, ésta es posible y la literatura alemana aporta dos explicaciones de ello, que el Tribunal Supremo alemán ha asumido.

La primera tuve ocasión de desarrollarla en 1963 a propósito del caso *Eichmann*³. Éste era un funcionario nazi encargado y responsable de numerosos asesinatos de judíos, pero con sus propias manos no había matado a nadie. Se trataba del típico burócrata y por aquel entonces fue juzgado y condenado en Jerusalén como autor de asesinato. Según mi teoría, basada en el “dominio” como criterio de decisión para la delimitación de autoría y participación, Eichmann debía ser considerado autor mediato, no obstante los que habían cometido el asesinato con sus propias manos, eran igualmente responsables como autores. La razón es que, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder; son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el “resultado”. Si, por ejemplo, alguno se niega a ejecutar el asesinato, esto no implica –al contrario de lo que ocurre con la inducción– el fracaso del delito. Inmediatamen-

1. Traducción de Enrique Anarte Borrillo, de la Universidad de Huelva. Agradezco al Profesor Don Francisco Muñoz Conde su amabilidad al orientarme en la traducción, una vez más (nota del traductor)

2. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, vol. 40, p. 218 (BGHSt 40, 218).

3. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1963, pp. 193-207.

te, otro ocuparía su lugar, y realizaría el hecho, sin que de ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual. El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico⁴ a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el "dominio" y por lo tanto es autor mediato.

El Tribunal Supremo alemán trasladó este planteamiento a los delitos cometidos por los dirigentes de la República Democrática de Alemania, declarando a los miembros del llamado Consejo de Seguridad Nacional responsables como autores mediatos de las muertes que los soldados de frontera causaban a los que intentaban huir a través del muro del Berlín. Los miembros del Consejo que habían dado la orden de disparar, fueron condenados como autores mediatos de los delitos de homicidio, a pesar de la autoría de los soldados fronterizos que actuaron de forma inmediata. Ésta fue la clave argumental⁵: «hay ... casos, en los que ... pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir, cuando mediante estructuras de organización el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares». Con ello se parafrasea lo que denomino "autoría en el marco de los aparatos de poder organizados".

Además el Tribunal Supremo alemán utiliza una segunda fundamentación, que ya había desarrollado Fr.-Chr. SCHROEDER⁶ en 1965, según la cual hay autoría mediata del hombre de atrás no obstante existir también "en particular" un autor que actúa con responsabilidad, cuando aquél se vale de «la incondicionada disposición del autor directo, para realizar el tipo»⁷. En realidad, no creo que

esta fundamentación sea concluyente⁸. En primer lugar, como ya he expuesto, una «incondicionada disposición» a la realización del tipo en la elección del ejecutor no es en general necesaria, porque aún en el caso de desobediencias aisladas la realización del tipo está asegurada por las "condiciones" de la organización, a las que se refiere el Tribunal Supremo alemán. Y, en segundo lugar, es indiscutible que en el clásico caso del dominio incondicionado del hecho, la excepción de un ofrecimiento, no existe autoría mediata sino inducción. Cuando un delincuente profesional se presta a cometer determinado delito a cambio del pago de dinero, está incondicionadamente dispuesto para el caso del pago. Pese a ello, el que acepta la oferta es únicamente inductor. Y con razón: pues sólo el que se ofrece tiene en sus manos la realización del hecho. Sin embargo, esta segunda fundamentación que rechazo no importa porque ya la primera implica la aceptación de la autoría mediata.

II

1. Hasta aquí la jurisprudencia. Por su parte, la doctrina alemana había reconocido ya antes el "dominio del hecho en el marco de los aparatos de poder organizados"⁹. Entre los autores que se han ocupado de la sentencia comentada, SCHROEDER¹⁰, MURMANN¹¹, JUNG¹², GROPP¹³, y BLOY¹⁴ están de acuerdo en los resultados, y los tres últimos también coinciden conmigo en la fundamentación. No obstante, la solución de la autoría mediata en modo alguno se admite pacíficamente. Así, diversos autores defienden la hipótesis de una coautoría, entre ellos con especial firmeza JAKOBS¹⁵. Otros, sobre todo HERZBERG¹⁶, pero también KÖHLER¹⁷, apuestan con fuerza a favor de la inducción del hombre de atrás. Esto necesita de explicación. Paso, pues, a analizar las opiniones discrepantes de los autores mencionados.

4. Muy bien visto por BLOY, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, Goldammer Archiv für Strafrecht, 1996, pp. 425-442 (441).

5. BGHSt 40, p. 236.

6. El título del libro es *Der Täter hinter der Täter* («el autor detrás del autor»).

7. BGH 40, p. 236.

8. SCHROEDER recurre a la sentencia del Tribunal Supremo alemán para apoyar su teoría en el artículo *Der Sprung des Täters hinter den Täter aus der Theorie in die Praxis*, Juristische Rundschau, 1995, pp. 177-180.

9. La demostración en ROXIN, *Täterschaft und Taherrschaft*, 6.ª edición, 1994, p. 653, nota al pie 346.

10. Como en la nota 8.

11. *Taherrschaft durch Weisungsmacht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1996, pp. 269-281.

12. Juristische Schulung, 1995, p. 173 y ss.

13. *Die Mitgleider des Nationalen Verteidigungsrates als "Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern"?*, Juristische Schulung, 1996, pp. 13-18.

14. Como en la nota 4.

15. En su comentario en "Neue Zeitschrift für Strafrecht", 1995, pp. 26 y ss. y ya antes en su *Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, 1991, 21/103.

16. En un trabajo titulado *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen* todavía no publicada. Fue presentado como ponencia en un congreso en Moritzburg en Dresden (septiembre 1997). Hasta entonces HERZBERG había compartido la opinión que yo mantengo (*Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 34 y ss.).

17. *Allgemeiner Teil*, 1997, p. 510 y ss.

2. La solución de la coautoría que JAKOBS propugna descansa en una consideración más normativa del dominio del hecho. Lo entiende como responsabilidad jurídica no como dominio real¹⁸. Para él, la autoría mediata presupone que quien actúa directamente lo haga de acuerdo con el Derecho, a saber, que jurídicamente no sea responsable o no completamente responsable. Pues si fuera completamente responsable, entonces, según este planteamiento, no podría ser un instrumento. JAKOBS no niega que los sujetos que actúan de forma directa sean intercambiables, ni tampoco el "automatismo" con el que se lleva a cabo la ejecución de órdenes. Simplemente, se trataría de "datos naturalísticos" intrascendentes¹⁹. Para igual responsabilidad de ambos, sólo es posible una equiparación por la vía de la coautoría. Nos encontramos aquí entonces una variante de la ampliamente difundida teoría que con carácter general niega el "autor detrás del autor responsable", a la que nos referimos al comienzo.

Sin embargo, la tesis de la coautoría²⁰ no se atiene a los hechos. Los conceptos del Derecho Penal deben referirse a imágenes rectoras, que representen una configuración normativa de las estructuras reales de los sucesos. Pero la imagen rectora del coautor no es la responsabilidad del resto de intervinientes (que ciertamente también existe en el caso de los inductores y cómplices), sino la realización conjunta. Esto se infiere en la misma medida del Derecho alemán y del español. A este principio-rector de la realización conjunta se opone la solución de la coautoría de tres formas.

1.º Falta decisión de realizar conjuntamente el hecho, que es el presupuesto de la actuación en coautoría. Generalmente, en los delitos en el ámbito de los aparatos de poder organizados el que ordena y el ejecutor no se conocen. En cualquier caso, ellos no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados al mismo nivel. El que actúa ejecuta una orden. Esto es precisamente lo contrario de una resolución conjunta. JAKOBS no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar

conjuntamente el hecho²¹. Pero con ello la coautoría pierde sus contornos²². Quienes nada saben del resto, no se comportan conjuntamente, como la ley exige.

2.º Tampoco se da una ejecución común, lo que de acuerdo con una discutida pero correcta interpretación es también un elemento constitutivo de la coautoría. El "burócrata" no ejecuta nada por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que se sirve del órgano ejecutor. Desaparecen los contornos de la coautoría y se borran todas las diferencias frente a la autoría mediata y la inducción, cuando se incluye en la coautoría la orden de un hecho.

3.º La tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas). Con razón dice BLOY²³: «cuando, como aquí, se deben llevar a cabo conductas claramente coordinadas de forma vertical, en las que el papel del hombre de atrás está dispuesto de antemano contando con la completa ejecución del hecho por otros, entonces claramente se habla contra la coautoría y a favor de la autoría mediata».

3. A continuación me ocupo de la tesis que afirma una mera inducción, que recientemente sostienen, además de HERZBERG en la conferencia ya mencionada²⁴, KÖHLER en el nuevo Tratado²⁵. Así, en el caso de HERZBERG sin rodeos señala: «Hitler, Himmler y Honnecker responden de los homicidios que ellos ordenaron no como autores, sino como inductores». De forma parecida dice KÖHLER: «En los casos de determinados "dominios de organización" ... es aplicable la inducción». Los dos autores se apoyan como JAKOBS en una consideración puramente normativa. El dominio efectivo y el poder de mando de hombre de atrás es considerado como "fáctico" o "naturalístico" y con ello apartado por insignificante. En efecto, leemos en KÖHLER: «El hecho de que se destaque la inter-

18. *Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, 1991, 21/33. El dominio del hecho "es determinado en la doctrina generalmente, con criterios naturalísticos (dominio como hecho) y en mucha menor medida normativamente (dominio como base para la competencia)".

19. Como en la nota 15, p. 27.

20. Este criterio también se mantiene en JESCHECK/WEIGEND, *Allgemeiner Teil*, 5. edic., 1996, p. 670; SAMSON, *Systematischer Kommentar*, § 25, n.º 110; OTTO, *Grundkurs Allgemeiner Teil*, 4. ed., 1992, p. 273; EL MISMO., *Jura-Kartei* 1995, § 25 I/3.

21. Como en la nota 15, p. 27 con una justificación más amplia.

22. La interpretación de que no es necesaria ninguna decisión de realizar conjuntamente el hecho es defendida sólo por JAKOBS y sus discípulos y ha encontrado el rechazo del resto de la doctrina. Sobre la crítica más detalladamente KÜPPER, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105 (1993), p. 295 y ss.

23. Como en la nota 4, p. 440.

24. No me puedo ocupar con detalle de la acometida general que ahora HERZBERG lleva a cabo contra mi teoría, que antes había compartido, pues no quiero adelantarme a su publicación.

25. Como en la nota 17, p. 510.

cambiabilidad de los particulares en la organización del hecho con "reparto de papeles" para nada afecta a su concreta responsabilidad. Por lo tanto, eso no hace que el hombre de atrás adquiera ninguna posición de autor. La referencia al dominio de la organización y la correspondiente disponibilidad de los particulares subestima la propia responsabilidad de los autores mediatos». Aquí también la negación de principio del "autor detrás del autor" es, pues, el origen de la construcción.

Sin embargo, la solución de la inducción es tan poco acorde con los hechos como la de la coautoría. Aunque, a primera vista, sirve siempre mejor la inducción que la coautoría. Pues aquella presenta como la autoría mediata una estructura vertical y como ésta consiste en la mera realización de hechos por parte de otro. Su rechazo se basa sin embargo en otros dos puntos de vista.

En primer lugar, es evidente para cualquier observación imparcial que, en una organización delictiva, quien da la orden domina el suceso. Cuando Hitler o Stalin ordenaron matar a sus enemigos, entonces se trataba de su obra (pero no sólo de su obra). Decir que ellos sólo habrían ordenado los hechos, contradice los principios lógicos de la imputación desde una perspectiva social, histórica, pero también jurídica. El mismo JAKOBS²⁶ con todo el normativismo que lo caracteriza tiene que recurrir también a un dato naturalístico. «La existencia de dominio», que él considera como co-dominio, «no puede negarse ... en tales casos». Sin embargo, quien quiera resolver acudiendo a la inducción debe darse de baja de la teoría del dominio del hecho y diferenciar autoría y participación según otros criterios. Pero cuáles sean éstos no queda suficientemente claro ni en HERZBERG ni en KÖHLER.

En segundo lugar, también resulta fácil de entender que la posición de aquel que ordena una situación delictiva —cualquiera que sea el nivel— se diferencia básicamente de un inductor. Éste debe primero buscarse un autor, el "burócrata" sólo necesita dar una orden; el inductor debe tomar contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y, dado el caso, vencer sus resistencias; el que da ordenes en la jerarquía de un aparato de poder se evita todo esto. Tampoco puede negarse que Hitler y dictadores comparables pueden acaparar un potencial destructor y de lesión del Derecho, que ni de lejos es comparable con el de un normal inductor. Cuando se pone su capacidad de dominio al mismo nivel que la influencia de un inductor, se provoca una simplificación normativa al prescindir de las forzosas diferencias materiales.

III

Lo que queda por lo tanto es condenar como autor mediato al hombre de atrás que ordena en el ámbito de aparatos organizados de poder. Ciertamente esta afirmación sólo vale para el caso típico. Con razón dice JUNG²⁷ que «no cabe prescindir de la demostración en el caso particular de la decisión vertical y la intercambiabilidad del ejecutor». Es evidente que también en la actividad de una organización criminal hay casos de coautoría, inducción o complicidad. Pero en este breve trabajo no es posible ocuparse de los criterios diferenciadores de los diversos casos. En su lugar, por lo menos, quiero aún reseñar tres puntualizaciones:

1. Autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. Puede por lo tanto ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Por el contrario, quien colabora con el que da la orden, por ejemplo realizando un trabajo accesorio, sólo será cómplice.

2. Cuando afirmo que mi tesis es válida para las organizaciones criminales, esto no altera para nada que la "criminalidad" se debe referir siempre a un determinado tipo y que puede limitarse incluso a determinadas formas de realización de un tipo concreto. Esto cabe aclararlo con un ejemplo: para la aplicación de los principios que he desarrollado es suficiente para que el aparato de poder dominado por el Consejo de Seguridad Nacional de la antigua República Democrática de Alemania no hiciera caso de la prohibición de matar. No es necesario que el aparato no se considerara obligado por todos los preceptos del Código penal o que ordenara matar más allá del caso particular.

3. A veces se intenta desmentir el dominio del hombre de atrás y consecuentemente también mi concepción, basándose en que quien recibe la orden de ejecución podría también hacer fracasar el delito, por ejemplo dejando escapar a la víctima. Así se habría demostrado que en realidad no tenía el dominio. Sin embargo, esto no es un argumento efectivo en contra, pues prueba únicamente que la autoría mediata también puede fracasar. Habría entonces una autoría mediata intentada. También quien se sirve de instrumento coacciona-

26. Como en nota 15, p. 27.

27. Como en la nota 11, p. 174.

do, que está loco o que obra sin dolo, puede ver malogradas sus pretensiones por acciones imprevistas del ejecutor, sin que por ello nadie ponga en duda la existencia de una autoría mediata que quedó en el grado de tentativa. Pero se entiende fácilmente que tampoco en el caso de la autoría mediata hay una garantía absoluta de éxito.

IV

Finalmente, queda aún la cuestión de si y en qué medida lo que aquí se ha dicho sobre la criminalidad estatal organizada vale también para la criminalidad organizada. Creo que la validez de esta concepción de la autoría debe afirmarse en lo fundamental para cualquier clase de criminalidad organizada. Ya en 1963 en mi primer trabajo sobre el tema destacué²⁸ cómo cabía invocar la autoría mediata en el ámbito de los aparatos de poder organizados tanto respecto de los crímenes de Estado, como de «los que se cometen en el ámbito de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes». De forma muy similar el Tribunal Supremo alemán²⁹ dice ahora: «Una autoría mediata así entendida es aplicable no sólo en caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos or-

ganizados mafiosamente, en los que la conexión espacial, temporal y jerárquica entre la cumbre de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato habla contra la coautoría con reparto de papeles».

Sólo hay que pensar que aquí debe atenderse en gran medida lo dicho en el caso de la criminalidad estatal organizada: a saber, que en el caso concreto es obligado examinar exactamente si ha existido la referida estructura de dominio característica para la autoría mediata. Esto debe ser destacado especialmente, porque por el momento no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan sólo disponemos de heterogéneas descripciones acerca de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión. A la vista de ello no puede ser aceptada sin más la autoría mediata, cuando alguien ordena un delito en el seno de una asociación que la policía o la fiscalía vinculan con la criminalidad organizada. Por el contrario, habrá de comprobarse que realmente han existido los presupuestos de la autoría mediata aquí referidos —la intercambiabilidad del ejecutor y el control automático que de ella se derive—. Pero, esto corresponde ya a cada caso particular. ●

28. Como en la nota 3, p. 205.

29. BGHSt 40, p. 237.