

**PROBLEMAS DOGMATICOS GENERALES  
DE LA DELINCUENCIA DE ABUSO DE PODER**

**Santiago Mir Puig**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona



## I

En las Lecciones anteriores nos ha ocupado la problemática criminológica y político-criminal de la delincuencia relacionada con el abuso de poder, así como el examen somero de los delitos de funcionarios públicos que prevé el Código penal español. Vamos a dedicar esta tercera Lección a la consideración de algunos problemas dogmáticos generales que plantea la delincuencia vinculada al abuso de poder. Se trata de problemas de Parte General del Derecho penal, problemas que afectan a puntos centrales de la teoría jurídica del delito. No se limitan a éste a aquél tipo de delito, sino que pueden suscitarse en cualquiera de los delitos que se cometen abusando del poder —y no sólo en los delitos de funcionarios—. Ello sucede en la medida en que estos delitos se caracterizan a menudo por la utilización de un *aparato jerárquico*, que puede llegar a ser de gran complejidad. Se produce, entonces, una cadena de órdenes que separan al ejecutor material del principal o principal responsables de dichas órdenes. Ello oscurece la individualización de responsabilidades y plantea problemas dogmáticos como los siguientes:

—¿Cómo hacer responsable al que dirige (o codirige) una estructura de poder, si no se puede probar su intervención activa, pero consta, en cambio, su posición de responsabilidad y su deber de controlar a quienes han actuado materialmente? Se trata de impedir el enmascaramiento del que se oculta tras una posición jerárquica y, sobre todo, tras la complejidad de una organización, pero importa al mismo tiempo conciliar este objetivo con la necesidad de respetar estrictamente principios como los de legalidad y de presunción de inocencia.

—¿Bajo qué título puede hacerse responsable al que se limita a dar la orden cuando el ejecutor desconoce el significado delictivo de lo que ha de realizar, o cuando no reúne las condiciones personales que requiere la ley para poder ser sujeto del delito? Aparece aquí la problemática de los límites de la inducción y de la autoría mediata, así como la determinación de quien es coautor (figura central) y quién partícipe (figura accesorio).

—¿Cuándo es aplicable, y cuándo no lo es, la eximente de obediencia debida? ¿Hasta qué punto tiene el posible afectado por el cumplimiento de la orden el deber de soportarla, si se ha producido en obediencia debida? ¿Cabe por su parte legítima defensa, o estado de necesidad?

En esta Lección trataré de introducir en estos problemas en la modesta medida de lo posible, buscando ante todo la claridad y la vivencia de las cuestiones, a menudo candentes. Es evidente que no será posible llegar hasta el fondo de problemas ciertamente complejos; pero tengo la esperanza de que su examen desde el contexto de las estructuras de poder ayude a descubrir el *significado político-criminal* que pueden encerrar conceptos que, por desgracia, con frecuencia aparecen como constructos puramente teóricos.

## II

La primera cuestión que planteábamos era la de cómo hacer responsable al que dirige o codirige una estructura de poder, si no se puede probar su intervención activa en el delito, pero consta, en cambio, su posición de responsabilidad y su deber de controlar a quienes han actuado materialmente. El jefe, supremo o intermedio, de la organización, o el superior jerárquico en el ámbito administrativo, no suelen ensuciarse las manos. Es difícil generalmente probar su intervención, no sólo en la ejecución material del hecho, sino también muchas veces en la propia dirección del mismo. Sin embargo, es evidente, como decíamos, su posición de responsabilidad.

Pues bien, hay que empezar por reconocer que no es posible en estos casos imputar al jefe o superior, por el mero hecho de serlo, la intervención *activa* en el delito, ni a título de autor ni en concepto de partícipe. Por mucho que ocupe una posición directiva, nadie puede ser acusado de una conducta que no se puede probar que ha efectuado. A ello se opone la presunción de inocencia proclamada por la Constitución. Pero, ¿significa esto que no puede ser hecho responsable de ningún otro modo? A continuación veremos que no, pero para ello habrá que encontrar la estructura dogmática adecuada.

Cuando el delito se produce en el seno de una persona jurídica, dotada de personalidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros y órganos, es natural que se plantee la cuestión de si la solución no ha de ser hacer responsable a dicha persona jurídica. Pero la cuestión de la posible responsabilidad de la persona jurídica no debe confundirse con la de la responsabilidad de las personas físicas que la utilizan. Es cierto que ambas cuestiones tienen interés en el ámbito de la delincuencia relacionada con el abuso de poder, pero importa mucho distinguirlas con claridad.

Si bien se mira, el mecanismo de la responsabilidad penal no es adecuado para las personas jurídicas. La ley amenaza con una pena para motivar a los ciudadanos a que desistan de delinquir (prevención general). La pena se impone para confirmar la seriedad de la amenaza frente a la colectividad (de nuevo prevención general) y frente al propio delincuente (prevención especial). Quien vea en la pena alguna función de retribución, deberá admitir que tampoco ésta tiene sentido más que frente a conductas humanas y a personas sensibles al castigo. Es evidente que las personas jurídicas no pueden ser motivadas por la amenaza legal de la pena ni por su imposición, ni pueden sentir el significado de la retribución. Por ello creo que no tiene sentido hablar de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Otra cosa es que sea razonable pensar en la imposición de medidas administrativas y de seguridad a las personas jurídicas. Piénsese, por ejemplo, en la medida de disolución de una persona jurídica cuya actividad se demuestra fundamentalmente delictiva. Pero medidas como éstas no tienen nada que ver con una pena.

Ahora bien, cualquiera que sea el tratamiento que se adopte frente a la persona jurídica, no debe prejuzgar la cuestión de la responsabilidad de las personas físicas implicadas. Quienes creen que las dificultades de descubrimiento de los culpables físicos han de resolverse haciendo penalmente responsable a la persona jurídica, no advierten tal vez que ello vendría a admitir y confirmar la impunidad de los verdaderos responsables. Estos quedarían tranquilos si supieran que de sus hechos no habrán de responder ellos, sino la persona jurídica. ¿Es esto tolerable? Evidentemente, no. Que deban adoptarse medidas frente a la persona jurídica no impide que convenga hacer responder a las personas físicas que se ocultan tras ella.

Pero con esto volvemos al principio. Si no es posible probar la intervención activa en el hecho del directivo o directivos, ¿cómo hacerle responsable del mismo? Decíamos que no es posible imputarle una intervención activa. Ahora añadiremos: pero es posible afirmar su responsabilidad por omisión. Para ello es preciso acudir a la figura de la comisión por omisión. Como es sabido, mediante esta construcción es posible imputar a alguien un hecho que no ha causado activamente, pero que debió evitar por hallarse en la llamada posición de garante. Recordemos el caso de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido, o el del guardagujas que no mueve cuando debe las señales, lo que hace posible que el tren tenga un accidente. Tanto la madre como el guardagujas son hechos responsables de la lesión producida (la muerte del niño o el accidente del tren) aunque *no han hecho nada*, porque se encuentran en una posición de especial responsabilidad, que la doctrina denomina posición de garante. Pues bien, la cuestión es ahora si, en el tema que nos ocupa, puede considerarse al directivo que por su situación de responsabilidad debió evitar el hecho, como responsable del mismo en comisión por omisión.

El Código penal ofrece una base para responder afirmativamente a esta cuestión. Los arts. 238 y 499 bis hacen responsables de los delitos a que se refieren, cuando tengan lugar por una persona jurídica, a determinados directivos, “siempre que éstos tuvieren conocimiento” de los hechos (art. 238) o “que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos” (art. 499 bis). Es éste un criterio que puede generalizarse a todos los casos en que el directivo podía y debía evitar el hecho, y que permitiría imputarle este hecho por mucho que no constase su intervención activa en el mismo, por la vía dogmática indicada de la comisión por omisión.

Una solución paralela permitiría evitar inadmisibles impunidades en delitos no cometidos mediante personas jurídicas, pero utilizando también estructuras organizativas, empresariales, de la Administración pública, o de otro tipo, tras las cuales pueda quedar oscurecida la intervención de los dirigentes o superiores jerárquicos.

### III

El segundo problema que queremos contemplar en esta Lección es el de la responsabilidad que corresponde al directivo, jefe o superior jerárquico que, utilizando algún aparato organizativo, sea público o privado, consta que ordenó el delito, cuando la persona que lo realizó materialmente desconocía el significado delictivo del hecho, o cuando no reúne las condiciones personales que requiere la ley para poder ser sujeto del delito. En ninguno de ambos casos puede considerarse responsable al que actúa materialmente, y ello dificulta la determinación de la responsabilidad del que ordena su actuación.

Veamos el primer supuesto. El jefe da la orden y el que la cumple desconoce su carácter delictivo. Vamos a suponer que este desconocimiento es invencible, por tratarse de algún hecho con apariencia de legalidad y de la clase de los que normalmente se ordenan al subordinado. Siendo así, éste no realiza ni un hecho doloso ni un hecho imprudente. Según la doctrina absolutamente dominante en la actualidad, no es punible la participación en un hecho no doloso y, menos aún, ni siquiera imprudente. Pues bien, esto impide hacer responder al que ordena el hecho como *inductor* al mismo. El inductor es, en efecto, un partícipe sometido al principio de *accesoriedad de la participación* respecto del hecho del autor. En esto se diferencia del autor. Mientras que el autor es punible con independencia de lo que realicen otros sujetos, el partícipe (y el inductor lo es) depende —es accesorio— del hecho del autor. Si la conducta del

que cumple la orden no en sí misma un tipo doloso o imprudente de delito, no es posible castigar como inductor (esto es, como una forma de partícipe) de dicho hecho. Todo esto es así, como es sabido, por mucho que el Código penal castigue al inductor con la misma pena del autor.

De nuevo encontramos un escollo para hacer responsable penalmente al que ocupa una posición de mando en una estructura de poder jerarquizada. Pero también ahora encontraremos en la dogmática actual la construcción que permite superar dicho escollo. Se trata de la *autoría mediata*. Como es sabido, esta figura permite considerar autor a quien no realiza materialmente los actos últimos del delito, sino que utiliza para ello a otra persona que actúa como instrumento. También en estos casos hay, como en la inducción, dos sujetos, el llamado hombre de atrás y el llamado hombre de delante. Pero en la inducción el protagonista principal y, por tanto, el autor, es el hombre de delante, el que realiza los actos últimos. El hombre de atrás, el inductor, ocupa entonces la posición subordinada del que participa en un hecho ajeno. En cambio, en la autoría mediata los papeles se invierten. La figura central, el protagonista del delito al que ha de considerarse autor del mismo, es en la autoría mediata el hombre de atrás. ¿Por qué? Pues porque el hombre de delante se encuentra en alguna situación que le hace perder el protagonismo, que le convierte en un instrumento al servicio del hombre de atrás. Así sucede, por ejemplo, cuando el hombre de delante actúa *forzado o engañado* por el hombre de atrás. Si en la inducción el inductor depende de lo que quiera hacer el hombre de delante, en estos casos de autoría mediata es el hombre de delante el que depende de la violencia o el engaño del hombre de atrás. Hay otros casos de autoría mediata, como enseguida veremos, pero de momento importa partir de los mencionados, que se hallan fuera de discusión en la doctrina actual.

Volvamos ahora al problema que nos ocupaba, de cómo hacer penalmente responsable al que ordena un delito, utilizando una estructura de poder jerarquizado, a un subordinado que no puede conocer el carácter delictivo del hecho. Después de lo que hemos dicho de la autoría mediata, resulta fácil advertir que la solución del problema planteado es considerar autor mediato al sujeto que da la orden. Se trata de un caso en que alguien es utilizado como instrumento mediante un engaño. El no puede ser autor del delito, pues no actúa dolosa ni imprudentemente, pero sí lo será el que utiliza su desconocimiento.

Pero nos queda aún por estudiar la segunda variante del caso que planteábamos. Me refiero al supuesto de que quien cumple la orden conoce su significado antijurídico, pero carece de las condiciones que la ley requiere para poder ser autor del delito. Pensemos que se trata de un delito que sólo puede cometer un funcionario público. Por ejemplo, el delito de destrucción de papeles que el funcionario tenga a su cargo (art. 364 CP). Si el funcionario encarga a un particular la destrucción de unos papeles que tiene confiados, no será fácil fundamentar la responsabilidad del funcionario. Ello se debe a que en este caso el hombre de delante, el que realiza materialmente la destrucción, no actúa típicamente, no realiza el tipo del delito, porque no es funcionario, y el delito que contemplamos sólo puede cometerse por un funcionario público. Dicho más técnicamente: estamos frente a un delito especial propio, porque de él no puede ser autor cualquiera, sino sólo ciertos sujetos, los funcionarios públicos. El que da la orden sí es funcionario y reúne, por tanto, las condiciones personales necesarias para ser autor. Pero no realiza materialmente la acción típica de destrucción de los papeles. Sí induce a dicha acción, pero no puede ser castigado como inductor porque, como antes recordábamos, la inducción presupone un hecho antijurídico del autor al cual se induce. La única forma de castigar al funcionario es, también aquí, demostrar que no es un mero partícipe, un mero inductor, sino el verdadero autor mediato del delito.

Pero esta solución no es tan fácil de fundamentar como la autoría mediata del que se sirve de un instrumento engañado.

En efecto, el particular que destruye los papeles en el caso que ahora analizamos no actúa engañado. Sabe perfectamente el alcance de lo que hace, y hasta puede que tenga interés en hacerlo. De ahí que una parte de la doctrina penal niegue aquí la necesaria dependencia del hombre de delante respecto del hombre de atrás para que pueda afirmarse que aquél actúa como verdadero instrumento de éste. Desde este punto de vista habría que negar la autoría mediata del funcionario. La consecuencia sería su impunidad, pues ya hemos visto que es imposible castigarle como partícipe del particular, que no realiza el tipo del delito. Se trata de una conclusión político-criminalmente inaceptable. Vendría a consagrar un mecanismo más por parte de quienes pueden utilizar el poder para lesionar bienes jurídico-penales no sólo impunemente, sino incluso legalmente. Comparto, por ello, la opinión de otra parte de la doctrina, mayoritaria en Alemania, que se esfuerza por demostrar la posibilidad de considerar autor mediato al funcionario que se sirve del particular.

Pero para fundamentar correctamente esta solución es preciso prescindir de la concepción tradicional de la autoría mediata como utilización de un instrumento que no actúa autónomamente. Es cierto que cuando el hombre de delante no actúa autónomamente, sino forzado por el de atrás, concurre un supuesto claro de autoría mediata. Pero no es preciso exigir tanto para la autoría mediata. En realidad, si bien se mira, en casos típicos de autoría mediata como el del que aprovecha un error de otro, el sujeto en error no actúa obligado por el de atrás ni deja de poder decidir por sí mismo lo que hará. Pese al error, podría cambiar de opinión y no seguir adelante con lo que está haciendo. El hombre de atrás no tiene en realidad ningún control efectivo de la actuación del hombre de delante. De todos modos, es innegable que el protagonismo del delito corresponde entonces al hombre de atrás. He dicho protagonismo *del delito*, no de la actuación material, porque no es preciso, como vemos, que el hombre de atrás controle esta actuación material. Pero entonces, ¿de qué le viene el protagonismo del delito? A mi juicio, de que de los dos sujetos causantes del hecho, el causante material y el causante mediato o indirecto, en estos casos el causante material no puede ser autor del delito ni, por tanto, la figura central del mismo: aquél a quien puede imputársele el hecho como *suyo*. Y si el delito no es suyo, sólo podrá ser del otro causante del mismo, el hombre de atrás, que sí reúne las condiciones para que pueda imputársele el delito. Siendo ambos, el hombre de atrás y el de delante, causantes del delito, a alguno de los dos habrá que poder imputárselo. No pudiendo ser autor el hombre de delante, sólo queda, para serlo, el hombre de atrás. Su protagonismo, su autoría, es consecuencia, ante todo, de la imposibilidad de que el protagonista del delito sea el hombre de delante.

Ahora bien, tampoco es admisible que el particular que destruye los papeles a sabiendas quede impune —como quedaría si no se admitiese la autoría mediata del funcionario—. No puede discutirse que el particular no puede ser autor del delito, pero nada se opone a que pueda ser castigado como partícipe, concretamente como cooperador, tal vez necesario (art. 14, 3º CP). Ello es posible si se considera autor mediato al funcionario. El particular podrá ser penado como cooperador del funcionario. Téngase en cuenta que la ley exige la condición de funcionario para ser autor del delito que consideramos, pero no para los partícipes, puesto que éstos no han de realizar el tipo del delito del funcionario, sino sólo participar en él.

## IV

Queda por resolver el tercer círculo de problemas que empezamos por plantear al comienzo de esta Lección. Se refiere a la eximente de obediencia debida. ¿Cuál es el ámbito de aplicación de esta eximente en la delincuencia relacionada con el abuso de poder? ¿Cabe su estimación si la orden es contraria a Derecho? ¿Hasta qué punto tiene el posible afectado por el cumplimiento de la orden el deber de soportarla?

La eximente de obediencia debida (art. 8, 12° CP) excluye la responsabilidad penal de quien cumple una orden que tiene el deber de ejecutar. El fundamento de esta eximente ha de verse en el interés que tiene el Estado en el funcionamiento de sus instituciones, civiles o militares, que depende de una estructuración jerarquizada. De ahí que, por lo que respecta al ámbito no militar, los arts. 369 y ss. CP castiguen la desobediencia del funcionario. Debe advertirse, por otra parte, que para que sea necesaria la aplicación de la eximente deberá tratarse de una orden que implique la realización de algún acto previsto en un tipo de delito. Esta clase de órdenes, y por tanto el deber de obediencia que generan, son perfectamente posibles en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, autorizados para el recurso a la coacción. Piénsese que el Derecho constituye básicamente un orden coactivo, que puede imponerse por la fuerza y que requiere que determinadas personas impongan su ejecución (por ejemplo, es preciso que la policía detenga a los delincuentes y conduzca a prisión a los condenados a penas privativas de libertad). Es evidente, pues, la operatividad de la obediencia debida en el ámbito de los poderes públicos.

La situación es del todo distinta fuera de este ámbito. No puede admitirse un deber de obediencia que exima de responsabilidad penal dentro de una empresa privada o de la familia. La eximente de obediencia debida ha de reducir su alcance a la llamada obediencia jerárquica, esto es, la pública. No puede eximir la obediencia laboral o doméstica. La razón es doble. Ni la jerarquía puede tener el mismo valor en estas esferas, ni, sobre todo, tiene ningún sentido en ellas el deber de obedecer órdenes de realización de acciones penalmente típicas. Aquel ejercicio de actuaciones coactivas que exige la aplicación del Derecho por parte de los funcionarios públicos no es propio de empresas privadas ni del ámbito familiar. De todos es sabido: la violencia es (o debería ser) monopolio del Estado. Se desprende de todo esto que la eximente de obediencia debida sólo es aplicable al ejercicio del poder público, no al de otras manifestaciones del poder.

Ahora bien, lo dicho no ha de hacer pensar que la eximente de obediencia debida presupone la legalidad de la orden que la genera. Es cierto que los funcionarios públicos tienen a menudo un deber de cumplir órdenes perfectamente legales de realizar acciones penalmente típicas. Pero también puede ocurrir que la orden de que se trate tenga *sólo* una *apariencia* de legalidad, por proceder del órgano competente para dicha clase de órdenes, dirigirse al órgano también competente para cumplirlas y estar revestida de las formalidades legales. Pese a todo esto, el contenido de la orden puede resultar antijurídico. Imagínese el supuesto de una orden de detención impartida por un juez competente y con las formalidades debidas a un agente de policía en principio adecuado para darle cumplimiento, pero con la cual el juez pretende privar de libertad a quien sabe que es inocente pero al que quiere perjudicar. Cuando, una vez practicada la detención, se descubre su ilegalidad, ¿puede alegar el agente de policía la eximente de obediencia debida? Es indudable que la orden era antijurídica, pero también parece claro que el policía cumplió con su deber.

He aquí una aparente aporía. ¿Es posible cumplir con el deber cuando se está cumpliendo una orden antijurídica? Si los hechos se contemplan *ex post*, una vez ocurridos y partiendo de que se conoce ya la ilegalidad de la orden, no parece posible resolver el dilema. Este fue el punto de vista de la dogmática clásica, causalista. Pero lo correcto, a mi juicio, es adoptar un punto de vista *ex ante*, que nos sitúe en el lugar del sujeto en el momento de actuar. Es entonces cuando la norma ha de dirigirle su mensaje prescriptivo, si es que quiere llegar a tiempo para dirigir su comportamiento. La norma no puede esperar a que los hechos se hayan producido para indicarle al sujeto lo que debía hacer. Pues bien, en el momento en que el policía actúa, con los datos de que podía disponer, cualquiera hubiera considerado correcto practicar la detención. El policía no tiene *ex ante*, cuando actúa, ningún motivo para dejar de obedecer la orden. En cambio, también es evidente que en el momento de actuar el juez, éste sí era consciente de la ilegalidad de la detención. Es perfectamente posible, pues, si nos ponemos en el lugar de cada sujeto al actuar, decir que el juez infringe el Derecho y el policía cumple con su deber.

Pero, entonces, ¿bajo qué título responde el juez? El no practica la detención ilegal. La detención es llevada a cabo por un policía que cumple su deber. ¿Existe en realidad una detención ilegal? Es evidente que sí, pero para fundamentar su presencia debemos acudir de nuevo a la figura de la autoría mediata. Aunque el juez no efectúa materialmente la detención, utiliza al policía como instrumento que actúa en error, por lo que es autor mediato de la detención. Lo curioso en este caso es que el delito se comete a través de alguien que actúa justificadamente (porque quien cumple con su deber no puede obrar antijurídicamente). Se trata de la modalidad de *autoría mediata con instrumento que obra justificadamente*.

Queda, sin embargo, una cuestión por resolver. ¿Cómo puede reaccionar el afectado por la detención? Este se encuentra frente a una detención ilegal cuyo autor mediato no se halla presente y cuyo ejecutor actúa con arreglo a Derecho. ¿Puede oponerse a la detención frente al policía con todos los medios que le permite la eximente de legítima defensa? Creo que no. La legítima defensa presupone el enfrentamiento de dos personas que se hallan en una distinta posición frente al Derecho. Una de ellas, el agresor, se enfrenta al Derecho, la otra, el defensor, defiende el Derecho. Esta es la razón por la cual se permite al defensor, si ello resulta necesario, causar al agresor un mal mayor que el que le amenazaba. En el caso que examinamos, el policía no se enfrenta al Derecho, sino que se halla, respecto al mismo, en la misma situación que el que va a ser detenido. Por decirlo en términos no técnicos, ninguno de ambos tiene “ninguna culpa” de lo que sucede. Ambos se han visto llevados a la situación conflictiva por un tercero, el juez. No sería justo hacer recaer sobre el policía las consecuencias de dicha situación. Tampoco sería justo obligar a soportar totalmente la situación al detenido. La única solución admisible es acudir a la eximente que permite tratar por igual a ambas partes del conflicto. Me refiero al *estado de necesidad* del art. 8, 7º CP.

Esta eximente está prevista para colisiones de intereses en las que ninguno de los afectados es agresor ilegítimo del otro. La colisión puede proceder de un agente natural, como un naufragio. Es evidente entonces que el Derecho no puede favorecer a ninguno de los dos sujetos enfrentados por el naufragio. La única solución justa es permitir la acción salvadora que no causa un mal mayor que el que trata de evitar. De ahí que, a diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad no permita, aunque sea necesaria, una lesión más grave que la que se quiere impedir. Esta es la solución adecuada del caso que analizábamos. Enfrentados el policía y el particular a una colisión de intereses no imputable a ninguno de ambos, sino a un factor externo, la orden del juez, el particular podrá reaccionar y tratar de impedir la detención si el mal que con ello

causa no es mayor que el que pueda ocasionarle la detención. Así, si puede desasirse y huir, tendrá derecho a hacerlo. No podrá, en cambio, en un Estado democrático y en un contexto en que la detención no sea imaginable que pueda determinar la “desaparición” o la tortura, matar al policía para impedirla.