

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013/2014

Autoría mediata en virtud de aparatos de poder

**(Command responsibility in hierarchical
organization)**

Realizado por el alumno/a: Jennifer Alexandra Suárez Delgado

Tutorizado por el Profesor D. Miguel Díaz y García Conlledo

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
OBJETO	5
METODOLOGÍA	5
INTRODUCCIÓN	6
I. Autoría mediata:	7
.1 Autoría mediata por coacción	7
.2 Autoría mediata por error	8
.3 Utilización de inimputables	8
II. Autoría mediata por dominio de la organización	9
.1 Poder de mando	13
.2 La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder	14
.3 La fungibilidad del ejecutor inmediato	15
.4 La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor	16
II. Acogida de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder en la doctrina	18
.1 A favor de la autoría mediata por aparatos de poder	18
.2 La coautoría	22
.3 Participación (inducción, cooperación necesaria, complicidad)	24
III. Aplicación de la Teoría por tribunales	30
TRIBUNALES NACIONALES	30
ALEMANIA	30
PERÚ	31
ESPAÑA	47
ARGENTINA:	54
CHILE:	61
CORTE PENAL INTERNACIONAL	63
CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	68

RESUMEN

La autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados consiste en castigar al sujeto o sujetos que se encuentran en la cúspide, o a lo largo de los diferentes niveles, de una organización, ya sea una organización criminal o bien que se encuentre desvinculada del Derecho.

Los requisitos necesarios para la aplicación son:

- Que el sujeto que vamos a considerar autor mediato posea, dentro de la organización, autoridad para dar órdenes, y que efectivamente la ejerza.
- Que la organización se encuentre desvinculada del ordenamiento jurídico. Aunque este requisito no es apreciado por todos los partidarios de la teoría como esencial para que se considere aplicable, el creador de la doctrina la considera indispensable para apreciar el dominio de la organización.
- Que el ejecutor inmediato sea fungible. Entendida esta fungibilidad como que sea fácilmente intercambiable aquel sujeto que se niegue a ejecutar la orden dictada por el superior. Fungibilidad que asegura casi por completo la consecución del resultado buscado por el superior.
- Que el ejecutor inmediato este elevadamente disponible a la consecución del hecho. Entendida como disposición condicionada a actuar, a realizar la conducta que se describe en la orden del superior.

PALABRAS CLAVES: autoría mediata, aparatos organizados de poder, coautoría, participación, inducción, cooperación necesaria, complicidad.

ABSTRACT

Command responsibility through hierarchical structures of power consisting in punishing a subject or subjects at the top of the structure or throughout the different levels of an organization, be it a criminal organization or one that is outside the Law.

The necessary requirements for application are:

- That the subject deemed to have command responsibility has the authority within the organisation to give orders and effectively exercises such responsibility.
- That the organization is outside the legal system. Although this requirement is not deemed as essential by all those that support the theory, the creator of the doctrine considers it to be absolutely necessary for domain to exist within the organization.
- That the directly performing subject is replaceable, meaning that he/she can be easily changed for refusing to execute an order given by a superior. This replaceable nature almost entirely ensures the achieving of the results sought by the superior.
- The directly performing subject is highly willing to achieve the result sought, understood as conditioned willingness to act and perform the conduct required by the order from a superior.

KEY WORDS: command responsibility, hierarchical organization, co-perpetration, participation, induction, necessary cooperation, complicity.

OBJETO

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en el sentido de llegar a una conclusión sobre si la misma podría llegar a aplicarse en nuestro país, así como en los demás países que comparten con el nuestro la tradición jurídica, o el modelo de derecho penal; me refiero sobretodo a países latinoamericanos.

METODOLOGÍA

La metodología seguida consistió, en primer lugar en la elección de un tutor y, consecuentemente, una materia sobre la que versaría el trabajo. Posteriormente se concretaría el tema, que en este caso fue la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Se ha procedido a una división en relación con el desarrollo del proyecto, de manera que resulte más sencillo poder distinguir entre la solución de la doctrina, tanto nacional como extranjera, y tanto mayoritaria como minoritaria; de la solución, o más bien soluciones, dadas por la jurisprudencia, que son muchas y muy variadas, realizando a su vez un análisis de la jurisprudencia nacional de varios países, como del tratamiento jurisprudencial de tribunales internacionales sobre la autoría mediata por dominio de la organización, en concreto la Corte Penal Internacional.

Ya entrando más en la materia objeto del presente trabajo, se ha procedido al estudio de los diferentes puntos de vista sobre la teoría de la autoría mediata, además de otras posibles soluciones, dadas por la doctrina, no sólo española sino también de otros autores extranjeros, en concreto de la doctrina alemana que es la que parece haber acogido la doctrina en mayor número.

Además, también se hará un análisis de las resoluciones que aplican la teoría, o que simplemente la exponen como una opción, para poder llegar al convencimiento o no de la posible aplicabilidad de la misma.

INTRODUCCIÓN

El tema que motiva esta exposición fue despertando el interés de los juristas al calor de los juicios que se sucedieron posteriormente a la final de la II guerra mundial, vinculados con los exterminios masivos llevados a cabo por la Alemana nazi.

Pasados los juicios de Núremberg, en 1961 la cuestión ya estaba suficientemente madura cuando llegó el caso perfecto para tratar la cuestión: el juicio que se llevó a cabo en Jerusalén contra un funcionario de la maquinaria estatal nacionalsocialista: Adolf Eichmann. La gran cantidad de documentos y testimonios que se vieron la luz en aquel juicio mostró al mundo lo compleja que era la burocracia estatal nazi puesta casi exclusivamente al servicio del holocausto de pueblos enteros, y reveló, en cuanto al grado de responsabilidad de sus ejecutores, la paradoja de que si partíamos de quienes ejecutaban de propia mano los asesinatos, por ej. en las cámaras de gas, y ascendíamos a través de la cadena de mandos de la estructura organizativa nazi hasta llegar al propio Hitler, a medida que nos alejamos de los ejecutores, aumentaba no sólo la responsabilidad por los hechos, sino también el dominio acerca de la decisión de lo que dio en llamarse “la solución final”, lo que ROXIN denominará dominio del hecho por dominio de la organización. A medida que descendíamos por la cadena de jerarquías, el dominio sobre la concreta configuración de los asesinatos iba en aumento, hasta llegar a los que tenían a su cargo conducir a las víctimas a los recintos de la muerte y accionar las máquinas infernales.

Eichmann no estaba ni en la cúspide del aparato de poder, ni en sus bases, sino que se encontraba a media distancia entre ambos extremos. Eichmann era el encargado de enviar a los judíos a los campos de concentración, órdenes que provenían de niveles superiores del aparato nazi.

El Tribunal de Jerusalén condenó al imputado como autor de los crímenes por los que se lo acusaba, con argumentos que resultaron ser el prototipo de la construcción conceptual que intitula esta clase.

Posteriormente, la construcción se ha utilizado en otros contextos e incluso hay autores que proponen su aplicación a la delincuencia empresarial.

El tema es, por tanto, de actualidad y objeto de intensa discusión científica.

I. Autoría mediata:

La autoría mediata¹ consiste en la realización de la acción típica nuclear, o sea y especialmente en los delitos puramente resultativos, en la determinación objetiva y positiva del hecho, a través de otra persona que actúa como instrumento o, en la terminología del CP “por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Los partidarios de la teoría del dominio del hecho hablan aquí de dominio de la voluntad.

La autoría mediata comienza a utilizarse históricamente como un instrumento para colmar lagunas punitivas que se derivaban del entendimiento de la accesoriedad de la participación como accesoriedad máxima, pues el autor debía actuar de manera típicamente antijurídica y culpable, lo que llevaba a considerar impune la conducta de quien inducía a un menor a que cometiera un delito.

Los requisitos que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO² considera necesarios para apreciar la autoría mediata son, además de la realización del tipo (teniendo en cuenta la determinación objetiva y positiva del hecho) por el autor mediato,

1. Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento.
2. Determinar si esa acción realizada a través de otro es de autoría, pues es posible la realización a través de otro constituya una forma de participación (participación mediata).

.1 Autoría mediata por coacción

Se trata de supuestos en los que se produce coacción u otros procedimientos que obligan al sujeto a actuar. En estos casos el sujeto que actúa detrás (el autor mediato) fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una determinada conducta.

Para que haya instrumentalización es necesario que se de una auténtica coacción, no bastando la mera influencia en la voluntad de autor inmediato. Esta coacción o

1 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Enciclopedia Penal Básica. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoría*. Granada, Ed.Comares, 2002. p. 160.

2 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Enciclopedia Penal Básica. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoría*. Granada, Ed.Comares, 2002. p. 161.

intimidación, dará lugar a que el instrumento actúe amparado por estado de necesidad o bajo miedo insuperable, causa de justificación la primera y de exclusión de la culpabilidad la segunda. El fundamento de este primer grupo de casos de autoría mediata es la falta de voluntad libre del instrumento.³

.2 Autoría mediata por error⁴

Se trata de supuestos en los que se crea o aprovecha un error en el que actúa de modo inmediato. El fundamento de la autoría mediata en estos casos es que el sujeto de atrás domina la situación por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho (conocimiento que falta o no es completo en el instrumento). En este punto se discute qué clase de error es suficiente para fundamentar la autoría mediata en el sujeto de atrás.

Se suele admitir que existe autoría mediata del sujeto de atrás en los que el error del ejecutor inmediato es un error de tipo.

También habría autoría mediata en los casos en que el sujeto de atrás no crea el error, sino que se aprovecha del error ya existente en el autor inmediato.

.3 Utilización de inimputables⁵

Se trata de supuestos en los que el sujeto de delante es un menor, un enajenado, etc, en definitiva sujetos inimputables. En estos casos, al hallarse sólo afectada la culpabilidad del ejecutor inmediato, no habría problema en castigar al sujeto de detrás como partícipe. El fundamento de esta modalidad radica en la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o motivarse según esa comprensión (en definitiva conocer lo que está bien o mal y actuar conforme a ese conocimiento), que es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás.

3 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Enciclopedia Penal Básica. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*. Granada, Ed.Comares, 2002. p. 162 y ss.

4 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Enciclopedia Penal Básica. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*. Granada, Ed.Comares, 2002. p. 164 y ss.

5 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Enciclopedia Penal Básica. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*. Granada, Ed.Comares, 2002. p. 166.

II. Autoría mediata por dominio de la organización

La teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados es creada por el profesor ROXIN en 1963, en un trabajo que fue publicado en *Goltdammer's Archiv*⁶. La teoría fue creada como solución para aquellos supuestos en los que el sujeto de atrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal, con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar la realización a la sola decisión autónoma del ejecutor. Son casos de autoría mediata en los que no es posible la aplicación de los supuestos clásicos de error o coacción.

Comienza ROXIN estableciendo que la problemática de crímenes como los de guerra, los de Estado y los de organizaciones, no pueden ser abordada a través de “los baremos del delito individual”; dice que las figuras de la autoría y la participación están enfocadas más en hechos individuales, y que “no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global”.

Aun cuando en ocasiones han intentado resolverse estos supuestos a través de la autoría mediata en virtud de coacción o error, expone ROXIN que así únicamente se ha conseguido “velar la problemática”. Para demostrarlo comienza con un análisis de las dos figuras, coacción y error, argumentando en cada una de ellas porque no es posible su aplicación en estos supuestos.

Por lo que se refiere a la coacción, ROXIN pone el ejemplo de la maquinaria nazi, dice queda demostrado de la investigación de los procesos de Núremberg que nadie fue fusilado por negarse a cumplir una orden de fusilamiento, si bien fueron únicamente podríamos decir amonestados con una nota desfavorable en su expediente, con una negación de ascenso o con un traslado, pero en ningún momento parece deducirse que se les castigara con la muerte, por lo que sería imposible argumentar una coacción en estos casos, pues no hay miedo fundado a que la conducta acarrearía un mal directo hacia su persona.

En cuanto al tema del error, piensa ROXIN que es posible que el que “mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica”, aunque por lo general el autor inmediato podría llegar a pensar

6 ROXIN, Claus. Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, págs. 193 y ss. citado en MUÑOZ CONDE, Francisco La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. 2013, nº1.

que se ve minorada su responsabilidad con la idea de la superior responsabilidad de quien le da órdenes. Sin embargo en este punto, dice ROXIN que el error sobre la antijuridicidad formal no da el dominio de la voluntad al sujeto de detrás.

ROXIN fundamenta de manera decisiva el dominio de la voluntad para estos supuestos, en el factor de la fungibilidad del ejecutor, que supone que el ejecutor sea fácilmente intercambiable, es decir, que en el caso de que un ejecutor se negara a llevar a cabo una orden delictiva, habría otro miembro de la organización dispuesto a realizar el hecho punible, garantizándose así la comisión del delito, y en consecuencia el cumplimiento de la orden del superior. En muchos casos el superior que emite la orden no elige al ejecutor, llegando incluso a desconocer su identidad, aunque confiando en que su orden va a ser cumplida de una u otra manera por la organización.

Es aquí donde ROXIN configura lo que él denomina la máquina del poder, que sería la organización, y cuyos miembros asimila a los “engranajes de la máquina”. Para ROXIN, cualquier individuo que forme parte de la organización y posea competencias para hacer que sus subordinados cumplan las órdenes que él transmite, siendo irrelevante la posición que este miembro ocupe en la organización, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad, siempre que haga uso de sus competencias para que se lleven a cabo los hechos punibles.

Considera irrelevante tanto si son casos de transmisión de órdenes de “más arriba”, como si se trata de órdenes dictadas por él en beneficio de la organización, actuando aquí por su propia iniciativa. Para ROXIN lo decisivo a la hora de determinar la autoría mediata del individuo es que éste puede dirigir la parte de la organización que se subordina a él, sin dejar la realización del hecho punible a criterio de otros. Está de acuerdo en este punto con JÄGER⁷ citando los ejemplos de éste, en los que la simple realización de una llamada de teléfono o la firma de un documento podrían constituir un asesinato.

En mi opinión, quizá suponga esto una extensión muy amplia de la autoría mediata por dominio de la organización, por cuanto considero que estas conductas deberían ser más bien de participación (complicidad o cooperación necesaria), que de autoría mediata, al margen de que pudiera ser de aplicación aquí el dominio de la voluntad por error o coacción.

7 JÄGER, H. *Betrachtungen zum Eichmann-Prozess*. MschrKrim, 1962, p. 80, citado en ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Séptima edición. Ed. Marcial Pons, 2000, p. 270

- Limitación del dominio a aquellas organizaciones que se encuentran al margen de la legalidad, o desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico.

Desde el principio, ROXIN considera este punto como condición indispensable para que quepa el dominio de la organización, si bien algunos de los autores que coinciden con la teoría del dominio de la organización discrepan en este punto con él como más adelante veremos.

Considera ROXIN que si la dirección y órganos ejecutores se mantienen ligados a un ordenamiento jurídico colocado de forma independiente a ellos, las órdenes delictivas no podrán constituir dominio de la voluntad por el mayor rango de las leyes, que normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el dominio del sujeto de atrás. Es decir, que los ejecutores podrán escudarse en el cumplimiento de la ley para el incumplimiento de las órdenes.

Así, considera como inducción aquellos supuestos en que las órdenes de cometer delitos se llevan a cabo por un agente, que forma parte de una organización que se mueve por los cauces del Derecho (pone aquí el ejemplo de un comandante de las Fuerzas Armadas). Esta orden antijurídica no pone en marcha la maquinaria de la organización, sino que más bien constituye una actuación particular, que es en muchos casos ocultada a la dirección de la organización.

No se daría aquí la fungibilidad del ejecutor, pues no podría garantizarse en estos casos la realización por otro miembro. En palabras de ROXIN, “no se actúa con el aparato, sino contra él”.

Existen dos manifestaciones típicas de las que se deduce el dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder:

En primer lugar, y es el caso más frecuente, nos encontramos con un aparato organizado desde el poder estatal que tiene subordinado a él organizaciones de las que se ayudan a la hora de la comisión de los hechos punibles. Son el caso más frecuente en la práctica puesto que es el Estado el que puede tener un aparato de poder más amplio.

Ocurre por ejemplo en el proceso contra Eichmann⁸ y a su vez en la sentencia del caso

8 Adolf Eichmann era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no

Staschynski⁹. La evaluación de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el dominio de la acción, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el dominio de la organización. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que “el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata”¹⁰

En segundo lugar, la otra forma de autoría mediata es la que consiste en hechos cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales, etc.

Para que en estos casos quepa el dominio de la organización, lo importante es que la organización se caracterice por ser una organización rígida, “independiente del cambio de los miembros concretos”, y además, que la organización se oriente a fines delictivos comunes, que por su naturaleza sean contrarios al ordenamiento jurídico y que vulnere las normas penales positivas. ROXIN lo denomina como “Estado dentro del Estado”.

había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en el que fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a ese país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos.

9 El agente Staschynski, por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante.

10 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7. p. 15

Lo decisivo en ambos casos, no es que se puedan oponer defensas a la realización de los hechos delictivos, sino que los miembros no obren por cuenta propia, sino como órganos de la organización, como “engranajes” de la misma, reconociendo la autoridad de la dirección de la organización; y en consecuencia, subordinándose a ella.

Aunque en este sentido, ROXIN no extiende aquí la aplicación a toda agrupación de individuos para delinquir, pues no todos poseen el “cambio de los miembros que presupone [...] el dominio de la voluntad”.

– Requisitos del dominio de la organización.

ROXIN hace depender el dominio de la organización a la que se den en ella ciertas condiciones. Actualmente, son cuatro los factores a los que se puede atribuir el dominio del hecho del sujeto de detrás. Pasamos a analizarlos en detalle cada uno:

.1 Poder de mando

Sólo puede ser autor mediato aquel sujeto que, formando parte de la organización, posea competencias para dictar órdenes y que éstas se cumplan, además, esa autoridad debe ser ejercida para causar realizaciones de tipo, es decir, para cometer hechos delictivos. Así pone de ejemplo ROXIN¹¹ un comandante de un campo de concentración nazi será autor mediato de cuantos asesinatos sean cometidos por cumplimiento de sus órdenes, aunque él mismo estuviera actuando en cumplimiento de órdenes transmitidas por sus propios superiores.

De esto deducimos que puede haber varios autores mediatos dentro de los distintos niveles de jerarquía de la organización, dice ROXIN “autores mediatos en cadena”.

Sin embargo, otro personal del campo de concentración, siempre que no haya promovido de manera consciente los asesinatos, o no haya cooperado en ellos, no podrá ser considerado autor mediato, sino que simplemente podrá ser castigado por complicidad. Aunque no es mencionada la figura de la cooperación necesaria, porque el CP alemán no la recoge, también cabría en estos casos dependiendo de en qué consista la conducta del partícipe.

11 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7. p. 16

.2 La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder

Como ya antes se adelantó, ROXIN considera que es condición indispensable para el dominio de la organización que ésta se encuentre desvinculada del Derecho. Esta condición la postula desde un principio, y ha sido ampliamente criticada, incluso entre los partidarios de su doctrina como AMBOS y MUÑOZ CONDE, como posteriormente veremos.

Hay que hacer dos aclaraciones: en primer lugar, que el aparato de poder debe estar desvinculado del ordenamiento en aquellas situaciones en las que se realizan tipos penales. Es decir, que podrá estar vinculada al Derecho en otros ámbitos o relaciones. En este punto ROXIN¹², hace mención de dos ejemplos, las medidas de la RDA para impedir que los ciudadanos abandonaran el territorio, aun cuando en el resto de las relaciones si “caminaban” dentro de la senda del Derecho, y de la llamada “solución final de la cuestión judía” en el caso del régimen nacionalsocialista. Hay que tener en cuenta, que la referencia a que las acciones se encuentran desvinculadas del derecho hay que hacerla desde un punto de vista externo, es decir, que por ejemplo en el caso del régimen nazi, para ellos las órdenes de exterminio de los judíos eran completamente legales.

Es evidente por tanto que la desvinculación debe ser condición necesaria para la aplicación, pues de lo contrario tendríamos que el ejecutor podría en cualquier momento negarse a la orden de manera voluntaria y libre apelando a la legislación vigente. Además, que si las órdenes emitidas por los sujetos de atrás fuesen ilegales, tendríamos que los tipos cometidos serían, únicamente, resultado de órdenes dictadas por simples funcionarios no autorizados y por lo tanto acciones aisladas y no vinculadas a la existencia de un aparato de poder organizado. Estas acciones individuales serían tratadas conforme a las reglas de la inducción y la autoría.

Dice ROXIN¹³ que “el sistema [...] parcial de un Estado tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo ('desvinculado del Derecho') si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás”.

12 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 16

13 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 17.

.3 La fungibilidad del ejecutor inmediato

Consiste en la sustituibilidad de los sujetos de delante, es decir, de los que en las actuaciones delictivas de los aparatos organizados de poder ejecutan la acción final, que es con la que se realiza el tipo penal. Estamos aquí también ante uno de los requisitos que, desde un principio, ROXIN considera indispensables para que exista el dominio de la organización. Con ello se garantiza que las órdenes emitidas por el sujeto de atrás, van a ser cumplidas, y es que en caso de que el ejecutor, de manera voluntaria, decida no ejecutar la orden, habrá dentro de la organización otro u otros sujetos dispuestos a cumplir la orden, y consecuentemente realizar el tipo. No se limita el caso de sustitución a la negativa por parte del ejecutor, sino que puede aplicarse a otros casos en que por algún fallo se impida la realización del tipo.

En este punto, ROXIN¹⁴ hace mención de las críticas que recibe de varios autores. En primer lugar, RENZIKOWSKI¹⁵, que aun cuando reconoce una “posibilidad garantizada” de que con la sustituibilidad del ejecutor inmediato se produzca el resultado, objeta que “hipotéticas acciones de terceros”, es decir, el recurrir a otro individuo que ejecute la orden, no podría fundamentar un control del que actúa de hecho. La solución que expone ROXIN es que tendría sentido lo dicho por RENZIKOWSKI sólo si se concibe el dominio de la organización como el dominio del instrumento concreto, es decir, si se considera que el instrumento es el ejecutor en cada caso concreto; sin embargo, desde el principio se ha dejado claro que el instrumento sobre el que se realiza el dominio no es un individuo concreto, sino que es la organización en su conjunto. Considera que “la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis, sino una realidad que asegura el resultado”.

Por otro lado, tenemos a SCHROEDER¹⁶ que considera que los especialistas imprescindibles no serían intercambiables como ejecutores, aunque llega a la misma solución de considerar a los sujetos de atrás como autores mediatos. Sin embargo, dice

14 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 17

15 RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. 1997 págs. 87 y ss citado en ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 17

16 SCHROEDER, Friederich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Berlín 1965, pág. 168, citado en ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 17 y ss.

ROXIN, si se tiene por cierto esto, abandonaríamos el dominio de la organización; si para llevar a cabo las órdenes, hay que hacer uso de un especialista, por ser sólo él quien esté en condiciones de realizar el tipo, no estaríamos ante un desarrollo normal del “modo de obrar de la organización”. Además, también un particular, entendido como cualquier sujeto, podría contratar a un especialista. Dice ROXIN que estaríamos aquí ante una inducción, salvo en los casos en que pudiera fundarse un ejercicio de una coacción relevante conforme al art. 35 del CP alemán.

Con esto, lo único que podríamos dejar sentado es que no todos los delitos que se cometen a través de la organización deben seguir, siempre y en todo caso, el esquema del dominio de la organización, hecho que ROXIN nunca ha negado.

Otro motivo de los que se hace valer contra el criterio, es que “el ejecutor inmediato pudiera perdonar la vida a la víctima y dejarla escapar, de tal modo que entonces tendría el dominio exclusivo sobre la realización del resultado y no podría hablarse de fungibilidad”¹⁷; sin embargo, acude en este punto al ejemplo del exterminio de los judíos (los cuales tuvo presentes durante la creación de la teoría que nos ocupa) el individuo que ejecuta la orden apenas ha tenido la posibilidad de negarse a ejecutarla y salvar a la víctima. Al igual que en el caso de los soldados vigilantes del muro. Una organización así no sería apta para funcionar.

Si bien ROXIN finaliza este punto diciendo que, como la fungibilidad puede estar configurada de diferente manera según la organización en la que nos encontremos, no podemos fundamentar el dominio de la organización exclusivamente en este criterio.

.4 La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Este requisito se asemeja a los conceptos que sirven de base a SCHROEDER y HEINRICH¹⁸ para explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. Mientras que SCHROEDER habla de una “disposición condicionada a actuar”, HEINRICH se decanta por una “inclinación al hecho típica de la organización”. También hace uso de

17 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 18.

18 SCHROEDER, Friederich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Berlín. 1965, pág. 150; HEINRICH, Hans *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*. 2002, págs. 271 y ss. citado en ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 19.

un concepto similar el Tribunal Supremo Federal alemán cuando habla de “disponibilidad incondicional”. Sin embargo, ROXIN¹⁹ considera que no puede tomarse de base la disposición o la decisión de cometer el tipo que pueda tener el ejecutor, para fundamentar su control, pues esto sólo indicará “la libertad responsable de su actuar”.

Para ROXIN, este elemento de la disponibilidad forma parte, de manera indiscutible, como componente del dominio de la organización. Partimos de que el ejecutor inmediato se encuentra en una posición distinta a la del autor individual que toma las decisiones por sí mismo y sin seguir las directrices de otro. Dice ROXIN que el ejecutor inmediato en los casos de organizaciones, se encuentra sometido a numerosas influencias de la organización y que por ello se halla más dispuesto para el hecho, lo que no quiere decir que esto haga que se minore su responsabilidad. Estas influencias específicas hacen que se incremente las posibilidades de éxito de la orden, y por tanto contribuyen al dominio del hecho de los autores mediatos, los sujetos de atrás.

Nos encontramos aquí ante tres supuestos que podrían concurrir en los miembros de la organización. En primer lugar, el formar parte de la organización lleva a la adaptación del individuo a ella, lo que puede llevar a una “participación irreflexiva” en conductas que por sí sólo no habría llevado a cabo el individuo no integrado en una organización. En segundo lugar, tenemos el “empeño excesivo en prestar servicio”, a causa, dice ROXIN de por ejemplo arribismo, afán de notoriedad,... En tercer lugar, tenemos la participación de miembros contrarios a la forma de actuar de la organización, pero que utilizan el silogismo de “si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. Y finalmente, tenemos aquellos casos en los que el ejecutor inmediato están dispuestos a realizar todas aquellas acciones que les ordenen por miedo a, en caso de negarse, perder su puesto, o un menosprecio de sus compañeros, o que pese a tener dudas sobre el carácter injusto de su conducta, confía en su impunidad por estar la misma ordenada por “los de más arriba”²⁰. Estos últimos casos, se asemejan más a la figura de la autoría mediata por error o coacción, si bien no llega a excluirse la responsabilidad del ejecutor inmediato y por ello no podría aplicarse en estos casos.

19 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 19.

20 ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 20.

Aunque los dos últimos elementos por sí solos no podrían fundar el dominio de la organización, juntos se conciben como elementos esenciales que aseguran la ejecución de las órdenes de los sujetos de atrás.

II. Acogida de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder en la doctrina.

.1 A favor de la autoría mediata por aparatos de poder

La teoría ha sido acogida en la doctrina de formas muy diferentes, si bien sigue siendo minoritaria en algunos países, como es el caso de España, en otros, como en Alemania, la doctrina es mayoritaria a la hora de aceptarla.

Entre los que defienden la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, nos centraremos en las exposiciones de AMBOS, MUÑOZ CONDE, MEYER y SANCINETTI.

MEYER²¹ basa el dominio del hecho, en estos casos, en el manejo de la organización por parte de los organizadores, en que los ejecutores no son libres, y esta falta de libertad, dice, se produce por la especial estructura de estas organizaciones de poder. Para MEYER, en estos casos se propician situaciones de coacción, añadiéndosele la fuerza de la orden del superior.

En el caso de AMBOS²² considera que la figura del instigador no resultaría convincente pues éste tendría más responsabilidad que el instigador. En contra de considerar la coautoría expone, como ya hemos visto en ROXIN, que el ejecutor y el que imparte la orden no actúan de manera conjunta y además, que no existe la relación horizontal, al mismo nivel, que es típica en la coautoría. Entiende que sólo la autoría mediata hace posible la comprensión correcta para considerar al hombre de atrás como autor. Sin embargo, aunque le resulta esta teoría “convinciente”, entiende que debería ser fundamentada de otra manera para que “entienda normativamente el principio de responsabilidad. Dice que el dominio por la organización podría entenderse como un “entrelazamiento de componentes normativos y fácticos”, como una combinación de

21 MEYER, María-Katharina., *Ausschluß der Autonomie*. Ed.cit. p. 102 y ss citado en HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996, p. 264.

22 AMBOS, Kai. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 28 y ss

ambos componentes. Dice AMBOS que el poder de conducción se reparte, en los casos analizados, entre dos responsables; en primer lugar, el autor directo, en el cual se funda ese poder de conducción en la cercanía del ejecutor con el hecho; por otro lado, en relación con el hombre de atrás, el que imparte las órdenes, se funda en su influencia sobre la organización de la que es miembro el ejecutor. Para él “quien ordena tiene la organización en su mano”, y a través de esa influencia es como logra dominar de manera mediata al ejecutor inmediato.

Para AMBOS²³, la autoría del sujeto de atrás, partiendo de su poder de conducción, se deduce de una serie de “consideraciones normativas”. En la organización la responsabilidad, por el hecho concreto o individual, va creciendo a medida que el autor de atrás se distancia del nivel de ejecución, es decir, que cuánto más elevada sea la ubicación del puesto de mando, mayor será la responsabilidad por el hecho individual.

Concluye diciendo que “la teoría del dominio por organización contiene el punto de partida correcto para... [los]...casos en los cuales los autores inmediatos o materiales actúan en el marco de una política de represión o persecución sistemática y/o generalizada, desarrollada y preparada por la cúpula de la organización estatal (la junta de un gobierno de facto, el comité ejecutivo del partido político dominante,...) o privada (un grupo armado paramilitar o insurgente,...)”.

Resumidamente, SANCINETI²⁴, para el caso de las acciones cometidas bajo el mandato de las Juntas Militares en Argentina, señala que una vez el dirigente ha impartido la orden, ha constituido ésta un comienzo de la ejecución del plan. Es entonces a partir de ese momento cuando “el autor mediato es responsable con dolo directo o eventual de la tentativa de todos los hechos que podrían ser derivados de la ejecución”, aunque no se produzca el resultado querido y la actuación constituya una mera tentativa. Dolo directo con respecto al resultado muerte, y dolo eventual en cuanto a la cantidad de sujetos afectados, es decir, en cuanto al número de muertos totales.

MUÑOZ CONDE²⁵ coincide con ROXIN en cuanto a que el fundamento para aceptar

23 AMBOS, Kai. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 29 y ss.

24 SANCINETTI, Marcelo. *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Ed. Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1988, p. 29 y ss citadon en MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 61.

25 MUÑOZ CONDE, Francisco La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional*

la autoría mediata por dominio de la organización “no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa”. A su juicio, la autoría mediata por dominio del aparato de poder sirve para fundamentar la responsabilidad de los miembros principales de la organización, tanto los que se encuentran en la cúspide de la misma como los de “niveles intermedios” en el cual se encontraría Eichmann, sin embargo no fundamentaría la responsabilidad de todos los integrantes de la organización, como por ejemplo podría ser el de la secretaria de Eichmann. Una ampliación así, “llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho”.

Existe también una línea doctrinal que entrelaza la autoría mediata con la coautoría, a la que recientemente ROXIN ha dado acogida, y que se considera como coautoría mediata. Esta coautoría mediata serviría para aquellos casos en que tengamos varios dirigentes que se encuentran relacionados directamente entre sí. Esta figura posee en el plano vertical las características de la autoría mediata por dominio de la organización, en cuanto a la relación jerárquica y a la fungibilidad del ejecutor; y en el plano horizontal, las características de la coautoría de plan común, distribución de funciones y papeles de cada uno de los intervinientes, unas de estas cercanas a la ejecución y otras que se quedan en la organización del hecho, sin llegar nunca a la ejecución misma del hecho.

Para GIL GIL²⁶ la autoría mediata con aparatos de poder se enfrenta en nuestro país a la redacción que el art.28 del CP da de la autoría mediata como aquel que realiza el hecho por medio “de otro del que se sirve como instrumento”. Para los defensores de la autoría mediata por aparatos de poder interpretan que este “otro” se trataría de una persona física, lo que llevaría a negar que el instrumento sea la propia organización, aunque no ven en ello un obstáculo para incluir esta forma de autoría mediata en el citado artículo, pues entienden que la instrumentalización del sujeto se produce a través de la inclusión del sujeto en la organización. También se puede entender incluido a través de una interpretación extensiva del término “instrumento” como equivalente a “usar a otro como medio para conseguir un fin”, sin con ello exigir que el ejecutor inmediato posea

de Ciencias Penales. 2013, nº1, p. 499 y ss.

26 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 119 y ss

un defecto o falta de responsabilidad. Es decir, que el art.28 CP no establece que expresamente que el ejecutor inmediato deba ser inimputable o no responsable penalmente, por lo que cabría en la letra de la ley, además de las construcciones clásicas de la autoría mediata, la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder organizados de ROXIN.

Además, hay que señalar que un grupo de autores españoles, entre los que se encuentran, entre otros, MUÑOZ CONDE; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y GIMBERNAT ORDEIG²⁷, consideran que el art. 28 CP es meramente declarativo de las distintas formas de autoría y que el concepto de autor se deriva de los tipos de la parte especial, por lo que las definiciones de la parte general (la letra del art. 28) actúan como labor de interpretación de los tipos, es decir, que no contribuirían a la introducción de requisitos específicos en las calificaciones (como podría ser la concurrencia de un específico ánimo en algún delito; el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales) de autor de los sujetos. De aquí que quien admita que el art. 28 CP no recoge la concepción de autoría mediata por aparatos de poder jerarquizado podrá oponer que en verdad la utilización de uno u otro término en la letra de la ley no puede significar la exclusión de alguna forma de autoría dogmáticamente aceptada.

Dos tesis se contraponen a la aplicación del dominio de la organización, en primer lugar los que consideran que estos casos pueden resolverse a través de la coautoría; en segundo lugar, los que consideran que la actuación del superior que da la orden consiste en una participación y sería aplicable a estos casos la inducción.

Para MALARINO²⁸ “la solución de la autoría mediata a través del dominio de un aparato organizado de poder tiene la ventaja de comprender adecuadamente desde un punto de vista valorativo la responsabilidad del hombre de atrás. Como había puesto de manifiesto tempranamente la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso Eichmann en este tipo de casos, al contrario de lo que ocurre normalmente, el grado de responsabilidad aumenta a medida que se aleja del ejecutor directo”.

27 GIL GIL, Alicia. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.* Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 120

28 MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.* Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 67.

.2 La coautoría

Varios son los autores²⁹ que consideran que en los casos ya analizados en los que se actúa a través de un aparato organizado de poder, el sujeto que imparte las órdenes delictivas y el que las lleva a cabo, el cual se ha denominado ejecutor inmediato, el que en definitiva cumple las órdenes, actúan de manera conjunta y por tanto dicha actuación puede calificarse como coautoría. Sin embargo, las principales críticas a esta tesis consisten en la falta de plan común típico de la coautoría, pues bien en los casos de cumplimiento de órdenes del superior en verdad el ejecutor no lleva a cabo un plan que ha “ideado” con el dirigente, sino que se limita a obedecer la orden y llevar a cabo una conducta que conlleve como resultado el querido por el superior. Además, tampoco se daría en estos casos la relación horizontal, también típica de la coautoría, pues como ya hemos expuesto dirigente o superior y ejecutor no se encuentran al mismo nivel, incluso teniendo en cuenta que la coautoría permite casos en los que uno de los coautores pueda tomar la iniciativa (lo que se conoce como “cabecilla”) sin llegar a constituirse en un superior de los demás intervinientes. No existe, por tanto, relación de horizontalidad entre el superior y el ejecutor. Tampoco se da en estos casos la intervención del hombre de atrás, el autor mediato, en la fase ejecutiva³⁰.

Como señala HERNÁNDEZ PLASENCIA³¹ (aunque, como más adelante veremos, este autor no comparte la tesis de la coautoría) un sector de la doctrina alemana considera que las acciones delictivas que se derivan del actuar de un aparato de poder se asemejan mejor a la tesis de compartir el dominio del hecho entre dirigentes y ejecutores, que a la existencia de una relación de subordinación entre dichos sujetos, sin perjuicio de que ésta pueda ser fundamental. Según esta parte de la doctrina, la mejor solución para estos casos es la idea de que se trata de un obrar conjuntamente, hecho que llevan a cabo de común acuerdo, dando lugar a acciones delictivas que pueden imputarse de manera individual a cada uno de los sujetos intervinientes, es decir, a cada uno de los miembros del aparato de poder. No se tienen en cuenta aquí cuáles sean las funciones que realiza

29 Véase por todos, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición Ed. Marcial Pons, 2000, p. 725 y ss.

30 AMBOS, Kai. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 26.

31 HERNÁNDEZ PLASENCIA, Jose Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996, p. 264.

cada uno de ellos ni los intereses que cada uno defiende. Sin embargo, en muchos casos es difícil apreciar la obra conjunta, y mucho menos el mutuo o común acuerdo, pues más bien se trata de una orden, y un plan individual del dirigente, que el ejecutor acata sin la menor aportación a la idea; además, en muchos casos el dirigente ni si quiera conoce la identidad del ejecutor inmediato, por lo que no se sostendría la tesis del acuerdo entre ellos, pues para que este pueda darse, considero que debe haber una mínima comunicación entre ambos sujetos. Esta misma crítica también la sostiene ROXIN estableciendo que la simple pertenencia a la organización no es elemento suficiente para fundar la común resolución delictiva que es propia de la coautoría.

En la misma obra HERNÁNDEZ PLASENCIA realiza un estudio de las diferentes tesis que se mantienen por la doctrina en contra de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. En lo que se refiere a la tesis de la coautoría, comienza mencionando la idea de JAKOBS, el cual critica la autoría mediata por aparatos de poder señalando que se trata de una solución “superflua y perjudicial”. Cree, en primer lugar, que es demasiado restrictiva ya que la teoría del dominio del hecho exige hacer una aportación al comenzar la tentativa del delito (por lo que se restringe demasiado el ámbito de aplicación). En segundo lugar, la autoría mediata no alcanzaría a todos los intervinientes en el hecho delictivo. Además, no considera a la “fungibilidad” como una especialidad capaz de fundar por sí sola esa forma de dominio del hecho.

Para JAKOBS³² la autoría mediata no es posible cuando la actuación del autor inmediato, del ejecutor, es plenamente delictiva, es decir, dolosa y culpable. Considera que apreciar autoría mediata en los casos de superioridad de quienes ordenaron las muertes de judíos sería “tan superfluo como nocivo. Superfluo en el sentido de que la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor”, la cual sería irrelevante para él; mientras que la teoría del dominio del hecho elimina, a través de la autoría mediata, el requisito de las aportaciones necesarias una vez ha comenzado la tentativa.

Por otra parte, es nociva porque “en los hechos de la época del régimen nacional-socialista encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: sólo mediante la

32 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. Madrid, 1997, Ed. Marcial Pons, trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, p. 783 y ss.

conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”.

En relación con la fungibilidad o intercambiabilidad, SCHROEDER³³ señala que se trata sólo de un medio para conseguir el dominio del hecho y no su principal fundamento. No lo considera un elemento típico de estos casos, sino que, al contrario, el elemento típico sería la dificultad por encontrar a un ejecutor que repondiera a la ejecución del hecho.

También a favor de esta tesis se encuentra HIRSCH³⁴, el cual no considera adecuada la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder pues, dice, el ejecutor podría adoptar una “decisión psíquicamente libre sobre su acción”.

En relación con la consideración de coautor a quien únicamente interviene en la fase previa y no en la ejecutiva, considera GIL GIL³⁵ que la interpretación resulta excesiva y llevaría a “borrar la distinción entre la autoría y la participación. Dice que en caso de no ser aceptado el que quién realice únicamente un acto preparatorio, sin que se actualice su intervención en fase ejecutiva, aunque sólo fuese como una dirección de la ejecución, ya no podría considerarse coautor, sino que habría que acudir a las formas de participación o bien otras fundamentaciones de la autoría.

.3 Participación (inducción, cooperación necesaria, complicidad)

Entre los autores que consideran que en estos casos no hay autoría mediata, sino que la conducta del dirigente es constitutiva de inducción, nos encontramos entre los españoles a GIMBERNAT ORDEIG, HERNÁNDEZ PLASENCIA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, entre otros.

GIMBERNAT ORDEIG³⁶ considera que todos aquellos que se encuentran “entre el que

33 SCHROEDER, Friederich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Berlín. 1965, p. 168 citado en HERNÁNDEZ PLASENCIA, Jose Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996, p. 265 y ss.

34 HIRSCH, Hans Joachim. Presupuestos, p.118 citado en HERNÁNDEZ PLASENCIA, Jose Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996, p. 265 y ss.

35 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 110

36 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Universidad de Madrid, sección de publicaciones e intercambio, 1996, p. 189.

desde muy arriba da la orden y el ejecutor son cómplices”. Aquellos que se limitarían, como en el caso de Eichmann, “a crear y propagar la ideología racista” serían impunes, sin perjuicio de que pudiera reconocérseles responsabilidad moral. Hace esta consideración teniendo en cuenta que estos sujetos no fueron los que extrajeron de la ideología el necesario exterminio de la raza judía.

Considera autores, como es lógico, a todos aquellos que llevaron a cabo los actos ejecutivos (los ejecutores inmediatos) coincidiendo aquí con todas las otras tesis, pues entiende que son los únicos actos que podrían subsumirse en el art. 14.1 del anterior CP, rechazando así la aplicación la aplicación no sólo de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, sino también de las formas clásicas de autoría mediata, en los casos de error y coacción, pues en estos casos dice se exime o minora la responsabilidad penal del ejecutor.

Respecto de la conducta de “los de arriba”, en el supuesto de la barbarie nazi dice GIMBERNAT ORDEIG, “Hitler y aquellos en los que surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo”, los que convencieron a otros para ejecutar el delito son inductores. Considera esta solución satisfactoria centrándose en que en definitiva conlleva la misma pena que la de los autores materiales. Si bien en relación con este punto discrepo pues no creo que se deba buscar la equiparación de pena con los autores, sino de formular una figura penal en la que encaje la concreta actuación llevada a cabo por el dirigente o superior.

Por otro lado, GIMBERNAT ORDEIG considera que junto con la conducta que él califica de inducción, podrían a su vez llevarse a cabo conductas que encajarían en la figura de la cooperación necesaria, las cuales considera irrelevantes y dice “para la pena a imponer es esta circunstancia irrelevante porque entre la inducción y la cooperación necesaria habría un concurso de leyes”.

Sin embargo, al decir que Hitler y los demás fueron meros inductores, considera la calificación “poco adecuada” o “poco exacta” en relación con el papel por ellos desempeñado durante el gobierno del régimen nacionalsocialista. Achaca esto, a que los entonces vigentes arts. 14 y 16 del CP español no habían sido creados pensando en delitos de genocidio.

En cuanto a las conductas constitutivas de cooperación necesaria y las constitutivas de complicidad, cabe señalar que, si partimos de un factor que ROXIN considera indispensable para el dominio de la organización como es la fungibilidad del ejecutor,

no cabría la cooperación necesaria, pues no habría una condición escasa, la organización posee numerosos sujetos dispuestos a ejecutar las órdenes delictivas. Así también lo entiende GIMBERNAT ORDEIG, por lo que considera estos casos de complicidad y, por tanto, a los miembros intermedios de la organización que únicamente retransmiten las órdenes, serían para él cómplices.

En resumen, considera la conducta de los dirigentes de la organización, únicamente los de las “altas esferas”, como inducción de todos los hechos punibles que se lleven a cabo por la organización (no aclara si también de aquellas para las que no han dictado órdenes, aunque quizá podría considerar que concurre dolo eventual). A los miembros intermedios del poder de mando los considera cómplices, salvo el único caso en que los considera inductores, supuestos que GIMBERNAT ORDEIG denomina “autor por inducción”, cuando la orden que transmitan se desvíe de lo establecido por el superior e incluya actuaciones que no estaban previstas por éste, pues la idea parte del miembro intermedio y no del superior, por ello no habría instancia superior a la que hacer responsable de la orden, únicamente a él mismo. El único sujeto que responde como autor, como parece lógico, es el ejecutor del hecho punible.

HERNÁNDEZ PLASENCIA³⁷ señala que nuestro derecho positivo se centra en delimitar en calidad de qué intervienen los sujetos que actúan por medio de una organización, y para ello hace uso de las normas generales sobre autoría y participación. Entiende que si el ejecutor puede tomar libremente la decisión de no ejecutar la orden, entonces quiere decir que la influencia que recibe de la organización sólo podría calificarse como inducción, pues se niega “ en virtud de una resolución libre de su voluntad”.

Se inclina por la inducción al considerar que no podría hablarse de decisión común “cuando se admite la posibilidad de que el ejecutor no adopte una resolución delictiva, sino que la estructura de la decisión del hecho se afianza más en la adhesión a una resolución”.

Para HERNÁNDEZ PLASENCIA, la fungibilidad del ejecutor pone de relieve que éste debe, de manera autónoma, “resolver sobre la ejecución del delito, y dentro de lo posible está que dicha resolución no se produzca”, en cuyo caso sería sustituido por otro miembro, pues ahí reside la esencia del funcionamiento de estas organizaciones.

37 HERNÁNDEZ PLASENCIA, Jose Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996.

Establece que si fueran desechadas la coautoría y la inducción, únicamente cabría recurrir a la cooperación necesaria o a la complicidad, pues los dirigentes de las organizaciones se asimilan en mayor medida a estas figuras. En relación a esto, se ha discutido en la doctrina si el cooperador necesario tiene o no auténtico dominio del hecho, dice HERNÁNDEZ PLASENCIA que el dirigente de la organización en ocasiones como máximo podría ostentar un dominio del hecho negativo, por cuanto posee el poder de interrumpir la realización del hecho delictivo, sin embargo considera que sería insuficiente para fundamentar su autoría, puesto que podría ostentarse ese dominio negativo sin dirigir un aparato de poder.

Según él, el cooperador necesario “aporta al hecho punible un conjunto de actividades, donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc.”, dice que el realizar estos actos y ponerlos a disposición del “ejecutor inmediato” puede entenderse como “colaboración imprescindible”, es decir, cooperación necesaria. Sin embargo, y en esto coincide con MIR PUIG, “el hecho no pertenece a todo aquél de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino sólo a quién lo realiza”. Para MIR PUIG³⁸ la autoría supone que el delito sería imputable al que realiza la acción, se le imputa como “suyo” y por tanto supone una relación de pertenencia.

En resumen, HERNÁNDEZ PLASENCIA, califica de cómplices a los miembros intermedios de la organización, a los que comunican la orden que se ha de ejecutar. Al último de éstos, al que transmite la orden de ejecutar, lo califica de inductor, siendo irrelevante para él, que “sepa que la ideología la impone otro, o la ha asumido él mismo, o la ha asumido su ordenante”.

Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO³⁹, si bien reconoce la brillantez de la teoría, considera, aunque con ciertas dudas, en estos casos no habría autoría mediata porque a la hora de la comisión existe siempre la decisión libre y voluntaria del autor mediato (cualquiera de los ejecutores que sea), el cual actúa de forma dolosa y responsable, conscientemente. El autor, tanto el mediato como el inmediato, es capaz de visualizar el hecho de manera global, y por ello se excluye la instrumentalización del ejecutor por el

38 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. Novena Edición. Ed. Reppertor, 2011, p. 383

39 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados. *Revista Huellas*, 2011 n° 72 julio.

hombre de atrás. Por ello, cree que en estos casos estaríamos ante supuestos de participación, coincidiendo con GIMBERNAT ORDEIG (como ya antes se hizo mención), podrán ser supuestos de inducción o de cooperación necesaria o complicidad, en función del lugar que el sujeto en cuestión ocupe en la organización.

Los organizadores serían inductores, mientras que los miembros de la organización que ocupen lugares intermedios serían cooperadores necesarios, “su conducta es esencial para la empresa delictiva”, pues la fungibilidad de los sujetos es precisamente lo que garantiza la consecución del hecho y “el éxito de la empresa criminal”, o cómplices, según el lugar concreto que ocupen dentro de la organización o “en la cadena de transmisión de órdenes”.

En relación con la crítica a la solución de la inducción en estos casos de los que argumentan que la inducción debe ser directa, y que en los casos de aparatos de poder no hay contacto directo entre el dirigente y el ejecutor, sino que la orden ha ido transmitiéndose por la cadena de mando, GIL GIL⁴⁰ considera convincente la postura de OLMEDO CARDENETE⁴¹ de que “la calificación directa de la inducción no implica la necesidad de una relación inmediata entre inducido e inductor pues, por ejemplo, la definición de provocación también emplea el término “directamente”, y sin duda no se exige esa relación de inmediatez entre provocador y destinatario, pero además, el que la inducción sea directa no se elimina porque haya intermediarios que se limiten a transmitir la orden, pues los eslabones de la cadena no se van induciendo unos a otros sino que actúan como meros portadores del mandato”.

A su vez entiende que no cabe considerar a aquellos que actúan antes de que el ejecutor tome la decisión de cometer el delito, en cumplimiento de una orden, como cómplices, pues no podría considerarse como cómplice a aquel sujeto cuya aportación al hecho comienza y acaba antes de que el ejecutor realice la conducta delictiva, pues sería castigar como cómplice de un autor que aún no existe.⁴²

40 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 112 y ss.

41 OLMEDO CARDENETE, Miguel. *Autoría y participación en el Código Penal de 1995. Comentario a los arts. 27 a 29*, en *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Madrid, Ed. Edersa, 2000 p. 282 citado en GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008.

42 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 113.

En opinión de GIL GIL⁴³ “el dirigente de un aparato de poder jerarquizado podría perfectamente responder como inductor, pero no porque el ejecutor actúe creyendo que cumple su voluntad y no la de su superior inmediato, sino porque efectivamente la cadena de mando de la organización se ha comportado como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden. La jerarquía asegura simplemente que la orden se transmitirá, por lo que el fenómeno, desde el punto de vista de la conducta del primer inductor, se parece más a una inducción directa en la que el inductor ha elegido un mecanismo complejo para hacer llegar la orden, que a la participación en una participación. El primer inductor sabe que su orden se transmitirá por la cadena de mando del aparato y su conducta no es menos peligrosa por el hecho de que haya personas intermedias. [...] los mandos intermedios que ejercen autoridad al transmitir la orden deben ser castigados como coinductores, pues hacia arriba de la jerarquía se comportan como un mero mecanismo de transmisión al obedecer la orden en el aparato de poder, pero hacia abajo de ella ejercen su autoridad –así es como funciona una cadena de mando en un aparato jerarquizado- y, por lo tanto, su actividad es también de inducción”.

En relación con la crítica formulada sobre que la inducción no sería aplicable porque en ocasiones no está determinado suficientemente el hecho con anterioridad (como en el caso de los disparos en el Muro de Berlín), es decir, que no es totalmente seguro que se vayan a dar las condiciones para que se tenga que cumplir la orden, para GIL GIL⁴⁴ esta objeción no es obstáculo para la apreciación de inducción, “pues se trataría de una resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos que basta, según la doctrina unánime, para caracterizar al dolo y que debería bastar, por tanto, para constituir la inducción siempre y cuando esté clara la hipótesis que dará lugar a la ejecución del delito en la orden del dirigente”.

En cuanto a la negación de la solución de inducción por el motivo de que el inductor (el dirigente) verdaderamente no hace nacer la resolución delictiva en el inducido (ejecutor), entiende GIL GIL que esta argumentación tampoco es correcta por cuanto, “en la mayoría de los casos el ejecutor no será un *omnimodo facturus* decidido a la

43 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 114 y ss

44 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 115

comisión del delito desde antes de recibir la orden sino que, por el contrario, podrá decirse que está dispuesto a obedecer y a delinquir si se le ordena, pero no que sea él quien decide el delito concreto que va a cometer antes y con independencia de que se le dé la orden”⁴⁵.

La misma autora considera además, que la posibilidad de inducción en cadena se ve recogida en la propuesta de Corpus Iuris para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, en su art.12 b), el cual hace tiene un concepto de inductor como aquel que “mediante donación promesa, orden, abuso de autoridad, o de poder provoca la comisión del delito o da las instrucciones para cometerlo”. Aunque en mi opinión lo que se está recogiendo más bien es la solución de la inducción para castigar la conducta del dirigente en estos casos.

III. Aplicación de la Teoría por tribunales

TRIBUNALES NACIONALES

ALEMANIA

Sentencia de 26 de julio de 1994, de primer instancia del Tribunal Estatal de Berlín

Es la resolución más importante en la que se ha aplicado la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder.

En la resolución del Tribunal de Berlín, se condenó por homicidio en autoría mediata a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos contra aquellos que intentaban cruzar la frontera de la RDA.

Como expone AMBOS⁴⁶, los acusados en calidad de integrantes del Consejo Nacional de Defensa formaban parte de una coalición cuyas decisiones eran “presupuestos vinculantes para las órdenes fundamentales sobre las que se basaba el régimen de frontera de la RDA”. Los acusados conocían que dichas órdenes iban a ser cumplidas o ejecutadas precisamente por tratarse de órdenes del Consejo Nacional de Defensa. Los

45 GIL GIL, Alicia *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 116.

46 AMBOS, Kai, *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 23

ejecutores inmediatos, los autores materiales de los homicidios, actuaron en calidad de “subalternos en una jerarquía militar en la que sus roles estaban preestablecidos”.

AMBOS considera que la doctrina y jurisprudencia (dominantes) han acogido, y fundan la imputación de los dirigentes en este tipo de casos, en la teoría roxiniana del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder.

PERÚ

Sentencia de primera instancia de la Sala Penal Nacional de 13 de octubre de 2006, proceso contra Abimael Guzmán Reynoso (líder de la organización terrorista Sendero Luminoso)

MEINI⁴⁷ realiza un comentario a la sentencia, considerando que si bien es en la de segunda instancia en la que se estableció la autoría mediata del acusado, es en esta sentencia de primera instancia en la que se realiza un estudio pormenorizado de los elementos que concurren en el caso.

La Sala llegó a la conclusión de que resultaba aplicable la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización, al reconocer que no era posible la aplicación de las demás categorías penales de autoría y participación, por no resultar satisfactorias a la hora de explicar y resolver los casos de intervención delictiva de aquellos sujetos que dirigen y controlan una organización criminal, un aparato de poder.

La sentencia realiza una labor de valoración de cada uno de los elementos que configuran la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder:

- **Ajenidad al Ordenamiento Jurídico:** durante el proceso fue cuestionada la aplicación de la teoría por cuanto Sendero Luminoso constituía una organización para-estatal, es decir, que no formaba parte del Estado, y la autoría mediata por dominio de la organización se dijo “no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior”; sin embargo esto no es así, pues ROXIN no ha descartado la aplicación de la teoría a organizaciones no estatales.
- **Sustituibilidad del ejecutor:** en este punto se basaba la defensa del acusado para negar la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización, más

47 MEINI MÉNDEZ, Iván *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 134 y ss

bien en la falta de este requisito en el caso concreto; se basaba en que los miembros de la organización Sendero Luminoso no podían ser intercambiables puesto que requerían una cierta especialización, motivo que, si bien en cierto sentido es verdad, no desvirtuaría la fungibilidad de los miembros de la organización; ni tampoco haría posible la no aplicación de la teoría.

Cuanto más posibles ejecutores tenga a su disposición el superior, mayores serán las probabilidades de que sus órdenes sean cumplidas, y de mejor manera. La posibilidad de sustituir a los ejecutores, entiende la Sala Penal Nacional, no es más que un dato fáctico y así lo manifiesta cuando dice que “el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden [...] desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden. En otras palabras, están dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno”.

- Jerarquía en el aparato de poder: el dominio sobre la organización requiere una sólida jerarquía de la misma, los ejecutores son parte de la organización, en la que prestan sus servicios de manera voluntaria, ejecutores con un alto grado de disponibilidad hacia el cumplimiento de las órdenes del sujeto de atrás, disponibilidad de la que se aprovecha este sujeto de atrás y en la que se basa su dominio sobre la organización.

La Sala Penal Nacional también sigue el criterio de que el dominio del sujeto de atrás sobre los miembros de la organización, sobre los ejecutores sobretodo, no puede ser directo, por cuanto en muchos casos ni siquiera conoce la identidad de los mismos, sino que se trata de un dominio indirecto a través de la organización, concebida como un todo formado por diferentes partes de lo que se conoce como “los engranajes de la maquinaria”; el dominio que ejerce sobre la organización, concebida ésta como un instrumento, sí es un dominio directo.

La Sala Penal Nacional percibe con acierto que la organización terrorista Sendero Luminoso es un sistema de injusto, manifestándolo cuando dice que “una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico, esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Tal organización, como

sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional -de institución antisocial- que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la se sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales”⁴⁸

Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de 14 diciembre de 2007 (recurso de nulidad N° 5385-200)

MEINI⁴⁹ comienza relatando que la Corte Suprema de Justicia declaró aplicable la teoría de la autoría mediata por dominio del aparato de poder al caso de la organización terrorista Sendero Luminoso, liderada por Abimael Guzmán, resolviendo así el recurso de nulidad que interpuso la defensa de éste. La resolución fue decidida en mayoría, debido al voto disidente de uno de los vocales, Villa Stein, el cual consideró que la actuación se correspondía con una coautoría, aunque estableciendo que esta modificación en el título de imputación de los delitos no alteraría la responsabilidad de Guzmán. La sentencia va analizando los siguientes puntos:

- Legalidad del título de imputación a través de la autoría mediata: la Corte Suprema comienza aclarando que la fórmula de autoría que recogía el CP peruano de 1924 “los que tomaren parte en la ejecución del hecho punible...” no excluye la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización.
- Aplicabilidad de la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sólo a organizaciones estatales: en la segunda instancia se entendió que lo relevante es que exista una estructura jerarquizada formada por ejecutores fungibles y en la que el dominio del hecho sea ejercido por el sujeto de atrás. Que las decisiones de éste sean transmitidas a través de una cadena de mando en la que cada agente transmisor sea a su vez autor mediato.

48 Sentencia de la SPN, considerando 11, Expediente Acumulado N° 560-03, en MEINI MÉNDEZ, Iván *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 139-140.

49 MEINI MÉNDEZ, Iván *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 140 y ss

“Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo”.

Se concluye que todos aquellos grupos que cumplan esto podrán ser considerados aparatos de poder y por tanto puede serles de aplicación la autoría mediata por dominio de la organización.

MEINI⁵⁰ considera poco acertado que la Corte Suprema no haga mención a qué entiende por dominio del hecho, ni que tampoco haga una remisión a obras doctrinales u otras sentencias en las que se explique el término. MEINI dice que podría pensarse que hacen uso de la concepción de dominio del hecho de ROXIN por cuanto siguen la concepción de dominio de la organización en aparatos de poder que propuso el autor; sin embargo no entiende, siendo esto así, que la Corte Suprema conciba a los transmisores de las órdenes como autores mediatos cuando ROXIN únicamente les imputa autoría a aquellos que, desde cualquier nivel de la jerarquía, puedan tener dominio de la organización, supeditando el dominio al poder de dirección que estos sujetos intermedios tengan en la parte de la organización que les está subordinada, sin que estos dejen a criterio de otros la realización del delito.

- Autoría mediata en aparatos de poder: en cuanto a la aplicabilidad de la teoría, la Corte Suprema realiza una serie de precisiones, en primer lugar aprecia que el CP peruano contiene la teoría del dominio del hecho de ROXIN, mencionando que el CP ha acogido las modernas teorías del dominio del hecho; entendiendo MEINI que, entre otras cosas, lo más criticable es que en la misma sentencia ya había hecho mención a que la defensa de Guzmán Reynoso mantenía una confusión conceptual al entender que “los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido”, pues bien ahora admite el argumento contrario para dar cabida al dominio del hecho, cuando antes aplicó la técnica contraria para aceptar la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización.

En segundo lugar, precisa que “después de considerar a la organización Sendero Luminoso como un aparato de poder, para fundar el dominio del sujeto de atrás

50 MEINI MÉNDEZ, Iván *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 141

(Guzmán Reynoso) en el dominio de la voluntad requiere la existencia de una “organización con estructura jerarquizada rígida”, el “apartamiento del ordenamiento jurídico” de la misma y la “fungibilidad de los autores inmediatos, y con base en estos requisitos, sostiene que los “protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos”.

MEINI considera este punto erróneo en el sentido de que la Corte Suprema no explica el por qué de la necesidad de que se den los requisitos que menciona, además de no mencionar tampoco la doctrina que sigue, ni siquiera a ROXIN; además de que erróneamente establece que la autoría mediata por dominio de la organización es mayoritariamente aceptada en Perú, hecho que no es cierto sino más bien al contrario. Es más, siguiendo como parece que sigue la doctrina de ROXIN, no hace mención al requisito que ya en aquella época había incorporado ROXIN a la teoría de la “considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal (Exp. N° A.V. 19-2001)

Durante los numerosos puntos que componen los antecedentes de hecho de la citada sentencia, además de exponer los cuantiosos delitos cometidos durante el gobierno del acusado Alberto Fujimori Fujimori, se pone de relieve la existencia de un aparato de poder u órgano a través del cual se ejecutaban las órdenes, al parecer dictadas por el entonces jefe de Estado y Jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional de Perú Alberto Fujimori Fujimori. La utilización del aparato de poder servía al acusado Alberto Fujimori de vía para llevar a cabo operaciones que componían su política de represión, las falsas o no probadas acusaciones de terrorismo daban pie a detenciones ilegales o incluso ejecuciones extrajudiciales acometidas por un destacamento del Servicio de Inteligencia formado por miembros de las Fuerzas Armadas y que operaba bajo las órdenes del asesor presidencial Montesinos Torres.

Si bien posteriormente los crímenes cometidos fueron investigados en algunos casos, investigaciones tanto en el plano de la jurisdicción penal militar, a través de la Sala de Guerra, como en el jurisdiccional penal ordinario, e inclusive a través de investigaciones llevadas a cabo por el Ejército, todas ellas concluyeron con el sobreseimiento por falta de pruebas o, como se dedujo de los informes emitidos por el Ejército, iban encaminadas dice la sentencia a "desprestigiar las informaciones periodísticas, así como

cuestionar y excluir los indicios que involucraban a miembros de su institución". La única excepción fue el proceso contra los miembros del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, proceso íntegramente simulado por el SIN Servicio de Inteligencia Nacional, el cual concluyó con la condena de dichos miembros citando la sentencia "para permitir una mayor credibilidad del proceso", si bien la condena nunca llegó a cumplirse en su totalidad pues con posterioridad el acusado Alberto Fujimori promulgó la Ley de Amnistía con la cual se dejaba sin efecto las penas de privación de libertad, llegando incluso a recibir los miembros del Destacamento una fuerte suma de dinero en concepto de indemnización.

Con la confirmación de la existencia de un aparato de poder organizado y la corroboración de que se trata de crímenes de Estado, es posible entonces la aplicación de la Teoría de la autoría mediata creada por ROXIN, y por tanto es posible la imputación de esos crímenes al Jefe de Estado Alberto Fujimori. Para el Tribunal queda probado que el acusado Alberto Fujimori era el responsable de las operaciones llevadas a cabo ya que las ordenó a través de su dominio del aparato de poder organizado que instituyó a través del Servicio de Inteligencia Nacional.

Es la Fiscalía la que determina que los delitos graves que son enjuiciados fueron cometidos a través de un aparato de poder organizado liderado por el acusado como Jefe de Estado, y que para su ejecución hizo uso del poder estatal, de las Fuerzas Armadas y del Servicio de Inteligencia Nacional; también determina que a su vez Alberto Fujimori dirigió actos de impunidad de los hechos en cuestión.

Afirma la responsabilidad penal del acusado como autor mediato por dominio de un aparato de poder organizado y dice "el acusado tuvo el dominio de los hechos delictivos juzgados a través del dominio de la organización que encabezó, asentada en el SIN, y caracterizada por su rígida estructura jerárquica...".

La parte civil coincide en su alegato con la fiscalía, afirma que el SIN, que dirigía Vladimiro Montesinos Torres, se consolidó como aparato de poder organizado que sirvió como instrumento para el plan criminal ideado por el acusado Alberto Fujimori y que fue ejecutado siguiendo sus instrucciones implementando una política sistemática de violación de derechos humanos.

En primer lugar es analizado el informe de la Subcomisión Acusadora del Congreso, en el cual se establece que el acusado Alberto Fujimori "ejerció el dominio del hecho al tener la facultad y la posibilidad para decidir si se ejecutaban o no esos

hechos", ya fuese directamente o a través del asesor presidencial Montesinos Torres, o bien a través del comandante general del Ejército, lo que denominan como "la lógica de la cadena de mando institucional". Determinan que el acusado tuvo un control anterior, coetáneo y posterior a la ejecución; aunque si bien se pronuncian estas declaraciones, el citado informe rechaza la concepción de la autoría mediata y de la omisión impropia. Se le imputa como coautor de los delitos por entender que el acusado a través del aparato que formó en el Servicio de Inteligencia del Ejército transmitía sus directivas y a través del cual se cometían los delitos en cuestión.

En segundo lugar, las alegaciones de la Fiscalía, que desprenden la participación del encausado de: intervenir para evitar la investigación de lo ocurrido, concretado a través de la Ley de Amnistía; haber establecido mecanismos de violación sistemática de los derechos humanos cuya pretexto era acabar con los movimientos subversivos; hacer depender directamente de él al Servicio de Inteligencia; dotar al Grupo Colina de todo lo necesario para llevar a cabo los actos criminales; dar premios y estímulos a los integrantes del citado Grupo Colina;...entre otras. Entiende la Fiscal que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia del grupo de aniquilamiento que ejecutó los hechos, que contribuyó a su creación, que aprobó cada una de sus acciones, que conocía de antemano todas y cada una de las circunstancias de la comisión de las operaciones y que las autorizó. Una vez se ejecutaban las operaciones el acusado premiaba y pagaba a los miembros del Grupo Colina, por ello le reconoce como coautor de los delitos tenía el co-dominio funcional de la acción típica. Entiende que tiene el co-dominio del hecho al decidir sobre su ejecución, además del dominio absoluto de la situación, poseía la capacidad para determinar que alguna acción no se ejecutara, en sus propias palabras "el sí y el como de los hechos punibles". Aunque en mi opinión su concepción es errónea pues el hecho de tener el dominio absoluto de la situación supondría a su vez poseer el dominio del hecho en exclusiva, lo que nos llevaría a una calificación de autoría mediata, y no a la coautoría que propone la fiscalía. El tener la capacidad de determinar si una operación se lleva a cabo o no, sitúa al acusado Alberto Fujimori en un nivel superior de dominio y decisión que los ejecutores, lo que ROXIN denomina dominio de la voluntad entendiendo que consiste en que para cometer el delito tiene el dominio sobre la voluntad del otro, en los casos de autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados lo característico es que la voluntad que se domina es la de la propia organización, una especie de voluntad indeterminada pues no supone el dominio de la

voluntad de un sujeto, sino del sistema en el que está integrado el ejecutor del delito.

El Fiscal Supremo si que considera a Fujimori autor mediato de los delitos, establece que si bien no participa materialmente en los hechos si que mantiene el dominio del hecho a través de una decisión autónoma, es él quien decide y ordena la comisión de los delitos, órdenes que son cumplidas a través de la línea de mando, por los ejecutores. A través del dominio del hecho controla el resultado típico, dice el Fiscal Supremo que el acusado tenía "el dominio directo del aparato de poder y un dominio en razón del vínculo formal con sus subordinados".

La sentencia de extradición de la Corte Suprema de Chile también lo califica como autor mediato, citando a autores como HERNÁNDEZ PLASENCIA y ROXIN afirma que Alberto Fujimori, aun no habiendo ejecutado materialmente la conducta típica, si que reúne los elementos personales o especiales de la autoría que se exigen por el tipo legal, además que cumple con los demás elementos constitutivos, perpetra la conducta a través del dominio de la voluntad de los ejecutores materiales. Dice la sentencia que el dominio de la voluntad se lleva a cabo "por medio de un aparato organizado de poder, cuya característica esencial es la fungibilidad del ejecutor, que operó como un engranaje mecánico"; si alguno de los ejecutores no realizaba el hecho no se perjudicaría el resultado porque siempre habrá otro dispuesto a llevarlo a cabo. "Fujimori Fujimori tenía el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada", característica esta última que el profesor ROXIN establece para estos casos de autoría mediata, como ya antes se expuso.

La Fiscalía Suprema en el dictamen n° 2265/2007/I FSP-MPFN de 29/10/2007, establece que los delitos fueron cometidos por el acusado como autor mediato por dominio de la organización, el encausado interviene en la cúspide de la estructura, como su jefe, decide y da órdenes, en virtud de su jerarquía y dominio de la organización, y éstas se cumplen irremediamente. El imputado sabía en todo momento que sus órdenes serían cumplidas, debido a la subordinación de los miembros de la organización.

En lo que se refiere a la forma de autoría, comienza la sentencia con una aproximación al concepto de autoría mediata, definiéndola como "aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta", este último denominado, entre otras, como autor inmediato. Es autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para llegar a

un fin delictivo. Establece a continuación las tres formas de autoría mediata, dominio por error, dominio por coacción (en las que no nos vamos a detener), y por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Hace mención aquí a las posiciones discrepantes no sólo en la doctrina, sino también en jurisprudencia nacional, que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad; para aclarar las diferencias entre las distintas figuras hace uso de la posición del profesor ROXIN, el cual aclara con relación a la coautoría que en la autoría mediata por dominio del aparato de poder faltaría el la resolución común frente al hecho, dicha resolución es presupuesto para determinar la "comisión conjunta" que requiere la coautoría. Tanto el autor mediato como el inmediato no se consideran sujetos al mismo nivel, sus decisiones no están consideradas en el mismo rango. La ejecución del hecho en estos casos no se basa en un plan conjunto, sino en una orden del autor mediato al inmediato. Con relación a la instigación, ROXIN ha declarado que la principal diferencia radica en que el instigador o inductor no domina la ejecución del hecho, por lo que la realización del tipo no depende de su voluntad. "En el autor de escritorio..." dice ROXIN "...él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato".

Posteriormente pasa a desarrollar la autoría mediata por aparatos de poder organizados, construcción que realiza el profesor ROXIN a partir de 1963, y que ya ha sido objeto de estudio en otros apartados de este trabajo. La sentencia hace una labor de estudio de los diferentes presupuestos necesarios para que la misma pueda ser aplicada al caso, presupuestos y requisitos que han sido denominados por el Tribunal Supremo Federal Alemán como "condiciones marco", que son: 1) el poder de mando, 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. Establece a continuación que los dos primeros requisitos son el soporte básico necesario para que el autor mediato construya y consolide su dominio sobre la totalidad de la "estructura criminal". Los dos últimos requisitos derivan de lo que ROXIN denomina "la palanca del poder" y permite inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá de su voluntad a la realización del hecho, sin embargo la no ejecución por su parte conllevará su sustitución por otro miembro de la organización que tenga una mayor predisposición a la ejecución del

hecho típico.

En cuanto a la condición de autor mediato del acusado Alberto Fujimori, establece que está suficientemente acreditada, se cumplen los elementos fácticos y jurídicos que hacen posible "tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal". El acusado ocupó el más alto nivel del Estado y del Sistema de Defensa Nacional, desde esa posición y abusando de su poder de mando creó un aparato organizado de poder. El encausado con apoyo de su entorno asesor utiliza los servicios secretos de inteligencia del Estado "caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructura, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones", fue a su vez definiendo objetivos.

Para el Tribunal las operaciones realizadas por el destacamento Colina rebasaron las correspondientes a la simple obtención de información, seguimiento de personas vinculadas con el terrorismo, las eventuales detenciones y el interrogatorio a sujetos sospechosos de formar parte de grupos terroristas. Consideran probado su participación en ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales.

Dice el tribunal que "dada la cobertura institucional de su funcionamiento [...], la firme protección de sus actividades, y sus líneas de vinculación y recepción de órdenes e información de resultados [...] bajo el completo dominio y control del SIN, resulta razonable concluir que, en efecto, el conjunto de actividades del destacamento colina tenía una naturaleza definitivamente delictiva, al margen de la legalidad en lo referente al control y combate del terrorismo".⁵¹

En cuanto al poder directivo de Fujimori, decir que "tiene amplia potestad militar que dimana de la propia constitución y que le asigna facultades de dirección suprema en el conjunto de los órganos ejecutivos del Sistema de Defensa Nacional"⁵². En definitiva, ejerce el mando efectivo sobre dichas organizaciones, sus órdenes por tanto deben ser acatadas.

Su poder de dirección, mando y autoridad, se ratifica con el hecho de que "las FF.AA. Forman parte del Poder Ejecutivo", lo que implica la potestad para ordenar, coordinar y

51 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 490

52 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 546

dirigir la actuación de las mismas; podría incluso estar habilitado para, en un Estado de emergencia, hacer que las FF.AA asumieran el control, pudiendo así ordenar medidas concretas que hicieran posible la restricción de derechos.

Fujimori en el ejercicio diario de su cargo, invocando a su situación como Jefe Supremo de las FF.AA dictó órdenes, tanto generales como concretas, que fueron todas ellas cumplidas.⁵³

La sentencia⁵⁴ expone como hechos indicio que:

Los 4 hechos ocurrieron durante el gobierno del imputado, Fujimori, fueron ejecutados agentes públicos integrantes de organismos de inteligencia o de los servicios secretos.

La ejecución delictiva se realizó con la dirección del SIN, a través del encargo del imputado Fujimori al General Vladimiro Montesinos.

Las actividades de inteligencia y control del orden y seguridad públicos se concentraron directamente en la persona de Vladimiro Montesinos Torres, el cual sólo rendía cuentas al acusado, de manera regular y constante.

El destacamento colina nació por disposición del SIN y en los marcos institucionales de la DINTE y del SIE, con la intervención activa de los altos oficiales que integran sus órganos de dirección.

La ejecución de las operaciones de inteligencia de “Barrios Altos” y “La Cantuta” necesitó de un despliegue de recursos, tanto logísticos como personales, de gran dimensión, la organización de un Equipo de Inteligencia (el destacamento colina) que tuvo vigencia por más de un año y que por ello tuvo el conocimiento e intervención de las máximas autoridades del Ejército, del SIDE y del SIN (y por ende de la máxima autoridad civil y militar que era ostentada por el acusado Fujimori).

Frente a las denuncias que apuntaban a la intervención, razonablemente, de agentes de inteligencia en los hechos delictivos, la respuesta del Estado siempre fue un mecanismo de encubrimiento (negación de las fuentes, descrédito de los denunciantes, persecución de los disidentes), llegando hasta, a la vista de la rotundidad de las evidencias, la responsabilidad de un sector de los ejecutores materiales, con la

53 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) 2009 p. 547 y ss

54 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori)p. 570 y ss

consecuente amnistía para los condenados por la justicia militar.

Fujimori en algunas ocasiones dio muestras de su conocimiento sobre alguna de las detenciones arbitrarias que se llevaron a cabo, sin que dispusiera investigaciones internas ni sanciones para los autores y partícipes en los sucesos lesivos.

Fujimori promulgó diversas leyes que extendían la competencia de la Jurisdicción Castrense en delitos de lesa humanidad, para así amnistiar a los ejecutores materiales condenados e impedir la persecución de otros militares o altos funcionarios.

También promulgó las leyes que permitieron la reordenación de los organismos militares, haciendo posible la creación de un aparato delictivo para la consecución de los crímenes que fueron objeto del proceso.

El acusado contaba en cada caso con información pormenorizada que se le transfería a través de los diferentes canales públicos, sobretodo del SIN.

Es el Fiscal⁵⁵, en su escrito de acusación, quien concluye en imputarle los hechos como delitos cometidos en calidad de autor mediato por dominio de la organización porque entiende que “desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos”, que fueron objeto del proceso que nos ocupa.

Argumentó la fiscalía que en el CP se distinguen tres formas de comisión de delitos en concepto de autor, siendo uno de ellos la autoría mediata consistente en la comisión del delito por medio de otro. Uno de los supuestos de esta forma de autoría se presenta cuando el hombre de atrás se aprovecha de la situación de subordinación de los sujetos que forman parte de una organización (“aparato organizado de poder”), manteniendo el hombre de atrás un dominio objetivo del hecho sustentado en dos elementos esenciales: la “existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores”⁵⁶.

El acusado tuvo una intervención vertical en los hechos delictivos que se le imputan, en los cuales se dio una división de funciones y una jerarquía en la organización, cuya dirección ocupaba el imputado.

Establecidos los hechos que se tienen por probados, correspondía determinar la

55 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 625

56 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori)

naturaleza jurídico penal de la intervención del acusado en los mismos. Situación problemática por cuanto el CP peruano no concibe un concepto unitario de autor, sino que asume “una concepción diferenciadora de la intervención punible”⁵⁷. Esto obligó a determinar si la intervención de Fujimori suponía una intervención principal o secundaria; la concepción dogmática que asume el fiscal, desde la perspectiva de la intervención delictiva es la de la “autoría mediata como una forma de autoría principal”. Analiza la evolución de la autoría mediata en el CP peruano diciendo que “El Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100º una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12º, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito “los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”. Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28º), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40º) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40º) precisaban que también era autor el que realizaba el delito “sirviéndose de otro”. En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28º), de julio mil novecientos noventa (artículo 28º) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23º) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito “por medio de otro”. Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente. Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23º, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho

57 COBO DEL ROSAL, M. /VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 733 citado en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 625, establece VIVES ANTÓN “que cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas, se suscita una doble problemática: en primer lugar, la representada por la naturaleza material de la aportación al delito de cada uno de los concurrentes; y, en segundo lugar, la constituida por la clase de responsabilidad contraída por ellos”.

punible y los que lo cometan conjuntamente...” ”.

También la analiza la discusión por doctrina y jurisprudencia peruana al respecto, estableciendo que ambas han coincidido en aceptar que la fórmula normativa del CP peruano da cabida a esta forma de autoría mediata, al igual que da cabida a las demás formas, y que los tribunales nacionales han aplicado la autoría mediata sobretodo para casos en los que intervienen organizaciones criminales.

Finaliza estableciendo que⁵⁸ “la autoría mediata del imputado en los hechos acusados,... [conforme a lo expuesto a lo largo de la sentencia] ...está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.
2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.
3. En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la

58 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 653

República y zonas aledañas.

4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

8. Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y

dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. Como señala FARALDO CABANA: “Los objetivos de estas organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma criminal coinciden con los del Estado, pero los medios empleados permanecen autónomos y diferenciados en relación a los previstos por el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter delictivo. Por tanto, puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización.”⁵⁹

“Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un modus operandi propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori.”⁶⁰ Ya que como reconoce la propia opción de doctrina invocada por la defensa, esto es, FARALDO CABANA⁶¹: “También es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros terroristas o de la disidencia política”.

Además, según la misma fuente teórica, la experiencia internacional, particularmente en

59 FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. página 234, citado en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 655.

60 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 656 y ss.

61 FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Página 230, citado en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 657

Latinoamérica, da cuenta que: “Son características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Hemos visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar”⁶².

Finaliza la sentencia con un capítulo dedicado a la imposición de la pena concreta al imputado, que resultó de privación de libertad durante 25 años, lo cual para lo que nos ocupa no interesa.

ESPAÑA

En nuestro país, nuestros tribunales no han llegado a aplicar efectivamente la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, si bien como veremos a continuación se ha planteado en numerosas ocasiones la posibilidad de aplicación de la misma, llegando en algún caso a estimar la culpabilidad de un sujeto por autoría mediata con autor inmediato imputable. Los motivos por los cuales no se ha llegado a aplicar la teoría dice GIL GIL⁶³ pueden ser varios:

- Primero, porque nuestros tribunales hacen una interpretación amplia de las otras figuras que podrían aplicarse, como la coautoría y la inducción, además de que en nuestro país estas figuras de participación (inducción y cooperación necesaria) conllevarían la misma pena que la del autor y por lo tanto no haría necesario acudir a la autoría mediata.
- Segundo, porque probablemente aún los tribunales españoles no se hayan enfrentado a una causa en la que fuese posible la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, salvando los autos de procesamiento de Pinochet y el caso de los atentados terroristas del 11-M en los que faltaban indicios para la imputación del jefe de la jamaa.

62 FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. página 234 citado en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal, Exp. N° A.V. 19-2001, Perú (causa contra el ex presidente Alberto Fujimori) p. 657

63 GIL GIL, Alicia, *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 100

- Tercero, la cautela con la que actúan los jueces españoles debido a las discrepancias existentes en la doctrina española, aunque hay sentencias, como ya hemos dicho, en las que se admite la autoría mediata con ejecutor plenamente responsable, y algunos autos en los que se admite la posibilidad de aplicar la teoría aunque dando otras posibles alternativas de solución, coautoría y participación.

GIL GIL considera que los tribunales españoles tratan de manera caótica los conceptos de coautoría y participación, y por tanto no hay una línea jurisprudencial clara al respecto. Aunque los partidarios de la autoría mediata por aparatos organizados de poder consideran que no es posible la solución de la coautoría, por ejemplo por no darse el acuerdo entre el dirigente y el ejecutor inmediato, principalmente porque en ocasiones el dirigente ni siquiera tiene conocimiento de la identidad del ejecutor inmediato, GIL GIL considera que el TS español “ha interpretado el elemento del mutuo acuerdo de manera muy amplia; se acepta el acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos pero, además, al TS le basta en ocasiones el mero conocimiento o incluso el no oponerse para imputar la coautoría”⁶⁴. En ocasiones, también aprecia el TS que existe acuerdo de voluntades entre todos los coautores sin que llegue a existir contacto entre ellos, únicamente le basta con que todos ellos hayan recibido la información a través de los niveles intermedios que realizan una labor de intermediarios, emisores de órdenes. Podría decirse que el TS acepta el acuerdo tácito, a través del cumplimiento de una orden o encargo⁶⁵.

En relación con la utilización de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la jurisprudencia no acaba de decidirse sobre si el dirigente de la organización debería responder como inductor o como autor mediato. Como en verdad no ha habido una resolución en la que se haga uso de la construcción de ROXIN sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder, únicamente podemos establecer que la jurisprudencia en ocasiones ha llegado a aceptar la posible aplicación de la autoría mediata por aparatos de poder, o por lo menos no han descartado en ninguna de las resoluciones que la construcción roxiniana pueda llegar a aplicarse en nuestro país; aunque siempre

64 GIL GIL, Alicia, *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 107

65 GIL GIL, Alicia, *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 108

aparace la posibilidad de aplicación de la misma con otras posibles calificaciones, entre ellas la coautoría y la inducción⁶⁶. Señalar que si hay una resolución en la que el TS establece abiertamente la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, estamos en el caso de la sentencia de casación sobre el atentado terrorista del 11-M, en la que el tribunal establece que “La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene el directamente. El llamado 'hombre de atrás' puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre esas características pueden señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito”.

Si bien la sentencia considera que no puede declararse la responsabilidad de Hassan El Haski basándose únicamente en su posición como dirigente de la organización terrorista, pues no ha sido probado que el hecho fuera cometido en primer lugar por miembros de la organización que él dirige, ni tampoco se ha podido establecer que “los límites de sus responsabilidades en la misma le permitían no sólo conocer la probabilidad o, incluso, la cercanía del suceso, sino que además le autorizaban a intervenir de forma relevante en la decisión relativa a su ejecución o a la suspensión de la misma. No consta ninguna clase de relación de este tipo precisamente con estos hechos, lo que impide considerarlo responsable de los mismos”.⁶⁷

Hay que hacer mención en este punto a la sentencia conocida como la del “alcalde

66 GIL GIL, Alicia, *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 121

67 Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 503/2008 de 17 de julio, RJ 2008/5159. Recurso de Casación 10012/2008 contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección Segunda) con fecha 31 de octubre de 2007 (JUR 2007, 328722).

racista” de 2 de julio de 1994.

STS 02/07/1994, sentencia dictada en casación⁶⁸: “La Audiencia entendió que el Alcalde no podía ser considerado autor de los daños (artículos 557 y 558.4.º CP) «pues no hubo acuerdo expreso ni tácito, simultáneo o sobrevenido para efectuar los referidos daños y sobre todo no se organizó la manifestación para producirlos», a lo que agrega que «ignoraban los daños cuando se estaban efectuando». Asimismo ha entendido que tampoco puede ser considerado inductor pues no se dio en el caso «una incitación directa». Finalmente no los consideró cómplices «pues no se ha justificado que hayan cooperado en la ejecución de los daños». Los tres criterios en los que el «a quo» fundamentó la exclusión de la responsabilidad por los daños son erróneos. En primer lugar porque la coautoría no necesita de un acuerdo formal, sino, como lo reconoce la propia Audiencia, es suficiente con que éste sea tácito y con que el coautor sume su parte del dominio del hecho a la de los otros, coautores en una ejecución común. En segundo lugar porque, suponiendo que sea necesaria una incitación directa, es evidente que la hubo, pues el alcalde se dirigió a la turba en forma directa, es decir, sin ninguna intermediación. Por último, es también indudable, que su acción importa una colaboración en los daños, por el impulso dado a los demás mediante el uso indebido de su autoridad sin someterse al derecho vigente y contribuyendo al desorden y a la inseguridad de los bienes y las personas”.

“Es claro que no es posible saber si el alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor; sin embargo, dado que el alcalde tuvo una auténtica preponderancia, del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se lo debe considerar como autor mediato de los daños. Ya se ha visto que todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del alcalde. A ello se debe agregar ahora que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del alcalde. En estos supuestos, una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del 'autor

68 Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1360/1994, de 2 de julio, RJ 1994/6416. Recurso 3518/1992.

detrás del autor', caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso ello es consecuencia de que el alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o al menos una tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia. En suma, la posición institucional del alcalde le otorga -como se dijo- una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo, toda vez que -como se ha destacado en la doctrina- no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues [...] se trata del rango normativo de la participación”.

“El procesado [...] es responsable como autor mediato (art. 14.1° CP) del delito de daños por el que ha sido acusado (arts. 557 y 558.4 CP), según se establece en el Fundamento Jurídico Octavo de la primera Sentencia”.

Aunque claramente la sentencia no está aplicando la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, si es importante resaltar que a través de la misma se está dejando la puerta abierta a la aplicación de la teoría roxiniana, ya que en la resolución comprobamos que el alcalde es responsable como autor mediato del delito en el que los autores materiales poseen responsabilidad penal plena. Es la única sentencia en la que se ha castigado, aunque considero que de manera errónea, al sujeto de atrás como autor mediato de un hecho con autor inmediato culpable y por tanto, plenamente responsable.

Auto de procesamiento contra Augusto Pinochet Ugarte 10 de diciembre de 1998 (Juzgado Central de Instrucción nº5)

Pinochet asume la presidencia de Argentina en el año 1973, ostentando el cargo de presidente de la Junta Militar, que él mismo crea. Durante casi 20 años asume la presidencia del país, primer a través de la presidencia de la Junta Militar y después a través de la presidencia de la República, y a través del poder que el cargo le ofrecía ordena la detención, y asesinato o desaparición en algunos casos, de numerosos

ciudadanos chilenos pertenecientes a la oposición política de su partido.

“Augusto Pinochet Ugarte [...] Comandante en Jefe del Ejército de Tierra, puesto de acuerdo con otros responsables militares, y para dar cumplimiento al plan previo y clandestinamente organizado de acabar con el gobierno constitucional de Chile y con la vida del propio Presidente de la República Salvador Allende Gossens e instaurar un gobierno de facto militar, encabeza un “golpe” militar el día 11 (once) de septiembre de 1973 que da como resultado el derrocamiento y muerte del Presidente Allende en el Palacio de la Moneda, después de que éste, fiel a la legalidad vigente, rechace las falsas propuestas de salvoconducto que le ofrece Augusto Pinochet, y, que en realidad persiguen acabar igualmente con su vida una vez que se halle en el aire en el avión que se le ofrece, el cual sería sabotado tal como consta en un documento oral grabado.

Augusto Pinochet Ugarte, desde su posición de mando,

pero en el desarrollo de una actividad ajena a la función pública propia que le compete como Presidente y miembro de la Junta de Gobierno que se constituye tras el golpe militar la misma noche del día 11 de septiembre de 1973, aprovechando y prevaliéndose de dicha posición, crea y lidera en el interior de su país, en coordinación con otros responsables militares y civiles de Chile, y, posteriormente hará lo propio en el exterior del mismo, de acuerdo con los responsables militares que detentan el poder en cada momento en otros países de la zona, como Paraguay, Uruguay, Bolivia, Brasil y Argentina, una Organización delictiva apoyada en las propias estructuras institucionales cuya única finalidad será conspirar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de detenciones ilegales, secuestros, torturas seguidas de la muerte de la persona, desplazamientos forzosos de miles de personas y desaparición selectiva de un número próximo a las 3000, y, que después se relacionarán, con la finalidad de alcanzar una serie de objetivos político-económicos que reafirmen las bases de la conspiración y consigan instaurar el terror en los ciudadanos.

[...] la Junta de Gobierno crea la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) por Decreto Ley 521 de 14 de Junio de 1974, que es continuadora de la Comisión denominada con idénticas siglas y creada en Noviembre de 1973.

Según esta norma la DINA, cuyo Director es designado por el Decreto Supremo, es <<un organismo militar de carácter técnico-profesional, dependiente directamente de la Junta de Gobierno, y cuya misión será la de reunir toda la información a nivel nacional, proveniente de los diferentes campos de acción, con el propósito de producir la

inteligencia que se requiera para la formación de políticas, planificación y para la adopción de medidas que procuran el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país>>.

Sin embargo, La DINA es un organismo militar que depende directamente del Presidente de la Junta de Gobierno hasta el 17.12.74 y después del Presidente de la República, en ambos casos Augusto Pinochet Ugarte. Por tanto nunca se cumplió lo dispuesto en el Decreto Ley 521 para la designación como Director de aquella de un General en activo, ostentando durante todo el tiempo de su existencia el cargo de Delegado y Director Ejecutivo el Coronel Manuel Contreras, quien debía lealtad y obediencia personal y absoluta a Augusto Pinochet, sin posibilidad alguna, de tomar decisiones sin la orden y conocimiento de éste último [...]

Como se desprende de las actuaciones practicadas en el Sumario el verdadero objetivo de la DINA, como organización Criminal, consiste en reprimir y eliminar, siguiendo las órdenes emanadas del Presidente Pinochet Ugarte a aquellos que considera enemigos políticos y cualesquiera otras personas incluidas en el plan de eliminación selectiva que patrocina la Junta de Gobierno al tomar ilegítimamente el poder el 11/9/1973, utilizando medios de destrucción eficaces tales como armas de guerra, explosivos u otros diversos e igualmente idóneos.

[...] según la dinámica ya expuesta de actuación ordenada por Augusto Pinochet Ugarte a Manuel Contreras y por éste a sus subordinados, y ejecución material por medio de agentes especiales desplazados al extranjero [...]

La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara por cuanto su acción anterior a que se concretan los hechos delictivos, (detenciones ilegales, asesinatos, desaparición, torturas); a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas. Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las ordenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA; b) para cometer delitos determinados como los enumerados a los que habría que añadir la malversación de caudales públicos por la utilización de fondos públicos para fines ilegales y delictivos, o los delitos contra el patrimonio derivados de los apoderamientos violentos de los bienes de las víctimas; c) con sujetos pasivos igualmente determinados, que se concretan en las personas enumeradas en esta

resolución y todos aquellos cuya identificación se desconoce pero que tienen una entidad e identidad real y que sufrieron la acción delictiva descrita; d) es también eficaz y causante de la determinación del autor, que recibe la orden de los mandos militares superiores y estos de los integrantes de la Junta de Gobierno; e) es abierta, clara y no insidiosa como lo demuestra el desarrollo de los hechos y la falta de sanción penal adecuada o ni siquiera administrativamente mínimas; f) es dolosa por cuanto, no puede hablarse con seriedad de desconocimiento, error o negligencia, sino de consciencia y voluntad de ejecución directa, y, g) es seguida de la ejecución del delito convenido, extremo que no necesita, en este momento de mayor concreción.

Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla, como ya se ha expuesto, toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos "roles o papeles" que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la "teoría de los bienes escasos". En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplieran las ordenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptualización de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte (artículos 27 y 28 del Código Penal).”

Aunque en principio parece establecerse que Pinochet sería inductor, en un momento de la exposición el juez habla de que el imputado tiene el poder de hacer cesar la ejecución en cualquier momento, y que posee el dominio absoluto del hecho, lo que lleva a pensar que podría imputársele el hecho a él, ya que es él quien tiene el dominio del hecho, lo que conforme a la autoría mediata por aparatos de poder le haría autor mediato de los delitos.

ARGENTINA⁶⁹:

Numerosas son las sentencias que se han ocupado del tema de cómo castigar la conducta del dirigente ante hechos cometidos por subordinados, es decir, por supuestos en los que sería aplicable la teoría de la autoría mediata en aparatos de poder, y todas

69 MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 58

ellas guardan una relación con los crímenes acaecidos durante la vigencia del régimen de las Juntas Militares. La jurisprudencia mayoritaria ha venido considerando que la actuación del dirigente sería de autoría mediata, recurriendo a la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder de ROXIN. Esta línea jurisprudencial tiene como antecedente la sentencia de 9 de diciembre de 1985 en la causa 13/84, conocida como “juicio a las Juntas” o “juicio a los ex-comandantes”.

Junto con la jurisprudencia mayoritaria que considera aplicable la autoría mediata, también se ha considerado la aplicación a estos supuestos de una “participación necesaria” (lo que en España entendemos como cooperador necesario).

Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de analizar las figuras aplicables en estos supuestos, siendo admitidas las diferentes figuras que ya se han comentado, tanto de coautoría como de participación.

Sentencia contra las Juntas Militares:

La Cámara consideró que la autoría mediata puede existir en aquellos supuestos en los que el ejecutor es plenamente responsable, sosteniendo que dado que los comandantes controlaban la organización, ellos dominaban los hechos que esa organización producía. Señaló además que “para que se produzca esta forma de intervención criminal es determinante la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total”.⁷⁰

“La Cámara Federal de hecho trató a los ex comandantes como si fueran partícipes necesarios e hizo depender su punibilidad del hecho del autor directo. Así, en algunos casos en los cuales se había producido la muerte de una persona durante la sesión de tortura, y esa muerte no era querida por el autor directo [...], la Cámara consideró al comandante como autor mediato del delito preterintencional del autor directo [...]. Sin embargo, la punibilidad del autor mediato no depende del comienzo de la ejecución del hecho del autor directo, pues aquí no rige el principio de accesoriedad en su faz externa o cuantitativa”⁷¹. Es decir, que sin importar el comienzo de la ejecución del hecho del

70 MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 59

71 MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 60

autor directo, la conducta del autor mediato sobre sus subordinados es ya típica, de manera autónoma. En relación con el ejemplo del homicidio preterintencional, en el momento en que el sujeto de atrás da la orden es cuando comienza éste a ejecutar el hecho, y en esa orden de torturar se debe entender incluida la posibilidad, al menos con dolo eventual, del resultado muerte.

(El autor) considera que quien da la orden actúa con dolo directo respecto al resultado de muerte, es decir que tiene la intención de que haya muertes, y sin embargo con dolo eventual del número de muertes que efectivamente serán producidas, es decir, que no sabe con certeza cuántas muertes, ni las determinadas personas que serán secuestradas, ni cuáles de ellas serán torturadas o matadas.⁷²

“La actividad descrita fue producto de la actuación de una pluralidad de grupos subversivos que en total contaban con un número de algunos miles de integrantes, siendo sus características más importantes su organización de tipo militar que incluyó la creación de normas y organismos propios de tipo disciplinario, su estructura celular, la posesión de un considerable arsenal que utilizaban en sus acciones, y abundantes recursos económicos, producto principal de delitos cometidos”.

“Por resultar inherente a la forma de organización militar, las bandas terroristas dictaron sus propias normas disciplinarias y punitivas y constituyeron organismos propios con la finalidad de sancionar determinadas conductas que consideraban delictuosas”.

“El objetivo último de esta actividad fue la toma del poder político por parte de las organizaciones terroristas, algunas de las cuales incluso intentó, como paso previo, a través de los asentamientos en las zonas rurales de Tucumán ya mencionados, la obtención del dominio sobre un territorio, a fin de ser reconocida como beligerante por la comunidad internacional”.

“Paralelamente al fenómeno ya comentado comenzó a desarrollarse, en la primera mitad de la década pasada, otra actividad de tipo también terrorista, llevada a cabo por una organización conocida entonces como Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), cuyo objetivo aparente fue el de combatir a aquellas bandas subversivas. Al mismo tiempo comenzaron a producirse desapariciones de personas atribuibles a razones políticas”.

72 SANCINETTI, en Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal*, 1999, p.313, citado en MALARINO, Ezequiel *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 61.

“La gravedad de la situación en 1975, debido a la frecuencia y extensión geográfica de los hechos terroristas, constituyó una amenaza para la vida normal de la Nación, estimando el gobierno nacional que los organismos policiales y de seguridad resultaban incapaces para prevenir tales hechos. Ello motivó que se dictara una legislación especial para prevención y represión del fenómeno, debidamente complementada a través de reglamentaciones militares. El gobierno constitucional, en ese entonces, dictó los decretos 261/75 de febrero de 1975, por el cual encomendó al Comando General del Ejército ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán; el decreto 2770 del 6 de octubre de 1975 por el que se creó el Consejo de Seguridad Interna, integrado por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas, a fin de asesorar y proponer al Presidente de la Nación las medidas necesarias para la lucha contra la subversión y la planificación, conducción y coordinación con las diferentes autoridades nacionales para la ejecución de esa lucha; el decreto 2771 de la misma fecha que facultó al Consejo a suscribir convenios con las provincias, a fin de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario; y el decreto 2772, también de la misma fecha que extendió "la acción de las Fuerzas Armadas a los efectos de la lucha antiterrorista a todo el territorio del país". La primera norma citada se complementó con la directiva del Comandante General del Ejército N° 333, de enero del mismo año, que fijó la estrategia a seguir contra los asentamientos terroristas en Tucumán, dividiendo la operación en dos partes, caracterizándose la primera por el aislamiento de esos grupos a través de la ocupación de puntos críticos y control progresivo de la población y de las rutas, y la segunda por el hostigamiento progresivo a fin de debilitar al oponente y, eventualmente, atacarlo para aniquilarlo y restablecer el pleno control de la zona. En su anexo N° 1 (normas de procedimiento legal) esta directiva cuenta con reglas básicas de procedimiento sobre detención de personas, que indican su derivación preferente a la autoridad policial en el plazo más breve; sobre procesamiento de detenidos, que disponen su sometimiento a la justicia federal, o su puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional; sobre allanamientos, autorizándolos en casos graves, con prescindencia de toda autorización judicial escrita, habida cuenta del estado de sitio”.

“El gobierno constitucional de entonces sancionó, además, leyes de fondo y de procedimiento que estaban dirigidas a prevenir o reprimir la actividad terrorista”.

“Con el advenimiento del gobierno militar se produjo en forma generalizada en el territorio de la Nación, un aumento significativo en el número de desapariciones de personas”.

“Estos hechos tienen a su vez una serie de características comunes: 1) Los secuestradores eran integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad, y si bien, en la mayoría de los casos, se proclamaban genéricamente como pertenecientes a alguna de dichas fuerzas, normalmente adoptaban precauciones para no ser identificados, apareciendo en algunos casos disfrazados con burdas indumentarias o pelucas. 2) Otras de las características comunes que tenían esos hechos, era la intervención de un número considerable de personas fuertemente armadas. 3) Otras de las características comunes, era que tales operaciones ilegales contaban frecuentemente con un aviso previo a la autoridad de la zona en que se producían, advirtiéndose incluso, en algunos casos, el apoyo de tales autoridades al accionar de esos grupos armados. 4) El cuarto aspecto a considerar con característica común, consiste en que los secuestros ocurrían durante la noche, en los domicilios de las víctimas, y siendo acompañados en muchos casos por el saqueo de los bienes de la vivienda. 5) El quinto y último aspecto a considerar en cuanto a las características comunes que tenían esos hechos se refiere a que las víctimas eran introducidas en vehículos impidiéndosele ver o comunicarse, y adoptándose medidas para ocultarlas a la vista del público”.

“La junta militar se erigió desde el 24 de marzo de 1976, como el máximo órgano político del Estado, reservando para sí, según el artículo 2º del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, una vasta gama de facultades de gobierno. [...] A pesar de que, entre las facultades que se arrogó dicho órgano, figuraba la del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas, y que entre los objetivos básicos del Gobierno Militar constaba expresamente la erradicación de la subversión, ese ente político aparece desvinculado de la toma de decisión en lo referido a la lucha antsubversiva, debido a que la prueba arimada ha demostrado que, respecto del mando de cada una de las fuerzas armadas, los ex comandantes no se subordinaron a personas u organismo alguno. El Ministerio Público ha sostenido que la planificación, dirección y supervisión de cuanto se actuaba en la lucha contra la subversión era responsabilidad de la Junta Militar. Funda esta aseveración en las siguientes circunstancias: a) lo dispuesto en el mencionado Estatuto del gobierno de facto; b) la amplia colaboración entre las fuerzas en las operaciones que emprendían; c) el Anexo 3 de la ley 21.650 por el que la Junta Militar impartió

instrucciones a los comandantes de cada fuerza; d) el llamado "Documento Final" del 28 de abril de 1983 que estableció la aprobación por parte de la Junta de los planes llevados a cabo en las acciones contra la guerrilla. Sin embargo, como se ha adelantado más arriba, dichos extremos no resultan suficientes para acreditar el punto en análisis. En efecto, la sola presencia de una disposición que asigne determinadas facultades, no es prueba bastante de que éstas hayan sido realmente ejercidas, o que se estuviera en condiciones fácticas de hacerlo, máxime cuando existe abundante prueba que acredita precisamente lo contrario” sin embargo, aunque la Junta Militar poseía las competencias citadas, establece la sentencia que no ha sido probado que estas competencias llegaron a ejercerse efectivamente las mismas, no sólo de las declaraciones de todos los implicados (miembros de la Junta Militar y miembros del ejército), sino de los documentos aportados a la causa, ya que los mismos acreditan que cada comandante se encargó, de forma autónoma, “de la planificación, ejecución y control de lo realizado por la fuerza a su cargo, sin injerencia ni interferencia alguna de las otras”.

“ [...] el personal subordinado a los procesados detuvo a gran cantidad de personas, las alojó clandestinamente en unidades militares o en lugares bajo dependencia de las fuerzas armadas, las interrogó con torturas, las mantuvo en cautiverio sufriendo condiciones inhumanas de vida y alojamiento y, finalmente, o se las legalizó poniéndolas a disposición de la justicia o del Poder Ejecutivo Nacional, se las puso en libertad, o bien se las eliminó físicamente. Tal manera de proceder, que suponía la secreta derogación de las normas en vigor, respondió a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares”.

“Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituían la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En esas condiciones, es presumible que muchos subordinados puedan alegar en su favor la eximente de obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron. Pero, aún así, no cabe duda de que hubo quienes por su ubicación en la cadena de mandos conocieron de la ilicitud del sistema, y hubo también quienes ejecutaron sin miramientos hechos atroces. De aquí se sigue que existen subordinados que no van a ser alcanzados por la eximente de obediencia debida, y que son responsables de los hechos cometidos junto a quienes impartieron las órdenes

objeto de este proceso”.

“Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos. Para fundar debidamente esta aseveración, deben tenerse presente los elementos que seguidamente se analizarán y que conforman las circunstancias concretas de lo que se está juzgando, dado que el concepto del 'dominio del hecho' es descriptivo y cobra su sentido frente a una hipótesis empírica determinada. [...] El modo ilegal de actuar fue emitido a través de la cadena de mandos regulares y tuvo por virtualidad dejar sin efecto las directivas en vigencia, sólo en los puntos que se opusieran a lo ordenado (lugar de detención, trato al prisionero, inmediata intervención de la justicia militar o civil, o puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional), en todo lo demás, las directivas siguieron rigiendo plenamente. [...] Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. [...] El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan, trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria. No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá. El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran. [...] Además, la intervención de los procesados desde el vértice máximo de la estructura de poder no se limitó a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos. [...] Podría sostenerse

asimismo, y con razonable fundamento, que es de aplicación al caso una coautoría por división de funciones. Empero, habida cuenta que de esta alternativa no se deriva ninguna consecuencia relevante que la justifique, el Tribunal estima más útil mantener la calificación de autoría mediata para la conducta de los procesados”.

Realiza también la sentencia un análisis sobre la posibilidad de incluir la autoría mediata en el correspondiente artículo del código penal argentino, concluyendo que efectivamente es posible la inclusión por cuanto la letra de la ley habla de “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”.

“Los graves hechos delictuosos que han sido el objeto de este juicio -en cuanto a la responsabilidad que en ellos les cupo a los ex-comandantes en jefe- fueron cometidos, según se ha probado, en virtud de las órdenes por ellos impartidas. El juzgamiento de los oficiales superiores que las ejecutaron no ha sido materia de esta causa”.

CHILE:

Sentencia de primera instancia de la Corte Suprema del 12 de noviembre de 1993 dictada por homicidio en coautoría mediata (consumado en Washington pero con iter criminis iniciado en Chile)⁷³:

“El entonces coronel Contreras [...] era Director y ejercía un amplio y total control sobre la Dirección de Inteligencia Nacional, cuerpo militarizado que nació con el Decreto-Ley número 521, de 14 de junio de 1974. A su vez, Michael Townley es uno de los autores materiales y directos del delito de homicidio, conocido ante la justicia norteamericana y condena por ésta, crimen dispuesto por el director de la DINA a través del jefe de operaciones, o sea, el coronel Espinoza, quien retransmitió a aquél la resolución del coronel Contreras en el sentido de hacerse cargo de la eliminación de Orlando Letelier, para lo cual el coronel Espinoza adoptó las disposiciones necesarias para materializar el plan, al que se dio comienzo con una especie de espionaje previo. En otras palabras, los dos altos oficiales, obrando en mutuo concierto, despacharon a Townley hacia Estados Unidos con la misión de dar muerte a Letelier en cumplimiento

⁷³ Sentencia de 12 de noviembre de 1993, en Fallos del mes, Publicación mensual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, año XXXV, noviembre de 1993, sección criminal, citado en MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 74.

de la última etapa del plan, que comprendió anteriormente una operación de seguimiento y vigilancia del ex ministro.

Para definir con más exactitud si fue una orden, una concertación o un acto de inducción lo que determinó que Townley, obrando como instrumento de la DINA, fuese despachado a Estados Unidos a [...] cumplir el objetivo de matar a Letelier, hay que tener presente que aquél estaba en situación de sometimiento a la jefatura de la DINA, por su carácter de agente de facto de ella y la circunstancia de que él y su familia vivían al amparo y bajo el control de ese servicio de inteligencia [...] a lo cual se suma su asimilación psicológica al aparato militar de la DINA y su consiguiente concepto de lealtad hacia ésta.

Esta interrelación humana ha sido estudiada por Claus Roxin en su monografía Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal (incorporada a la recopilación Problemas actuales de las ciencias penales, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1979), y la caracteriza como el dominio de la voluntad que puede ser de índole militar, política, ideológica, de Estado, etc., en que los jefes emplean el instrumento de poder que aquéllas les confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir, intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que en la vida real anula o hace casi imposible toda resistencia u oposición; aquel que imparte la orden es el autor mediato.

Este es un estado de cosas perfectamente asimilable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que si legalmente no podía ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediabilmente a cometer un determinado acto.

En consecuencia, los procesados son responsables del delito de homicidio en calidad de coautores en razón de lo que preceptúa el artículo 15, número 2º, del Código Penal, cuando define entre los autores de un delito, a los que fuerzan a otro a cometerlo.

Los razonamientos que se ha desarrollado son excluyentes de la posibilidad de que a los acusados sea aplicable la fórmula del número 3º del citado artículo o aquella del número 2º que se refiere a la inducción. En efecto, la concertación mencionada en ese número 3º implica la idea de confabularse o deliberar en un plano de más libertad e independencia que el que cabe suponer en la situación en que se hallaba Townley, y por lo que

conciene a la inducción, ella consiste en un proceso psicológico dirigido a conquistar la voluntad de un tercero, acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo que acaba de atribuirse al mandato que recibió Townley de parte del Director de la DINA. Refiriéndose a esta cuestión, Mario Garrido, en su obra *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica, 1984, opina lo siguiente: Concordamos con Novoa cuando afirma que cualquier medio que tienda al convencimiento o la transferencia de ideas es válido en este caso, pero siempre que se entienda en su exacto alcance este convencer o transmitir ideas, que no tiene vinculación con el de imponerlas o de coaccionar, situaciones que son distintas”.⁷⁴

CORTE PENAL INTERNACIONAL

Cabe hacer mención llegados a este punto de dos resoluciones de la CPI, recaídas en relación con los casos Katanga⁷⁵ y Lubanga⁷⁶, en las que el tribunal da acogida por primera vez a la nueva redacción del art. 25 del Estatuto de Roma (ER), en el que se recogen las formas de autoría y participación, adoptando decisiones de confirmación de cargos afirmando la responsabilidad penal de los sujetos como coautores mediatos, resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, basada en el dominio de la organización⁷⁷.

74 MALARINO, Ezequiel. *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 74 y ss.

75 Germain Katanga, también conocido como Simba, fue acusado y condenado por crímenes de guerra y de lesa humanidad, incluyendo asesinato, esclavitud sexual y utilización de niños menores de 15 años en la participación activa de hostilidades, es decir el reclutamiento de “niños soldado”. Katanga era el líder de la Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri. Se le acusó de los asesinatos contra la etnia *hema*, durante el ataque que perpetró contra el pueblo de Bogoro en la región de Ituri.

76 El congoleño Thomas Lubanga Dyilo fue acusado y condenado por crímenes de guerra por haber reclutado y movilizado a menores de 15 años y haberlos hecho participar en combates de guerra durante el período de 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en Ituri (República Democrática del Congo). Lubanga ostentaba el cargo de jefe del grupo rebelde Unión de Patriotas Congoleños, creado por él en 2002; partido que gobernaba provisionalmente la región de Ituri durante el período en el que ocurrieron los hechos.

77 OLÁSULO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*. N° 27, 2009, p. 74 y ss.

OLÁSULO considera que las citadas decisiones afirman que el art. 25.3.a) ER “ no adopta un concepto objetivo-formal de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo —de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común”; sino que el art.25 ER admite expresamente la autoría mediata, con independencia de que el ejecutor sea plenamente responsable o no, es decir, que cabe el dominio de la organización y por tanto es aplicable la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

Además, ambas decisiones niegan que se contenga en el ER un concepto subjetivo de autor, y por tanto rechazan la construcción jurisprudencia de la “empresa criminal común”, la cual “se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común”⁷⁸.

“Tras rechazar los conceptos objetivo-formal y subjetivo de autor, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga sostienen que el artículo 25 (3)(a) ER adopta, mediante el uso de la referencia a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”, un concepto subjetivo-material basado en la teoría del dominio del hecho, que se convierte de esta manera en el criterio distintivo entre las categorías de la autoría y la participación. En consecuencia [...] serán autores quienes dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido”⁷⁹. Las decisiones de los casos Katanga y Lubanga han confirmado, por tanto, el que el ER utiliza un concepto objetivo-material de autor.

En el año 2012 recayó la sentencia del caso Lubanga, en la que el acusado fue condenado a 14 años de prisión (considerándosele como atenuante el haber colaborado

78 OLÁSULO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*. N° 27, 2009, p. 80 nota al pie 27

79 OLÁSULO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*. N° 27, 2009, p. 85

durante el proceso), por crímenes de guerra, en concreto por el uso de menores en el conflicto armado, el fenómeno conocido como “niños soldado”.

En cuanto al caso Katanga, fue condenado en sentencia reciente de principios de 2014 a la pena de 12 de años de prisión por contribución necesaria al asesinato como crimen de guerra, fue absuelto de la acusación de esclavitud sexual y de utilización de niños menores de 15 años en el conflicto armado.

CONCLUSIONES

1. El aspecto más relevante de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es que sirve para imputar responsabilidad penal tanto a quien ha ejecutado el hecho de propia mano como a quien no lo ha hecho y se encuentra vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder.
2. La solución de la coautoría no me resulta convincente por el hecho de que no hay intervención del superior en la fase de ejecución, y además porque considero que en estos supuestos, en los que cabe la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, no se da una relación de horizontalidad entre los intervinientes, el superior y el ejecutor, sino que por el contrario se trata de una relación vertical, de superioridad del o los sujetos que se encuentran en la cúspide de la organización frente al ejecutor inmediato del delito.
3. En cuanto a la solución de la inducción, como ya se ha hecho mención anteriormente, tampoco me resulta convincente por cuanto en muchos casos no hay relación directa entre el superior y el ejecutor, ni siquiera el superior llega a conocer la identidad del ejecutor. Sin embargo, he de decir que en el caso de que no fuera posible la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, por no darse alguno de los requisitos que se establecen como esenciales, la solución que me parece más correcta para castigar la conducta del superior sería la inducción, y otras formas de participación que se han analizado.
4. La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder ha sido, en general, ampliamente acogida en la doctrina penalista y la jurisprudencia en muchos países. Sin embargo, ese efecto no podemos declararlo de nuestro país, en España ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo a la hora de aceptarla o negarla.

Por un lado, la doctrina no es unánime, un sector francamente minoritario de la doctrina sí que le reconoce aplicabilidad y se muestra a favor de la construcción roxiniana de la autoría mediata, como ya ha quedado acreditado en el presente trabajo. Si bien no aceptan la construcción totalmente, haciendo objeciones a algunos de los requisitos que ROXIN propone como esenciales para que podamos estar ante autoría mediata por aparatos de poder.

Además, el sector mayoritario se empeña en negar reconocimiento a la teoría, viendo en estos casos de dominio de la organización conductas constitutivas de coautoría o participación, entre ellas inducción y cooperación necesaria. Aquí tampoco se ponen de acuerdo los detractores de la teoría, y es que como se desarrolla en otras partes del presente trabajo, son numerosos tanto los partidarios que sostienen que se trata de conductas de coautoría, como aquellos que sostienen que estamos ante conductas de inducción por parte de los que poseen poder de mando en la organización, y de cooperación necesaria en aquellos que, encontrándose en los niveles intermedios de la organización, no poseen tal autoridad para dictar órdenes y que éstas sean ejecutadas.

5. En relación con la jurisprudencia, como se ha comentado anteriormente, los tribunales españoles no se ponen de acuerdo en relación con si cabe la aplicación de la autoría mediata por aparatos de poder, existe por tanto jurisprudencia diversa y contradictoria, aunque se ha apuntado ya que en alguna ocasión nuestros tribunales han aceptado la posibilidad de llegar a aplicarla, véase en casos como el de los atentados del 11-M, en el que las sentencias que han resuelto el caso han demostrado que no existían suficientes pruebas de que el líder hubiese ordenado el atentado, y por tanto no era posible la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder; considero que aun cuando la resolución final fuese que no existían pruebas para condenar, no es lo que nos ocupa el si deberían o no condenar, sino el de demostrar que la autoría mediata por aparatos de poder podría haber sido aplicada la teoría a estos casos, y debemos concluir que sí, aun cuando no hubieran pruebas para condenar el tribunal llegó a plantearse la posibilidad de condenar en base a la teoría.

No podemos negar que la jurisprudencia española no acepte la aplicación de la autoría mediata por aparatos de poder, pues con las sentencias analizadas ha quedado demostrado que nuestros tribunales cuanto menos ven la posibilidad de aplicar la teoría, lo que quiere decir que aunque no hayan aplicado por el momento la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en algunos casos sí que llegan a aceptarla y la han propuesto como solución a los casos de dominio del superior sobre los miembros de la organización.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai en AMBOS, Kai (coordinador) *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 15-36.
- AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2011. ISSN-e 1698-739X, 25 p. Publicado originalmente con el título «“Zur “Organisation” bei der Organisationsherrschaft», en HEINRICH/ JÄGER/ ACHENBACH/ AMELUNG/ BOTTKE/ HAFFKE/ SCHÜNEMANN/ WOLTER (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai, 2011*, pp. 837-852. Trad. de Diego Fernando Tarapués Sandino (Universidad Santiago de Cali, Colombia y Universidad de Göttingen) y Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra)
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*. Enciclopedia Penal Básica. Granada, Ed. Comares, 2002, p. 160-177.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados. *Revista Huellas*. Bogotá (Colombia), 2011 n°72 julio, p. 180-200.
- GIL GIL, Alicia, en AMBOS, Kai (coordinador) *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 87-128.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Universidad de Madrid, sección de publicaciones e intercambio, 1996, p. 174-193.
- HERNÁNDEZ NORIEGA, A./ CABALLERO RODRÍGUEZ, J.P./ ARANGO ZAMBRANO M.R. Reflexiones sobre la aplicabilidad de la “teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder” en Colombia. *Universidad Estudios*

Bogotá. N°5, enero-diciembre, 2008, p. 65-84

- HERNÁNDEZ PLASENCIA, Jose Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 1996, p.257-276.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. 2001, Ed. Marcial Pons, trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquin y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, p. 782-785.
- MALARINO, Ezequiel en AMBOS, Kai (coordinador) *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 37-70.
- MEINI, Iván en AMBOS, Kai (coordinador) *Imputación de Crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Ed. Temis, 2008, p. 129-153.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. Novena edición. Ed. Reppertor, 2011, p. 387-423.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. 2013, n°1, p. 499 y ss.
- OLÁSOLO, Héctor. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*. N° 27, 2009, p. 71-122.
- ROXIN, Claus. El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*. Chile, 2006, N° 7, p. 11-22.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición

Ed. Marcial Pons, trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquin y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, p. 269-280 y 723-729.