

31

DEUS PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2013

Revista Penal

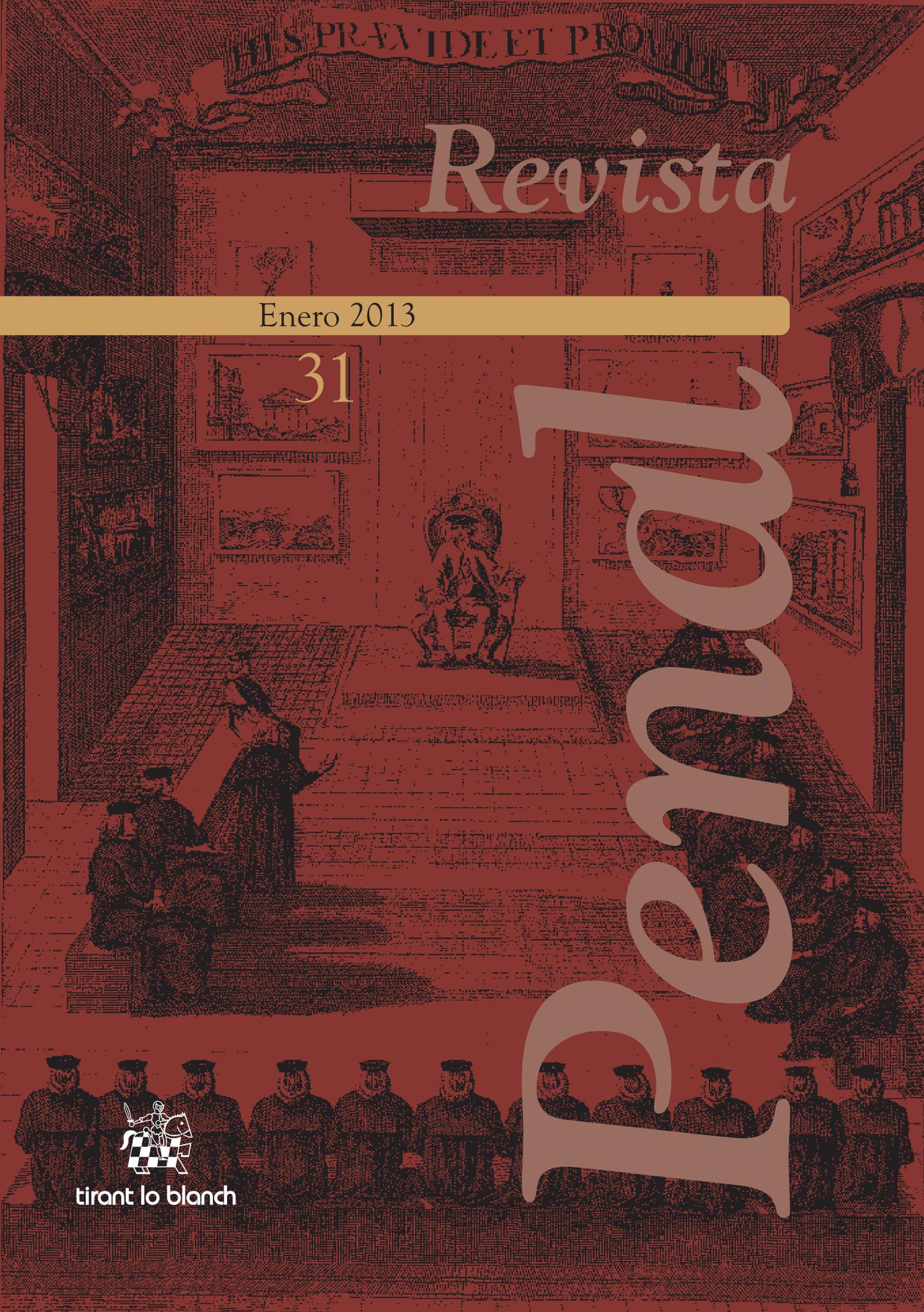
31

Penal

Enero 2013



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. - Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Abstract: In some Latin American courts, like in Argentina and Perú, and as well in Germany after the fall of the Berlin Wall the notion of indirect perpetration through organized structures of power created by Claus Roxin in 1963 has been applied. The notion of indirect perpetration through organised structures of power has come to play today a key role not just in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to effect the commission of the crimes, but as well as an instrument for the legal elaboration of the past dictatorships.

Key Words: Indirect perpetration. Organized structures of power. Claus Roxin. Legal elaboration of the past dictatorships.

Resumen: La teoría de la autoría mediata por control de aparato de poder elaborada por Claus Roxin en 1963 ha sido utilizada por algunos Tribunales nacionales, principalmente en Argentina y Perú, pero también en Alemania tras la caída del Muro de Berlín para castigar a los responsables y jefes militares por los crímenes cometidos por el aparato de poder que controlaban durante los regímenes dictatoriales. En el presente artículo se muestran las ventajas e inconvenientes que tiene esta teoría como instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Palabras clave: Autoría mediata. Aparato de Poder. Claus Roxin. Elaboración jurídica del pasado.

Observaciones: Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional "Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales", celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre de 2012.

Recepción del artículo: 13-09-2012.

Evaluación favorable: 20-09-2012.

1. En 1962 cuando el entonces joven penalista Claus Roxin recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la "autoría mediata por dominio de un aparato de poder" como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana

Juristenzeitung, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacional-socialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de Roxin de que en los pocos casos de este tipo juzgados

por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en una época en la que la jurisprudencia alemana seguía aferrada a una teoría subjetiva de la participación, según la cual lo importante no era la intervención material en el hecho delictivo, sino el ánimo o voluntad con la que se actuaba, de forma tal que si el sujeto que llevaba a cabo el hecho delictivo lo hacía siguiendo las órdenes impartidas por otro y no en su propio interés, es decir, con lo que se denominaba con la expresión latina “animus socii”, todo lo más podía responder como mero cómplice con las consecuencias que ello representaba en orden a la aplicación de una pena, que conforme al Código penal alemán puede ser en casos de delitos graves una pena de prisión de escasa duración que podía incluso ser suspendida condicionalmente.

Tras la permanencia de esta vieja jurisprudencia que perduró todavía mucho tiempo después de la II Guerra Mundial estaba, aunque no se reconociera expresamente, la idea, no creo que inocente, de elaborar y liquidar el pasado nacionalsocialista de muchos de los que habían intervenido directamente en los atroces hechos que durante el régimen nacionalsocialista dieron lugar al Holocausto y al asesinato de millones de personas en los Campos de Exterminio, haciendo borrón y cuenta nueva, aplicando, en los pocos casos en que se aplicaron, penas meramente simbólicas que ni siquiera llegaron a ser cumplidas.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que Roxin escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el “caso de Adolf Eichmann”, un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlín a principios de los años cuarenta, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el transporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación, etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto durante varios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó

y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichman, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el transporte a los Campos de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad.

Parece, pues, lógico que en aquel ambiente de olvido intencional, de amnesia, que se pretendía que fuera colectiva, del pasado nacionalsocialista, el artículo de Roxin no tuviera muy buena acogida y fuera rechazada su publicación por la revista *Juristenzeitung*. En el fondo, se trataba también de una forma especial, jurídicamente refinada, de “elaboración del pasado”, bien negándolo, bien minimizando su importancia.

Hubo que esperar hasta 1994, tras la caída del Muro de Berlín y la consiguiente Reunificación alemana, para que la jurisprudencia alemana, en una sentencia del Tribunal Supremo condenara a los ex dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los asesinatos de quienes durante la etapa de la Guerra Fría intentaron pasar a la República Federal de Alemania saltando el Muro que dividía la ciudad de Berlín y cayeron acribillados por los disparos de los Guardias fronterizos, que obedecían las órdenes que les daban sus superiores. Para fundamentar esta condena, el Tribunal Supremo alemán recurrió por primera vez en su historia a la teoría que Roxin había expuesto treinta años antes, abandonando la teoría subjetiva de la participación, admitiendo que además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania.

En este cambio jurisprudencial se trasluce sin duda algo más que un mero cambio en la elaboración dogmática de la teoría de la autoría. Cualquiera que sea la opinión que se tenga ahora respecto a la tesis de la autoría mediata propuesta por Roxin, no cabe duda de que en esta nueva orientación jurisprudencial se reflejaba también una forma de “elaboración jurídica del pasado” diferente a la que se había realizado en los años sesenta en relación con el pasado nacionalsocialista. La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento

jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana.

Mientras tanto, la teoría de Roxin, como tantas otras de sus construcciones y de otros autores representativos de la Dogmática alemana, no sólo había trascendido del ámbito alemán a los de otros países cuya doctrina está especialmente vinculada a la Dogmática alemana, sino también a algunas decisiones jurisprudenciales de los tribunales de estos países que la han utilizado como un medio especialmente idóneo para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes dictatoriales que dominaron en esos países, y también como un instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Pionera en esta dirección fue ya una trascendente decisión de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires¹ en la que se condenó a los máximos responsables de la Dictadura argentina, bajo cuyo mandato se cometieron graves violaciones de derechos humanos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones y adopciones ilegales de los hijos de las personas asesinadas.

Efectivamente, con fecha 9.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejército, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos

miembros de grupos radicales de izquierda opuestos a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986², aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

Independientemente de los avatares que luego se sucedieron y que motivaron que los condenados en estas resoluciones judiciales consiguieran librarse de las largas penas privativas de libertad a las que fueron condenados, en base a una discutida “Ley de Punto Final” que luego veinte años más tarde fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema³, interesa ahora analizar desde el punto de vista dogmático los criterios en que se apoyaron los mencionados tribunales para fundamentar sus sentencias condenatorias, tanto en el caso del Tribunal Supremo alemán, como en el del Tribunal argentino.

Tratándose, como suele ser habitual en estos casos, de sujetos que no intervinieron directamente en la fase ejecutiva de los crímenes de los que eran acusados, lo primero que se plantearon entonces los Tribunales argentinos que juzgaron el caso, fue si las concepciones tradicionales sobre la autoría dominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentina en aquella época eran aplicables a este tipo de casos.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según la cual, autor sólo es quien realiza o interviene directamente en la ejecución del delito⁴. Con

1 Fallos CS tomo 29, I-II, p. 36-1657. El texto de esta sentencia y la de la Corte Suprema citada en nota siguiente, se puede ver en Internet <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>, con índices elaborado por el Equipo Nizkor. Agradezco a Verónica Yamamoto su valiosa ayuda en la búsqueda del material jurisprudencial, legal y doctrinal argentino en relación con este tema.

2 Fallos CS, tomo 39 II, p. 1689-1923. Sobre estas sentencias y sus fundamentos jurídicos véase Sancinetti, Marcelo, Derechos humanos en la Argentina posdictatorial, 1988; Sancinetti, Marcelo/Ferrando, Marcelo, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Buenos Aires, 1999; Nino, Carlos. Juicio al mal absoluto, prólogo de Raul Alfonsín, Buenos Aires 2006 (traducción del original en inglés, Radical evil on trial, 1996); Maier, Julio, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107, 1995, p. 146 ss.; DONA, Edgardo Alberto, El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001, p. 545 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, Derecho penal, Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, 2002, p. 779 s.

3 Al respecto, véase MALAMUD, Jaime, Game without end, Oklahoma 1996; Nino, Carlos, Juicio al mal absoluto a.cit., 261 ss.; y los trabajos de Parenti, Pablo, La persecuzione penali di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina. A 25 anni dal ritorno della democrazia; MAZARINO, Ezequiel, Il volto represivo della recente giurisprudenza argentina sulle grave violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 13 de agosto 2005 nel caso Simón; Pastor, Daniel, Processi penali sólo per conoscere la verità? L'esperienza argentina; en Il superamento del passato e il superamento del presente, La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana, a cura di Emanuela Fronza e Gabriele Fornasari, Università degli Studi di Trento, 2009.

4 En el Fundamento séptimo la sentencia de la Cámara Federal argentina se hace una exposición de esta teoría y se citan los autores que en aquel momento la mantenían en la doctrina penal argentina (SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Bs. As. 1978, t.II, p. 244; NÚÑEZ, Carlos “Derecho Penal Argentino”, Bs. As. 1960, t. II, p. 280; FONTÁN BALESTRA, Carlos “Tratado de Derecho Penal”, Bs.

este concepto no cabe duda que quedan fuera del ámbito de la autoría los que preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito, sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa para esta concepción de la autoría que estos sujetos queden impunes o se beneficien de una menor punibilidad, pues, como en otros muchos Códigos penales, también en el art. 45 del Código penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor, al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual, y al cooperador necesario, es decir, a los que cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que finalmente tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias⁵.

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena, tanto el inductor, como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que el que ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención en la realización de un delito que tienen diferente naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesoria, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, que incluso puede cometer un delito distinto, de mayor o menor gravedad que la del delito al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo⁶.

Por otra parte, mucho de los casos llamados de “inducción” no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito, aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría mediata (“mittelbare Täterschaft”), aplicando la teoría del “dominio del hecho”, que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción⁷.

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata de una participación meramente secundaria o accesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español⁸, se le castigue expresamente con la misma pena

As. 1966, p. 414; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis “La ley y el delito” Bs. As. 1980, p. 501; TERÁN LOMAS, Roberto “Derecho Penal”, Bs. As. 1980, t. II p. 147; FIERRO, Guillermo “Teoría de la participación criminal”, Bs. As. 1964, p. 211); aunque acto seguido reconoce que un sector más moderno asume la teoría del dominio del hecho, citando a este respecto a BACIGALUPO, Enrique “La noción de autor en el Código Penal” Bs. As. 1965, p. 45; TOZZINI, Carlos “El dominio final de la acción en la autoría y en la participación”, en Revista de Derecho Penal Criminología 1968 N° 3, p. 81; HERRERA, Lucio Eduardo, “Autoría y participación”, en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, N° 3, p. 342; SIERRA, Hugo M. “La autoría mediata”, en La Ley 1978-B-789; ZAFFARONI, Eugenio “Tratado de Derecho Penal” Bs. As. 1982, t. IV, p. 305). Sobre las distintas concepciones de la autoría, véase DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, Miguel, La autoría en Derecho penal penal, Barcelona 1991.

5 Dice así el art. 45 del Código penal argentino: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. Para más detalles véase infra 3.

6 Sobre estos supuestos de desviación entre el inductor y el inducido, véase GÓMEZ RIVERO, Carmen, La inducción a cometer el delito, Valencia 1995.

7 La figura de la autoría mediata ha tenido general acogida en la doctrina penal de habla española e incluso expresamente en los Códigos penales de muchos países latinoamericanos. En el art. 28 del Código penal español de 1995 se dice expresamente que es autor, además del autor directo y el coautor, quien realiza el hecho “por medio de otro del que se sirve como instrumento”.

8 La figura de la cooperación necesaria se recoge en el art. 28, b) del Código penal español, que también considera autores, además de al inductor, a “los que cooperan a su ejecución con un acto con un acto sin el cual no se habría realizado”. Esta ampliación del concepto de autor, incluyendo la figura de la cooperación necesaria junto con la de la inducción, ha llevado a un sector de la doctrina española a decir que la misma no es propiamente autoría en sentido estricto; aunque algún sector considera que si el cooperador nece-

que al autor ejecutor, y que, bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa “necesidad”, implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

Por todo ello y aplicando la teoría del dominio del hecho, que fue elaborada conforme a los postulados de la teoría final de la acción por el penalista alemán Hans Welzel⁹, y luego desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se ha llegado ahora a una concepción de la autoría propiamente dicha, que distingue tres clases o formas de aparición de la misma: la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; siendo común a todas ellas que los sujetos que pueden incluirse en alguna de estas categorías tienen un efectivo control o dominio sobre la realización del delito, aunque en algunos casos, como principalmente sucede en la autoría mediata, pero también según mi concepción¹⁰, en la coautoría, no intervengan directamente en la ejecución del mismo.

Fuera del concepto de autoría propiamente dicha quedan otras formas de intervención en el delito, calificadas como *participación*, en la que los sujetos, aunque pueden ser castigados con la misma pena que el autor propiamente dicho, no dominan la realización del delito, quedando su participación supeditada a lo que ha-

gan el autor o autores propiamente dichos. Estos casos de participación en el delito que no son de verdadera autoría, son la inducción y la complicidad.

Actualmente, la distinción entre las diversas formas de autoría y la participación en el delito es generalmente aceptada en la doctrina alemana y en la de otros muchos países de su área influencia (principalmente España, Portugal y la de casi todos los países latinoamericanos), aunque dentro de la misma se han ido desarrollando variantes y correcciones que sin cuestionar la distinción de referencia, profundizan y matizan estos conceptos. Una de las aportaciones más importantes realizadas en los últimos cincuenta años por la Ciencia penal alemana en esta materia fue sin duda la fundamental y genial aportación de Claus Roxin, quien en su obra de principios de los años 60 del siglo pasado sobre Autoría y dominio del hecho, trazó nuevos caminos para fundamentar la autoría en general, y especialmente en los supuestos que constituyen el objeto principal de nuestra contribución, para determinar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por crímenes cometidos dentro de un sistema o aparato de poder por sus subordinados.

2. La tesis de Roxin.

Como se acaba de decir, en 1963, *Claus Roxin* acuñó, en su obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*” su teoría del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*¹¹. Y todavía en el mismo año, escribió un

sario interviene luego en la fase ejecutiva sí puede considerársele como coautor; véase, por todos, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, La responsabilidad penal del coautor, Valencia 2001. En mi opinión (cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, en MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., Valencia 2010, p. 438.), la cooperación necesaria puede también constituir coautoría, definida en el art. 28 1. como realización “conjunta” del hecho, en la medida en que implique un dominio funcional del hecho en base a un reparto de roles, en el que unos realizan actos ejecutivos y otros de preparación u organización, conforme a un plan previamente acordado. En mi opinión, la otra forma de cooperación necesaria a que se refiere expresamente el art. 28 b) del Código penal español, y que por tanto no entra en el concepto de coautoría, sólo es aplicable a casos aislados en los que sin concertación previa y sin un plan previamente establecido entrega, por ejemplo, un arma a quien en ese momento está metido en una pelea con otro contendiente al que mata con esa arma. En este supuesto el cooperador necesario recibe también la misma pena que el ejecutor, pues igualmente se le considera autor, pero su contribución no puede calificarse de coautoría, al faltar el primer requisito de la misma: el acuerdo previamente establecido conforme a un plan entre los distintos intervinientes. La cooperación no necesaria constituye sólo complicidad, definida en el art. 29 del Código penal español como la cooperación “a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, que no se hallen comprendidos en el artículo anterior (es decir, en el art. 28). La pena aplicable al cómplice es, conforme dispone el art. 63 del Código penal español, “la inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”. De ahí que en la práctica, el problema principal que se plantea en la jurisprudencia española sea la distinción entre autores y cómplices, y no la inclusión de una determinada participación en el delito en alguna de las formas de autoría previstas en el art. 28. Sobre los distintos criterios utilizados en la doctrina y jurisprudencia para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, véase LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, La complicidad en el delito, Valencia 1997; PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, Granada 1996.

9 Las primeras referencias a la misma se encuentran ya en su artículo, Studien zum System des Strafrechts, publicado en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 58, 1939, p. 491 ss., posteriormente fue acogida y matizada en su Lehrbuch des Strafrechts, hasta su última edición, la 11, 1969.

10 Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, cit.

11 Cfr. ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 1ª ed. 1963, pp. 242 ss. (esta primera edición es la que se toma aquí como referencia y punto de partida de los siguientes comentarios) (Esta obra ha alcanzado ya 8 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le

artículo, que en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la Revista Juristenzeitung y publicado posteriormente en el *Goldtdammer's Archiv*¹².

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos¹³. Para poder superar estas dificultades, Roxin desarrolla una nueva concepción de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que

sólo admite esta figura cuando el sujeto que ejecuta el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice, aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho¹⁴, Roxin argumenta con la teoría

han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid 2000).

12 Cfr. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, *Goldtdammers' Archiv*, 1963, pp. 193-207 (véase la versión al inglés de este artículo contenida en *Journal of International Criminal Justice*, tomo 9, num. 1, 2011, en el que se recogen además diversos comentarios de distintos autores sobre la aplicación de esta teoría por los Tribunales penales nacionales e internacionales). Posteriormente, Roxin ha publicado varios artículos en el que actualiza y en parte matiza algunas de las tesis mantenidas en su primer artículo; véase, por ejemplo, su contribución *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, en *Festschrift für Grünwald, Badeb-Baden 1999*, p. 549 ss. De este trabajo hay una versión traducida al español, véase ROXIN, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (edit.), *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Huelva 1999, p. 91 ss. También hay otro trabajo posterior de ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, en *Revista Penal*, 2006. Algunas de estas traducciones al español se han publicado también en diversas revistas especializadas en diversos países latinoamericanos. Para una exposición resumida de la tesis y de las opiniones divergentes a la misma, véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, p. 17 ss. Más recientemente, 2012, ha publicado un nuevo artículo en la revista *Goldtdammer's Archiv*, en el que además de mantener la tesis originaria ya expuesta cincuenta años en la misma revista, responde a las críticas que contra la misma se han formulado en estos años, véase ROXIN, *Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, p. 395 ss. Según el mismo Roxin menciona este artículo ha sido traducido al español y publicado en diversas revistas de Argentina, Perú y Colombia, a las que no he tenido acceso.

13 *Täterschaft*, p. 243: "Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse adecuadamente únicamente con los criterios del delito individual (...). De aquí que se deduzca que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se les contempla como fenómeno global. (...). Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual".

14 Cfr., por ej., BGH 18, 87: *Caso Stachynskij* (en este caso se condena como cómplice al Agente del Servicio secreto soviético que mató a otro con una cerbatana envenenada, considerando que meramente actuaba siguiendo las instrucciones de dicho Servicio secreto y no en propio interés). Según la teoría subjetiva, dada la equivalencia causal de todas las contribuciones en la realización de un delito, la diferenciación entre autoría y participación debe hacerse según la intención o ánimo que tuviera el sujeto en cuestión; si ésta era la de ser autor (*animus auctoris*) entonces el sujeto se consideraba autor; pero si su intención era la de ser mero partícipe (*animus socii*) entonces el sujeto sólo podía ser considerado como partícipe y dentro de esta categoría incluso como mero cómplice (para una exposición de esta teoría véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* cit., tomo II, p. 14 s.). Esta teoría es criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer, por ejemplo, la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó, sin embargo, que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase la crítica a esta jurisprudencia en Just Dahlmann/Just, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963 (véase supra nota 12) no sólo se dirigía contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados "delincuentes de escritorio" (*Schreibtischtäter*) que, como en el caso de Adolf Eichman, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época un monografista español, muy apegado por lo general a otras tesis de Roxin, se apartara en el caso Eichmann claramente de su posición y la criticara, manteniendo que el tal Eichmann todo lo más podía ser considerado como cómplice de los millones de asesinatos llevados a cabo en los campos de concentración nazi, de cuya estructura burocrática y funcionamiento él era uno de los principales responsables (véase GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, p. 176 ss., 187 ss., especialmente p. 197, donde dice: "Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada «solución final», su conducta,

del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin intervenir directamente en la ejecución material del hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente Roxin que “el fundamento para ello 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”¹⁵. Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

- El primer elemento de este mecanismo funcional es, para Roxin, el *dominio de la organización*¹⁶.
- Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para Roxin, la *fungibilidad del ejecutor*. Es de-

cir, el ejecutor debe ser “libremente intercambiable”¹⁷.

- Finalmente añadía un tercer elemento que denominaba como “*limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho*”¹⁸.

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por Claus Roxin no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito; en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Humanidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería no hablar o hablar lo

a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas”). Si se tiene en cuenta que, conforme al parágrafo 49, 1 del Código penal alemán, la pena del cómplice en este caso puede ser de prisión de tres años, mientras que la del autor es de prisión perpetua, no cabe duda que, de hecho, con la calificación de complicidad y la aplicación de la libertad condicional y de otros beneficios penitenciarios, la condena de Eichmann, en el caso de que hubiera sido juzgado por un Tribunal alemán y éste hubiera seguido la tesis de Gimbernat, habría sido puramente simbólica. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada “solución final de la cuestión judía”, es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis. (véase ROSEMAN, Mark, *La villa, el lago, la reunión, La conferencia de Wannsee y la “solución final”*, Barcelona 2001, traducción de Claudio Molinari del original inglés “The Villa, the Lake, the Meeting”). A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, “en la medida en que se mantuvo dentro del marco de la llamada «solución final» (sic Gimbernat), se deba calificar de mera complicidad”. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12.1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962).

¹⁵ Täterschaft, p. 244.

¹⁶ Täterschaft, p. 248: “Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de «dominio del hecho», se nos pone inmediatamente de relieve, que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad «habitual...». De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito”.

¹⁷ Täterschaft, p. 245: “En este grupo de casos... no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del hombre de atrás irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el hombre de atrás ocupe también junto a él el centro del suceso”.

¹⁸ Täterschaft, p. 249: “De la estructura de la organización se deduce, que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás”. Un cuarto elemento que posteriormente añadió a su tesis, en el que consideraba que el ejecutor material debería tener una “elevada disponibilidad a ejecutar el hecho”, lo ha abandonado posteriormente en el trabajo anteriormente citado publicado en GA 2012, p. 412, considerando que esa elevada disponibilidad “ciertamente existe, pero que no es un presupuesto autónomo del dominio de la organización, sino que se deriva de los tres anteriores elementos”.

menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia¹⁹ que, en las pocas veces en que se ocupó de estos casos, llegaba todo lo más con la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de Roxin pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las muertes ocasionadas en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos que dispararon a las per-

sonas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania²⁰.

Fuera de Alemania, la tesis de Roxin cada vez tuvo más partidarios, sobre todo en España, Portugal y numerosos países latinoamericanos, aunque también ha sido objeto de críticas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, también se ha aplicado en algunos casos muy importantes relacionados con la responsabilidad de dirigentes políticos y altos cargos militares por los crímenes ejecutados por miembros de los aparatos de poder creados o controlados por ellos. Finalmente, la teoría de Roxin ha sido aplicada también por algunos Tribunales internacionales en casos de este tipo relacionados

19 Un ejemplo concreto de esta jurisprudencia se estudia en profundidad en la monografía de Katrin Stoll, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok Berlin 2012*. Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc., tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la jurisprudencia alemana, como meros cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, porque se les consideraba como meros "excesos" individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc., cometidos contra la población judía. En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa Stoll de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando (véase mi comentario bibliográfico a este libro en *Revista Penal* 2012).

Sobre la jurisprudencia alemana en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas de la República Federal de Alemania en aquella época, los esposos Just-Dahlmann/Just escribieron un libro, *Die Gehilfen ant. cit.*, en el que entre otras cosas se informa en las pp. 160 y ss., que se había enviado un cuestionario a todos los profesores alemanes de Derecho penal para que manifestaran su opinión respecto a esa jurisprudencia. A este cuestionario sólo contestaron nueve profesores (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la escasa gravedad de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus Roxin, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite a su trabajo citado anteriormente, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista *Juristenzeitung*, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista *Goldammer's Archiv*). El 12 de septiembre de 2001, en una conversación privada mantenida por el autor de este trabajo con Roxin, durante un Congreso celebrado en Seúl, Corea, comentando el atentado ocurrido el día anterior en las Torres Gemelas de Nueva York, Roxin me comentó que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su publicación en una revista alemana. Posteriormente Roxin ha referido este episodio en un artículo recogido en la recopilación de varios sus trabajos, traducidos por Manuel Abanto, que se contiene en un volumen publicado en Lima (véase ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, p. 513, nota 1). También informan Just-Dahlmann/Just (p. 174), de la actitud de Jürgen Baumann, quien se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la *Strafrechtstagung* de 1963.

20 BGHSt 40, 268.

con los crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento les corresponde. De ello nos ocupamos seguidamente en los siguientes apartados.

3. La aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales.

La tesis de Roxin fue contestada desde el principio y aún hoy es contestada por buena parte de la doctrina, no sólo alemana²¹, sino también por la de otros muchos países influenciados por la doctrina alemana, como por ejemplo sucede en algún sector de la doctrina española²². Este sector doctrinal se apoya sobre todo en que el concepto de autoría mediata sólo tiene sentido y es aplicable cuando el sujeto instrumentalizado es irresponsable por falta de imputabilidad, por actuar sin ser consciente de que comete un delito o incluso de forma justificada en la medida en que lo hace en una situación provocada dolosamente por el autor mediato; pero no en el caso, como sería el que aquí nos ocupa, en los que el que ejecuta el delito es también plenamente responsable.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en los últimos años ha ido ganando cada vez más adeptos y no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial, habiendo sido utilizada ya por muchos Tribunales de Justicia para fundamentar sentencias condenatorias de dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos cometidos por sus subordinados dentro de un sistema de aparato de poder.

Pionera en esta materia fue la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires en el caso de los Comandantes de la Junta militar argentina, que argumentaba en su sentencia condenatoria del siguiente modo:

“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 lo ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”²³.

21 Véase, por ejemplo; JESCHECK, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 509, quien se inclina en estos casos por la calificación de coautoría (también JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 ed. 1998, p. 670. La tesis de Jescheck, a través que de la traducción de la segunda edición de su Tratado hicieron en 1983 Mir Puig y Muñoz Conde, es citada y acogida expresamente por la Corte Suprema argentina). En contra de que el dominio de la organización pueda fundamentar una autoría mediata, se han pronunciado expresamente Herzberg, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en Knut Amelung (ed.) *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Staftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gessellschaft*, 2000, p. 33 ss.; ROTSCH, Thomas, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, en *Zeitschrift für die gesamte Starechtswissenschaft*, 112 (2000), p. 518 ss., y WEIGEND, Thomas, en el tomo 9, num 1, del *Journal of International Criminal Justice*, anteriormente citado, dedicado a comentar la aplicación de la tesis de Roxin en la Justicia Penal Internacional y en algunos tribunales latinoamericanos.

22 Entre los monografistas españoles que se han ocupado del tema, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada 1996, p. 257 ss., quien se inclina por la tesis de la cooperación necesaria; El mismo, *La code-lincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2006; BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Barcelona 2000. Una buena exposición de las opiniones doctrinales en contra y a favor de la teoría de Roxin en la doctrina penal alemana y de habla española se encuentra en un primer artículo de Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, en revista de Derecho penal y Criminología, 1999, recogido y ampliado posteriormente en su obra *La Parte General del Derecho penal internacional*, Bases para una elaboración dogmática, traducción de Enrique Malarino, Bogotá, 2006, p. 216 ss.: EL MISMO, *Internationales Strafrecht*, Munich 2ª ed., 2010, p. Véase también WERLE, Gerhard.

23 Cfr. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, citada supra nota 1, p. 1601 (Fundamento séptimo, apartados 5 y 6). Sobre esta sentencia ha habido ya diversos comentarios tanto de autores argentinos como de otros países; para una exposición más completa de las decisiones judiciales que a partir de la misma se han venido produciendo en los últimos años en relación con la autoría mediata por control de aparato de poder, tanto en la misma Argentina, como en otros países latinoamericanos, me remito al artículo de MUÑOZ CONDE/OLASOLO, *La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América latina y España: desde el juicio a las Juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo*, publicado en *Revista Penal* 2011, p. y en diversas revistas latinoamericanas (existe una versión en inglés, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, *Journal of International Criminal*, tomo 9, num.1, 2011, pp. 113-135; publicada también en *New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalisation*, Pekin 2011, p. 47 ss. Una versión más amplia de este trabajo se ha publicado también, en doble versión inglesa y china, en *Organized Crime and its Countermeasures in the Era of Globalisation*, He Bingsong y Liu Yanping (edit), Pekin 2010, p. 153 ss. (versión inglesa, y p. 431 ss., versión china).

24 Cfr Sentencia de la Corte Suprema citada supra nota 3, p. 1701 ss. Los argumentos que emplea la Corte Suprema para rechazar la tesis de Roxin se encuentran en los fundamentos 20 y ss. de su sentencia, en donde se exponen la polémica doctrinal suscitada por la misma y las razones por las que, según la Corte Suprema, no puede ser acogida en el Derecho penal argentino. De esta opinión también NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto cit.*, p. 241, quien considera que “la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente”. Sin embargo, dos

A pesar de esta contundente afirmación, la fundamentación de la condena de los Comandantes, basada claramente en la tesis de Roxin, fue rechazada posteriormente por la Corte Suprema argentina, que, por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, consideró que esta tesis no era lo suficientemente concreta y que no gozaba en el momento en que se cometieron los hechos de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho penal argentino²⁴. En consecuencia, la Corte Suprema argentina fundamentó la condena de los Comandantes en la figura de la cooperación necesaria, que tiene reconocimiento expreso en el art. 45 del Código penal argentino y que de todas formas impone la misma pena a los cooperadores necesarios que a los autores directos.

No obstante, posteriormente, algunos tribunales argentinos que han juzgado casos concretos de crímenes cometidos durante la Dictadura por miembros de su aparato de poder, han aplicado la teoría de Roxin, o al menos se han planteado esta forma de imputación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, sucede en el caso juzgado en la sentencia del Tribunal Oral Federal de Tucumán (Argentina) de 4 septiembre 2008, en la que se impone la misma pena (prisión perpetua e inhabilitación perpetua) a los dos procesados, “que integraban la cadena de mandos superiores en la maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas armadas” (sic, p. 101 de la sentencia), y que en virtud de ese poder decidieron la entrada ilegal en el domicilio del Senador Vargas Aignasse, sospechoso, según ellos, de pertenecer a un grupo subversivo, los Montoneros. Vargas Aignasse, tras ser detenido en su propio domicilio delante de su mujer e hijos menores, fue trasladado a un centro militar, donde tras ser torturado, finalmente se le hizo desaparecer, fingiendo que había sido secuestrado por un grupo desconocido en su traslado a otro centro militar. El Tribunal, tras exponer pormenorizadamente la tesis de Roxin y mencionar la sentencia de la Cámara de Apelaciones argentina que en primera instancia juzgó a los Comandantes, y la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) en relación con los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en la que igualmente se aplicó la tesis de Roxin, cita otras resoluciones de Tribunales argentinos en las que ya se había aplicado en casos similares, mencionando expresamente

“las resoluciones del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N 1 de La Plata en las causas «Etchecolatz» (Sentencia de septiembre de 2006) y «Von Wernich» (Sentencia del 01 de noviembre de 2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N 1 de Córdoba, en la causa «Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiel, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín por privación ilegítima de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado» —Expte. 40/M/2008— (Sentencia del 24/07/08); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa «Etchecolatz» (Sentencia del 18 de mayo de 2007)”. Además el tribunal de Tucumán fundamenta su sentencia condenatoria aplicando los criterios de la imputación objetiva y de la responsabilidad en comisión por omisión de los que tienen la posición de garante respecto al control del comportamiento de sus subordinados.

En otra sentencia más reciente del Tribunal Oral Federal de San Martín, n. 1 de 12 de agosto de 2009, en el llamado caso “Floreál Avellaneda”, se plantea también este problema. Igual que en los casos anteriores se trataba de la detención ilegal, seguida de torturas de Floreal Avellaneda padre, su mujer, Iris Avellaneda, y de su hijo, Floreal, menor de dieciséis años, cuyo cadáver, maniataado y con señales de haber sido salvajemente torturado, apareció después en las costas uruguayas, probablemente arrojado desde un avión militar. El Tribunal tras realizar un análisis exhaustivo de la prueba, se ocupa de fundamentar la condena de los procesados, pero en lugar de la tesis de Roxin, y sin apenas mencionarla, tras hacerse eco de algunas críticas formuladas contra la misma, por ejemplo por Kai Ambos, cuyo artículo sobre el tema cita expresamente, se inclina por la calificación de coautoría, mantenida por otros autores como Jakobs y su discípulo argentino Sancinetti. No obstante, y aunque condena al principal responsable a la pena de prisión e inhabilitación perpetua, impone a los otros “coautores” penas inferiores de privación de libertad entre 8 y veinticinco años.

Por lo que respecta a España, la tesis de Roxin ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se han ocupado expresamente del tema²⁵, pero no por la jurisprudencia,

Magistrados de esta Corte Suprema, los Dres. Petracchi y Bacqué, se pronunciaron en voto particular a favor de la tesis de Roxin, interpretando en este sentido el art. 514 del Código de Justicia militar argentino, que mantiene la responsabilidad del militar que imparte ordenes, aunque el subordinado que la cumple sea también penalmente responsable del delito que comete.

²⁵ Véase por ejemplo, mis diferentes trabajos al respecto: Muñoz Conde, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva 1999; El mismo, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de

que si bien en algunas ocasiones se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena²⁶.

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, juzgado finalmente en la STS de 22 abril 1983, y el llamado “Caso Marey”, en el que el TS en su sentencia de 28 julio 1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código penal como en el Código de Justicia militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código penal

de 1995 (arts. 472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado²⁷.

Mayores oportunidades ha tenido la jurisprudencia española en aplicar esta teoría en los procesos contra los dirigentes de la banda terrorista ETA, como responsables de los atentados llevados a cabo por comandos de la misma. Sin embargo, tampoco en estos casos ha hecho un uso directo de la teoría de Roxin para fundamentar las condenas de los dirigentes de esta organización terrorista, que señalan la víctima o el objetivo del atentado y dan las órdenes correspondientes que otros ejecutan; y aunque en la redacción de sus Fundamentos jurídicos se observa claramente la influencia que la tesis de Roxin, ampliamente difundida a través de las traducciones y de la mucha bibliografía existente en España sobre la misma, ha tenido en muchos de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, al final la condena se basa en la figura de la inducción para los dirigentes, o en la de la cooperación necesaria para los que colaboran directamente con el comando ejecutor²⁸.

poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”, en Revista Penal 2000 (versión alemana publicada en Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 609 ss.; El mismo, La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales, en Luisiada, II Serie, num. 3, Lisboa 2005, p. 57 ss.; El mismo, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en Revista Penal 2002 (también en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, 14, Madrid 2001; hay una versión resumida de este trabajo en Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y la Criminología, Madrid 2001). Para una exposición resumida de esta posición, véase Muñoz Conde, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal cit. p. 448 ss. Posteriormente se han ocupado expresamente del tema, adhiriéndose a la tesis de ROXIN, FARALDO CABANA, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia 2004; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada 2006. También han aceptado, en parte, la tesis de Roxin o por lo menos han planteado como una posibilidad su aplicación a los directivos de las empresas en el ámbito del Derecho penal económico, otros autores como AMBOS, MUÑOZ CONDE, PÉREZ CEPEDA, GARCÍA CAVERO, NUÑEZ CASTAÑO, MARTÍN DE ESPINOSA, CARUSO FONTÁN, FERRÉ OLIVÉ, GÓMEZ-JARA DÍAZ, etc, pero la exposición de este tema excede de nuestro trabajo. En la doctrina portuguesa se pronuncian a favor de la tesis de ROXIN, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada cit., p. 99 ss.; SERRA, Teresa, en Revista Portuguesa de Ciencia Criminal 5 (1995), p. 103.

26 Cfr., por ejemplo, STS 2 julio 2004 (caso Hipercor), 1 octubre 2007 (caso Scilingo), 17 julio 2008 (atentado de la Estación de Atocha en Madrid). Para una exposición del reflejo de esta teoría en la jurisprudencia del TS español, véase GIL GIL, Alicia, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 2008, p. 53 ss. También BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en La Ley 2008.

27 No obstante, a mi juicio, no hay ningún inconveniente en aplicar la teoría de Roxin también en estos supuestos; véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, en Revista Penal 2002 cit.

28 Cfr. STS 2 julio 2004, 22 febrero 2007. Véase la exposición que de esta jurisprudencia hace GIL GIL, ob. cit., p. 65 s. Tampoco en las sentencias de la Audiencia Nacional (65/2007) y del Tribunal Supremo (505/2008) pronunciadas en relación con el atentado terrorista cometido en la estación de Atocha de Madrid el 11 de marzo de 2004, en el que murieron 191 personas y hubo casi dos mil heridos, se menciona la teoría de Roxin, aunque era claro que los ejecutores materiales actuaron como miembros de una organización terrorista internacional (Al Qaeda), que muestra todas las características requeridas por Roxin para fundamentar la autoría mediata por control de aparato de poder. A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de Roxin y considerar autores mediatos de los

Mayor interés tiene para nuestro tema la jurisprudencia habida en los países latinoamericanos donde se han juzgado más recientemente este tipo de delitos cometidos por dominio del aparato de poder de sistemas dictatoriales, y en los que se ha planteado la responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

Además del juicio ya mencionado contra los Comandantes de la Junta militar argentina, un caso similar fue en Chile el “caso Contreras”, en el que se juzgó al Jefe del Servicio Secreto de la dictadura de Pinochet, la llamada DINA, que durante la dictadura planificó y ordenó el atentado que se llevó a cabo en Washington y costó la vida al General Letelier, un destacado opositor de esa dictadura que se encontraba en el exilio. Sin embargo, en la sentencia ni siquiera se menciona la posibilidad de aplicar la tesis de Roxin²⁹.

Tampoco se hacen referencias a la tesis de Roxin en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años

mantuvo Pinochet en Chile, aunque en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata³⁰.

En Colombia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha planteado la aplicación de la autoría mediata en algunos de los casos de asesinatos cometidos por los grupos paramilitares, aunque finalmente se decidió aplicar la figura de la coautoría³¹.

En Uruguay la sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7 condenó a Juan María Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas, sin plantear siquiera la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata³².

EXCURSO: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia.

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 7 abril de 2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos

atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda); sobre ello, véase Muñoz Conde, ob. u. cit.

29 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena 30 mayo 1995, en la que apenas se planteó si el Jefe de la DINA, el General Contreras, se podía considerar inductor o autor mediato de los autores materiales del atentado costó la vida al líder opositor, empleando ambos conceptos de forma equivalente e igualmente subsumibles en la definición de inducción que da el art. 15 del Código penal chileno (véase razonamientos 17 a 20 de la mencionada sentencia). Pero en ningún momento se plantea la responsabilidad de otros cargos políticos o militares superiores, ni se menciona la figura de la autoría mediata de los mismos sirviéndose del aparato de poder.

30 Auto de procesamiento de Augusto Pinochet, del Juzgado de Instrucción num.5 de la Audiencia Nacional (Juez Baltasar Garzón), 10 diciembre 1998: “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 órdenes 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”. Sin embargo, en este auto la intervención de Pinochet se califica unas veces de inducción y otras de coautoría, pero no se menciona la autoría mediata. Tampoco menciona la teoría de Roxin el mismo Juez Garzón en su discutido auto de apertura de un procedimiento penal contra el General Franco y los principales responsables del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936. Sobre la elaboración jurídica del pasado dictatorial franquista durante la transición a la democracia en España, véase MUÑOZ CONDE, La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho, en Francisco MUÑOZ CONDE/THOMAS VORMBAUM (dir.), Humboldt-Kolleg. La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado, Valencia 2009 (hay también versión alemana con el título Abrechnen aber wie? Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien, publicada en Francisco MUÑOZ CONDE/THOMAS VORMBAUM, Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Humboldt Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla 7-9. Februar 2008, Berlin 2010, p. 29.ss; también en Journal für juristische Zeigeschichte, 2008, y en Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 2008. Versión española también en Revista Penal 2008).

31 Sentencias pronunciadas en los casos *Machuca* del 7/3/2007, *Yamid Amat* del 8/8/2007 y *Gabarra* del 12/9/2007; para una información más detallada sobre las mismas, véase MUÑOZ CONDE/OLASOLO, ob., cit.

32 Sobre esta sentencia, véase con más de talles MUÑOZ CONDE/OLASOLO, lug, cit: También el artículo de Pablo GALAIN PALERMO, The prosecution of International Crimes in Uruguay, en *International Criminal Law Review*, 2010, p. 601 ss.; El mismo, *Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013. Sobre la elaboración jurídica del pasado de las dictaduras en Chile, Argentina, España, Alemania e Italia, vease también Francisco MUÑOZ CONDE/THOMAS VORMBAUM, La transformación de las dictaduras en democracias a. cit.

33 Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N°AV 19-2001 (acumulado), del siete de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, recogida en: http://www.pj.gov.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409.

contra la vida, detenciones ilegales, etc., cometidos durante su mandato por grupos militares, policiales y parapoliciales³³. En el capítulo III de la Tercera Parte de este sentencia se realiza en más de treinta páginas toda una exposición doctrinal del estado de la teoría de Roxin en la doctrina peruana y de habla española, mencionando las distintas variantes que se le han dado, y los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la misma, para terminar afirmando que es perfectamente compatible con la regulación que hace el Código penal peruano de la autoría mediata y, por tanto, aplicable en el caso Fujimori, en la medida en que en el mismo se dan los requisitos expuestos por Roxin: Existencia de un aparato de poder a cuyo frente se encontraba el Ex Presidente Fujimori, de una relación jerárquica entre los miembros del mismo en sus distintos niveles, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Derecho o, como se dice en la sentencia, “apartamiento del Derecho” (entendiendo por tal tanto el Derecho nacional, como el internacional) y, lo que ya hemos visto Roxin ya no exige expresamente, “una elevada disponibilidad de los ejecutores a realizar el hecho”. También se hacen referencias en este Fundamento jurídico a las diferencias entre la figura de la autoría mediata por control de aparato de poder y la responsabilidad del superior militar en el Estatuto de Roma, y se citan otras decisiones judiciales en las que se ha aplicado la teoría de Roxin, como las ya señaladas anteriormente de la Cámara de Apelaciones argentina en el caso de los Comandantes de la Junta militar, o del Bundesgerichtshof alemán en el caso de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana. Pero también se menciona otra sentencia de la propia Corte Suprema peruana en la que con una fundamentación similar se condenó al líder de la organización terrorista “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán por los diversos atentados terroristas llevados a cabo por dicho grupo terrorista en la década de los 80 en el siglo pasado. La posible aplicación de la teoría de Roxin al caso Fujimori había sido también ya planteada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 21 septiembre 2007, por la que se concedió la extradición a Perú de Alberto Fujimori³⁴.

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier otro de los procesos en el que tuvieran que

juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de Fujimori. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra sentencia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20 de julio de 2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigentes del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista “Sendero Luminoso”. En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como Crímenes contra la Humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una “política de exterminio”, y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de Roxin y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por Jakobs en su artículo “Sobre la autoría del acusado” Alberto Fujimori, publicado en el volumen “La autoría mediata, Caso Fujimori”, Ara editores, p. 105-114, citado expresamente en la página 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el “uno aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente” (Fundamento 204), entendiéndose además que, a diferencia de lo sostiene la concepción tradicional de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho.

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, contradictorio, que para rechazar la tesis de Roxin se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de Jakobs se abandone la concepción tradicional de

34 Véanse Considerandos nonagésimo cuarto y nonagésimo quinto de esta sentencia. Un comentario a la misma hace LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo, en Anuario de Derechos Humanos, 2008, p. 114 ss.

la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

En todo caso no deja de ser sorprendente que en un caso de tanta trascendencia para la elaboración jurídica de la responsabilidad por los delitos cometidos durante el pasado régimen dictatorial de Fujimori se traslade a una decisión judicial una polémica puramente doctrinal, sin mayor trascendencia, como en la propia sentencia se indica, en la magnitud de la pena aplicable. Si por eso fuera no se entendería muy bien la polémica que suscitó en la opinión pública peruana este fallo y el inmediato recurso que se presentó contra la misma ante la Corte Internacional de Derechos humanos de San José de Costa Rica. Evidentemente, y como seguidamente vamos a ver, en dicha Corte no se planteó el problema de si la calificación jurídica de los responsables de la masacre de Barrios Altos debía ser la de autoría mediata, o la de coautoría, sino si la misma podía dar lugar a algún tipo de impunidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la citada sentencia se abandona, no sólo la tesis de Roxin aplicando en su lugar la de Jakobs, sino también la calificación de este hecho como un Crimen de Lesa Humanidad con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan, como pueden ser por ejemplo, la imprescriptibilidad de estos delitos o la imposibilidad de aplicar Leyes de Punto Final o Amnistías a los responsables de los mismos.

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24 de septiembre de 2012 otra sen-

tencia³⁵, en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14 marzo 2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano “la remoción de todo obstáculo que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad”. Para ello advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

En este sentido, considera que el hecho de que la sentencia de la Corte Suprema peruana de 20 julio rechace la calificación de Crimen de Lesa Humanidad para la masacre ocurrida en barrios Altos, no es claramente compatible con los hechos probados, en los que claramente se observa que el ataque se realizó de manera indiscriminada contra miembros de la población civil “en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos” (Considerando 45).

Aunque la Corte Internacional no dice cuál sería la calificación exacta de este “Crimen internacional” es claro que se está refiriendo a los Crímenes de Lesa Humanidad tal como se definen en el art. 7 del Estatuto de Roma³⁶, al decir: “En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a «delitos comunes» o meras vulneraciones de los «derechos humanos», sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atentan contra la consciencia universal”.

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para *todos los responsables* (subrayado del autor de este artículo). Dicho en

35 Se puede consultar en Internet en PDF es.scribd.com (...) Resolución-de-la-Corte-FDH-en-Caso-Barrios-Altos.

36 Sobre estos delitos y sus elementos véase WERLE, GERHARD, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed. Valencia 2001, p. 462 ss. (p. 375 ss., de la 3ª ed. Alemana de su Völkerstrafrecht, 2012).

pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, de evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

En consecuencia, pocos días después de haberse emitido la sentencia de la Corte Internacional, la misma Sala Permanente de la Corte Suprema peruana ha decidido el 29 de septiembre de 2012, por unanimidad, anular la anterior sentencia cuestionada a nivel internacional, disponiendo que otro Tribunal resuelva el recurso de nulidad.

4. La aplicación de la tesis de Roxin en los Tribunales internacionales.

En relación con nuestro tema, también es interesante la jurisprudencia habida en los Tribunales internacionales en los casos en los que los delitos cometidos entran dentro del ámbito de su competencia.

Una de las tareas más importantes, con la que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte penal internacional, es la elaboración de una Teoría General que se pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales, que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del

Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una Teoría General del Delito, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero George P. Fletcher con su *Rethinking Criminal Law*³⁷. Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor medida, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de Antonio Cassese³⁸, Gerhard Werle³⁹, Kai Ambos⁴⁰, Hector Olasolo⁴¹ y Alicia Gil Gil⁴² entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art. 25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bas-

37 Boston/Toronto, 1978. En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como *Basic Concepts of Criminal Law*, 1991 (hay traducción española de Muñoz Conde, Valencia 1998), y *Grammar of Criminal Law*, 2007 (hay traducción española de Muñoz Conde, Buenos Aires 2008); véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2006.

38 *International Criminal Law*, Oxford 2003.

39 Véase principalmente su *Völkerstrafrecht*, 3ª ed. 2012.

40 Especialmente su *Internationales Strafrecht a. cit.* También El mismo, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlin 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por Ezequiel MALARINO, *La Parte General del Derecho penal internacional a. cit.*).

41 *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, 2008

42 *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1999.

hir⁴³, en las que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de Roxin, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el tomo 9, núm. 1 del año 2011, del Journal of International Criminal Law, con aportaciones de Werle/Burghardt, Weigend, Ambos, Muñoz Conde/Olasolo, Fletcher, y Manacorda/Meloni⁴⁴. Estas decisiones tomadas una especie de Juicio preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14 de marzo de 2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades⁴⁵.

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de Roxin como una “coautoría mediata”, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la *distribución o reparto de funciones*, característico de la coautoría, con el del *dominio de la organización*, característico en la teoría de Roxin de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida algunos autores⁴⁶ tiene perfecto encaje en el art. 25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por Roxin en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria⁴⁷. La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art. 25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la

responsabilidad del que directa o indirectamente, por sí sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría⁴⁸. Pero es evidente que en ese artículo 25, 2 a), al distinguir claramente entre “el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el inciso que se refiere a cometer el crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por Roxin.

Por lo que a los casos tratados en los Tribunales internacionales es claro que la tesis de la coautoría mediata es la que mejor se adapta a las características de un aparato de poder organizado: la distribución o reparto de funciones y el dominio de la organización, lo que unido a las otras dos características, relación jerárquica entre sus diversos miembros y fungibilidad de los ejecutores, fundamentan la tesis de Roxin

Distinto de este supuesto es la responsabilidad de los jefes y superiores por los delitos cometidos por las fuerzas bajo su mando y control, prevista en el art. 27 del Estatuto de Roma que consagra una responsabilidad diferente por omisión de determinados deberes y que incluso admite la comisión por imprudencia⁴⁹.

5. Resumen y conclusiones: La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder como medio para la elaboración jurídica del pasado.

43 Sobre esta jurisprudencia véase OLÁSULO, Hector, El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata, en Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional, 27, abril-junio 2009, Bogota, p. 71 ss.; El mismo, Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration living rise to principal liability, a notion of accessory liability, or a form of partnership in crime, Criminal Law Forum, 2009, y más extensamente, en El mismo, Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes, a. cit. También WERLE, Gerhard, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, en Journal of International Criminal Justice, 5 (2007), 953 ss.; MANACORDA, Stefano, Imputazione collettiva e responsabilità personale, Uno Studio sui paradigma ascrittivi nel diritto penale internazionale, Torino 2008.

44 Ant. cit. (véase mi recensión a este volumen en Revista Penal, 2011).

45 Sobre esta sentencia de la ICC, con un extenso comentario a la misma, véase Kai AMBOS, El primer fallo de la Corte penal internacional, en la revista electrónica InDret, 2012,

46 Véase por ejemplo. OLÁSULO, MUÑOZ CONDE, ob a. cit.; WERLE, Tratado cit.p. 300 ss. (y especialmente ya en la tercera edición alemana de Völkerstrafrecht, 2012, p. 518 ss., donde distingue entre “coautoría mediata” y “autoría mediata en coautoría”); ver también WERLE/BURGHARDT, Co-autoría mediata, ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional? Traducción de Jaime COUSO, en Revista Penal, 2011, p. 197 ss. (original alemán en Festschrift für Maiwald, 2010, p. 849 ss.).

47 Véase su artículo en GA 2012, citado supra nota 13, p. 414

48 Véase la crítica a esta posición en el artículo de Kai AMBOS en InDret, ant. cit.

49 Al respecto véase WERLE, Tratado cit.,p. 310 ss.

Aunque con distintas variantes, y aunque en algunas sentencias anteriormente señaladas no se recojan o incluso se rechace expresamente la tesis de Roxin, en general se puede decir, que ésta ha supuesto, no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el de la praxis judicial, un magnífico instrumento jurídico para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos ejecutados en el marco de un sistema de aparato de poder, y con ello también, al mismo tiempo, un instrumento útil para elaborar jurídicamente el pasado de los regímenes dictatoriales. Aunque no pueden ignorarse las críticas ya apuntadas y las dificultades que la misma representa para adaptarse a las diversas situaciones y formas de funcionamiento de los regímenes dictatoriales que han dado lugar a las sentencias judiciales anteriormente transcritas, no cabe duda de que nos encontramos ante un magnífico instrumento jurídico para poder fundamentar sin grandes dificultades la responsabilidad de los principales responsables de los aparatos de poder a través de los cuales se han cometido los más graves delitos contra las personas.

Cuando Roxin formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis Roxin no sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de Roxin se refería además al caso Eichmann; es decir, a un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se

encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países de Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la “solución final del problema judío”).

Del mismo modo, la posterior acogida de la tesis de Roxin por el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) fue el instrumento jurídico del que se sirvió dicho tribunal para considerar como autores (mediatos) por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los guardias fronterizos, que costó la vida a muchos ciudadanos que intentaron pasar al otro lado del Muro, a algunos dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, que habían dado la orden disparar.

Sin embargo, la tesis de Roxin se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta “selección” de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de “cabeza de turco” o de “chivo expiatorio” que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios, o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados⁵⁰.

50 El argumento mantenido por algunos autores de que el enjuiciamiento de los ejecutores corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales no me parece convincente, porque normalmente incluso en los casos en que tras el régimen dictatorial se restablece una cierta normalidad democrática, los Tribunales del nuevo régimen no tienen la imparcialidad ni la independencia requerida para juzgarlos objeti-

Sin duda, los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder, son crímenes, en expresión de Carlos Nino, de “múltiples manos”, y es muy difícil por no decir, imposible depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en un macro proceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero a cambio de seleccionar y acusar sólo a uno o unos pocos, como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente.

Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y desde luego no se atiene estrictamente a lo propugnado por Roxin, quien, como ya hemos visto, califica de “autores mediatos”, no sólo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros intermedios, que como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica del mismo, aunque sólo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de donde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferencias distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina, tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los Campos de Concentración, y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí sucedía, pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y si se les exige, ¿habría que considerarlos también autores mediatos, en base a que eran también miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho? ¿Y los conductores de

los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los Campos de Concentración? ¿Y los vigilantes de los mismos?

A mi juicio, la tesis de Roxin puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho, del que precisamente parte Roxin.

Para evitar estos inconvenientes, a los que sin duda una aplicación demasiado amplia de la tesis de Roxin puede conducir, me parece preferible, la tesis que siguiendo la línea también admitida por Roxin en su último trabajo, considera, sin embargo, que en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre sí más que de autoría mediata habría que hablar aquí de “coautoría mediata” por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el de actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción. Y por supuesto, siempre quedarían como responsables o autores directos los que lleven a cabo los actos delictivos, de detenciones ilegales, torturas, asesinatos, etc., lo que no excluye que a su vez se les pueda considerar como “instrumen-

vamente. Por no hablar de los casos en los que los ejecutores y muchos de los dirigentes y cargos intermedios en el regimen dictatorial se integran en el nuevo sistema, abjurando de o negando su colaboración en el régimen anterior.

51 No me ocupo en este lugar de si el aparato de poder debe ser uno que de forma global actúe “al margen del Derecho”. En principio, al tratarse en estos casos de crímenes, que ningún Ordenamiento jurídico, nacional o internacional, del mundo civilizado puede permitir, las actuaciones de este tipo que se llevan a cabo dentro del aparato de poder son ya de por sí “al margen del derecho”. Sin embargo, se ha planteado este tema en el caso de los “tiradores del Muro de Berlín”, en la medida en que actuaban cumpliendo las órdenes que le daban sus superiores y de las Leyes de fronteras de la antigua República Democrática Alemana. El Tribunal Supremo Federal alemán, ni siquiera se planteó este tema, cuando condenó a los responsables de estos hechos, y, desde luego, no se puede decir, que el aparato de poder de aquel Estado, cualquiera que fueran las críticas que se podían dirigir contra su sistema político, fueran un sistema completamente al margen del derecho (véase al respecto mi contribución al *Festschrift für Claus Roxin*, cit., p. 613 ss. También *AMBOS*, La Parte General, cit., p. 234 ss. dedica varias páginas a discutir este aspecto de la teoría de Roxin, llegando a la conclusión de que no es un requisito fundamental de la misma. De todas formas, Roxin ha insistido en su último trabajo publicado en el 2012 en el tema y lo ha matizado en el sentido de que este requisito se refiere sólo a los hechos incriminados, y no a todo el ámbito de la organización (ya en su artículo en el *Festschrift für Grünwald* a.cit. p. 556, y ahora en el artículo publicado en *Goltdammer’s Archiv*, 2012, p. 409/410). Sobre este tema véase también la sentencia de la Corte Suprema peruana en el caso Fujimori, citada anteriormente.

tos” de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de Roxin⁵¹ y que el propio Roxin acoge ahora, me parece más adecuada a los distintos supuestos que han sido ya juzgados o que puedan serlo en el futuro por Tribunales penales nacionales e internacionales.

No obstante, debe reconocerse que, fuera del ámbito de la responsabilidad de los principales responsables del aparato de poder, presenta también algunos inconvenientes y dificultades probatorias para castigar a los miembros del aparato de poder que ocupan dentro de los mismos puestos de menor relevancia o importancia jerárquica. De todos modos, el recurso a otras posibles calificaciones jurídicas, como la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, presenta iguales o mayores dificultades probatorias y no se ajustan a la peculiar naturaleza de estos aparatos poder, que igualmente pueden darse en otros ámbitos de la criminalidad no estatal, paraestatal, terrorista, organizada, o incluso económico-empresarial⁵².

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la Dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y

las decisiones jurisprudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado democrático de Derecho respetuoso con los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron.

52 Esta posibilidad la he discutido ampliamente en mis trabajos anteriormente citados en la nota 27, y ha sido también planteada por otros muchos autores citados también en la misma nota. Sin embargo, Roxin es bastante cauto al aceptar la posibilidad de que su tesis pueda ser aplicada también fuera del ámbito de la criminalidad estatal e incluso la rechaza expresamente (véase su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, p.; y su trabajo en *Goltdammer's Archiv*, 2012, p. 396, donde dice expresamente que la posible aplicación de su tesis en el ámbito del Derecho penal económico, que admite la sentencia del Tribunal Supremo alemán está “en contra de sus intenciones” (“entgegen meinen Intentionen”).